Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche

Ciclo XXXIII

Settore Concorsuale: 12/A1 – Diritto privato

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01 – Diritto privato

I DANNI PUNITIVI NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Presentata da:

Marialuisa Nitti

Coordinatore Dottorato:

Chiar.mo Prof.
Renzo Orlandi

Supervisore:

Chiar.ma Prof.ssa
Giusella Dolores Finocchiaro

Esame finale anno 2021

INDICE

PARTE I - CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E ARTICOLAZIONE DEL LAVORO DI RICERCA

CAPITOLO I: UNO SGUARDO DI INSIEME SULLA PROBLEMATICA DEI PUNITIVE DAMAGES

1.1. Considerazioni introduttive preliminari **9**

1.2. La nozione di danno punitivo **10**

1.3. Gli obiettivi di indagine e la disamina del panorama normativo e giurisprudenziale: il problema dell'ammissibilità dei *punitive damages* **15**

1.4. I danni punitivi nel codice civile e nella legislazione speciale: alcune considerazioni preliminari **20**

1.5. I danni punitivi in ottica comparatistica **23**

PARTE II - L' INARRESTABILE EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE: VERSO UN ISTITUTO DI NATURA POLISEMICA

CAPITOLO I – IL PERCORSO EVOLUTIVO DELL'ILLECITO AQUILIANO

1.1. L'evoluzione storica dell'illecito aquiliano: dalla pena al risarcimento compensativo. Il punto "semi fermo" delle Sezioni Unite di San Martino del 2008 **25**

1.2. Le funzioni della responsabilità civile dal diritto romano all'età delle codificazioni **35**

1.2.1. Le actiones romanae: *l'actio legis per manus iniectionem, l'actio legis per sacramentum e l'actio aquilia de damno* **35**

1.2.2. La concezione sanzionatoria del risarcimento del danno in età post giustinianea e cristiana. L'affrancamento dell'illecito civile da quello penale con l'avvento del giusnaturalismo **49**

1.3. Il Codice del Regno d'Italia e l'impostazione afflittiva della responsabilità civile **51**

1.4. La funzione compensativa della responsabilità civile nel Codice Civile del 1942: il dibattito sulle funzioni dell'illecito aquiliano e sulla selezione degli interessi meritevoli di tutela giuridica **56**

CAPITOLO II - LE DIFFERENTI FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE IN ETÀ MODERNA: DALLA FUNZIONE COMPENSATIVA ALL'ACCEZIONE PUNITIVA DEL DANNO NON PATRIMONIALE

2.1. La funzione compensativa e reintegratoria dell'illecito aquiliano: la responsabilità civile come misura della responsabilità sociale **73**

2.1.1. Responsabilità civile e funzioni compensative: dalla teoria ripristinatoria alla teoria solidaristica **86**

2.2. La funzione deterrente **89**

2.3. La responsabilità oggettiva nel prisma delle teorie sulle funzioni dell'illecito aquiliano: l'oggettivizzazione della responsabilità civile quale nuova forma di deterrenza o quale strumento di attenuazione della sanzione? **95**

2.4. Funzione sanzionatoria e punitiva nello specchio del risarcimento del danno alla persona: la lunga parabola del danno non patrimoniale **108**

2.4.1. La peculiare vicenda del danno tanatologico: ascesa e tramonto di un danno non patrimoniale dai connotati punitivi **116**

CAPITOLO III – ALL'ORIGINE DEI *PUNITIVE DAMAGE*S: IL LUNGO CAMMINO DELLA GIURISPRUDENZA FINO ALLE SEZIONI UNITE DEL 2017 E LA NASCITA DI UN NUOVO CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO

3.1. Le pene private, il superamento del principio di integrale riparazione del danno e le prime aperture ai risarcimenti punitivi **124**

3.2. Gli istituti intermedi tra funzione compensativa e funzione punitiva **127**

3.3. Le prime pronunce italiane in materia *punitive damages* e il problema dell'exequatur: la (doppia) mancata occasione per il riconoscimento dei danni punitivi nei casi Fimez Spa e Ruffinatti **129**

3.4. Il problema delle pene private alla luce della sentenza della Cassazione n. 7613 del 2015 e dell'art. 614 bis c.p.c **142**

3.5. Pene private, danni punitivi e reato: il triplice volto di un medesimo problema? **147**

3.6. Focus. illecito civile e illecito penale a confronto: la ratio sottesa alla concezione meramente compensativa della responsabilità civile all'indomani dell'approvazione del codice del 1942 **150**

3.7. Danni punitivi e ordine pubblico: la progressiva nascita di una nuova interpretazione del concetto a cavallo dell'ordinanza di rimessione n. 9978 del 2016 **159**

3.7.1. L'ordine pubblico interno e internazionale: prospettive di armonizzazione sovranazionale e circolazione delle regole giuridiche **159**

3.8. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601 del 05/07/2017: una sentenza - principio al più alto livello di nomofiliachia **171**

3.8.1. Premessa. La vicenda sottesa alla decisione delle Sezioni Unite: il valore giuridico del contratto di transazione alla luce dell'istituto americano del *potential liability test* **171**

3.9. Le SS.UU. D'Ascola e i principi di legalità e proporzionalità quali "controlimiti" costituzionali: chiaroscuri di un'attesissima pronuncia **178**

3.10. L'evoluzione legislativa sui danni punitivi nello specchio delle Sezioni Unite del 2017: ipotesi codicistiche e fattispecie previste dalla legislazione speciale **186**

3.11. L'art. 96 comma 3 c.p.c. e la sistematica della responsabilità processuale aggravata. Pene private e principio di legalità in senso debole **187**

3.12. l'art. 709 ter e la violazione degli obblighi inerenti alla responsabilità genitoriale **195**

3.13. La clausola penale e la caparra confirmatoria **198**

3.14. Le fattispecie previste dalla legislazione speciale **203**

3.15. L'art. 12 della Legge sulla stampa (l.n. 47/1948) **207**

3.16.La disciplina in materia di proprietà intellettuale e industriale e la disciplina della retroversione degli utili: i *disgorgement damages* **208**

3.17. Le sanzioni in materia di manipolazioni del mercato: l'art.187 undecies TUF **213**

3.18. la disciplina in materia di depenalizzazione: il d.lgs n. 7/2016 **214**

3.19. Danni punitivi e danno ambientale **217**

3.20. Alcune considerazioni conclusive all'esito delle SS.UU. del 2017 **220**

3.21. Un primo bilancio sull'evoluzione giurisprudenziale dal 2007 alle SS.UU. del 2017. La pronuncia del Tribunale di Bergamo del 30 marzo 2018: il caso Ryanair **223**

3.21.1. La qualificazione delle sanzioni alla luce dei c.d. criteri Engels **226**

PARTE III – I DANNI PUNITIVI NEL DIRITTO INTERNO E IN CHIAVE COMPARATISTICA: QUESTIONI ATTUALI E SCENARI EVOLUTIVI

CAPITOLO I – QUESTIONI ATTUALI IN MATERIA DI DANNI PUNITIVI

1.1. La funzione sanzionatoria della responsabilità civile alla luce delle teorie della scuola di *Law and Economics* **231**

1.2. Danni punitivi e problematiche assicurative **240**

1.2.1. Condanne risarcitorie e responsabilità obbligatoriamente assicurate: la RC Auto e la responsabilità sanitaria **250**

1.3. Danni punitivi e dignità umana **255**

CAPITOLO II – I DANNI PUNITIVI IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

2.1. Uno sguardo di insieme sull'origine dei *punitive damages* nel panorama giuridico internazionale **257**

2.2. I danni punitivi nell'ordinamento giuridico inglese **262**

2.3. I danni punitivi nell'ordinamento nordamericano **264**

2.4. I danni punitivi negli ordinamenti di *civil law*: il caso della Germania e della Francia **269**

PARTE IV- CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

CAPITOLO I – GLI SCENARI FUTURI E LA PROPOSTA DI RIFORMA AL CODICE CIVILE

1.1. La proposta di riforma del codice civile e delle norme relative alla responsabilità **272**

1.2. Considerazioni conclusive **276**

BIBLIOGRAFIA **281**

PARTE I - CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E ARTICOLAZIONE DEL LAVORO DI RICERCA

CAPITOLO I - UNO SGUARDO DI INSIEME SULLA PROBLEMATICA DEI PUNITIVE DAMAGES

Sommario: ***1.1. Considerazioni introduttive preliminari; 1.2. La nozione di danno punitivo; 1.3. Gli obiettivi di indagine e la disamina del panorama normativo e giurisprudenziale: il problema dell'ammissibilità dei punitive damages; 1.4. I danni punitivi nel codice civile e nella legislazione speciale: alcune considerazioni preliminari; 1.5. I danni punitivi in ottica comparatistica***

1.1. Considerazioni introduttive preliminari

Dare avvio ad un'indagine speculativa sulla proteiforme funzione della responsabilità civile, attraverso la disamina di quella che è stata l'evoluzione diacronica dell'illecito aquiliano, è impresa ad un tempo complessa e affascinante.

Lo scriveva già, all'inizio degli anni '60, uno dei più grandi maestri che la responsabilità civile abbia conosciuto: Stefano Rodotà.

Nel suo saggio "*il problema della responsabilità civile"* l'illustre autore affermava come gli articoli dal 2043 al 2059 del codice civile "*racchiudono in breve spazio ardui ed amplissimi problemi*"[1].

Il rischio è, dunque, proprio quello di percorrere un sentiero già battuto in cui molto è stato già detto e magistralmente approfondito.

[1] RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 48.

D'altro canto, l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni incombe dall'alto sullo studioso della responsabilità civile e gli impone di prendere nuovamente in mano le carte e le norme sull'illecito per riguardarle sotto un angolo visuale, certo da sempre preso in considerazione, ma meno di frequente portato in evidenza quale perno intorno al quale condurre l'indagine.

Quest'angolo visuale è, evidentemente, quello dei danni punitivi.

1.2. La nozione di danno punitivo

I danni punitivi o esemplari - *punitive o exemplary damages*, come vengono identificati nell'esperienza giuridica di *common law* nel cui alveo la categoria è nata e si è progressivamente sviluppata - rappresentano un istituto tanto controverso quanto estremamente interessante.

Si tratta di una particolare forma di risarcimento la cui funzione, lungi dal risolversi in un'ottica meramente compensativa della sfera giuridica del danneggiato, si carica di una particolare valenza punitiva. La connotazione sanzionatoria si rinviene, il più delle volte, nell'incremento del *quantum* risarcitorio funzionale a stigmatizzare una condotta particolarmente riprovevole e maliziosa del danneggiante. Altre volte l'appesantimento dell'importo da riconoscere alla vittima dell'illecito risulta funzionale a scoraggiare comportamenti analoghi a quello dannoso tenuto dall'autore del danno.

Quale che sia la *ratio* a monte di una determinata misura formalmente risarcitoria, ma sostanzialmente sanzionatoria, occorre preliminarmente precisare che l'espressione "danno punitivo" oggi comunemente e correntemente utilizzata tanto nel dibattito pretorio quanto in quello dottrinale è frutto, in realtà, di un'imprecisione terminologica, derivante a sua volta da un'inesatta trasposizione del termine anglosassone "*punitive damages*".

L'esatta traduzione di questa espressione è quella di "risarcimento" e non di "danno punitivo" in considerazione del fatto che l'inglese *damage* è trasponibile più correttamente nel concetto di compensazione economica, di risarcimento. Questo termine, a sua volta, viene aggettivizzato in differenti modi a seconda del contesto in cui il danno stesso viene ad assumere rilievo[2].

Si tratta di una tematica la cui rilevanza nel dibattito dottrinale e pretorio ha conosciuto nel tempo alterne fortune: ad una prima fase, immediatamente successiva all'emanazione del codice civile, che ha visto un progressivo accantonamento della categoria, parallelamente al sedimentarsi di una visione precipuamente compensativa e riparatoria dell'illecito aquiliano, è seguito, in tempi più recenti, un lento ma significativo ritorno in auge dell'istituto in ragione di un progressivo ripensamento della funzione e del ruolo della responsabilità civile all'interno del tessuto ordinamentale[3].

Ad oggi la tematica dei danni punitivi sta vivendo una stagione di grande attualità, complice dapprima il clima di attesa e di straordinario fermento generato dall' ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass. civ. n. 9978 del 2016) e, successivamente, dalla nota statuizione del Supremo Consesso del luglio del 2017 (Cass.civ., Sez. Un. 2017, n. 16601).

Nella pronuncia del 2016 i giudici remittenti, nella consapevolezza della necessità, avvertita come ormai improrogabile - soprattutto in ragione della definitiva apertura al rimedio in parola manifestata dagli ordinamenti stranieri - di dare una collocazione definitiva all'istituto, in *primis* in punto di ammissibilità dello

---

[2] Si potrà pertanto parlare di "*compensatory damages*" cosi come di "*punitive*" o "*exemplary damage*" alludendo nel primo caso ad una forma di risarcimento compensativo che si risolve nell'obiettivo fondamentale di ristorare il danneggiato della perdita subìta; nel secondo caso la riparazione si traduce in uno scopo sanzionatorio/afflittivo in quanto tipicamente comminato in presenza di una condotta particolarmente biasimevole del danneggiante. Sul punto si veda FAVA, *La Responsabilità civile.* Trattato teorico – pratico, Milano, 2018, p. 217.

[3] 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*., 2017.

stesso - hanno demandato alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il compito di esprimersi in ordine alla compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico.

Le incertezze interpretative di cui si è fatta espressione l'ordinanza di rimessione, si spiegano in ragione della mancanza nel contesto ordinamentale italiano di un sicuro referente normativo all'interno del quale collocare il fenomeno del danno punitivo.

Tale vuoto normativo ha nel tempo alimentato il dibattito di dottrina e giurisprudenza: al *self restraint* di matrice per lo più giurisprudenziale, ha fatto da contraltare l'impegno di una dottrina più sensibile ai richiami di matrice internazionale - provenienti, in particolare, dai sistemi giuridici di *common law* - a rivenire nella sistematica della responsabilità civile istituti o disposizioni in grado di inglobare e riassumere le caratteristiche essenziali del fenomeno, al fine di riconoscergli piena cittadinanza nel tessuto normativo interno.

In tale ottica allargata, la funzione della responsabilità civile non sarebbe più solo quella storicamente e tradizionalmente intesa, funzionale ad accordare alla vittima dell'illecito un ristoro per il danno patito, ma anche quella votata a "rendere costoso per l'agente il risarcimento del danno" determinando un'allocazione delle conseguenze negative in una prospettiva di prevenzione sociale [4].

Di qui il tentativo di alcuni di riconoscere l'ammissibilità dei danni punitivi rintracciando la caratteristica sanzionatoria propria del fenomeno in alcuni degli istituti più "classici" del diritto civile, come la clausola penale[5] e lo stesso danno

---

[4] MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, nota a Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Danno e resp.*, 2016, p. 832 secondo cui "*è rendendo costose le azioni colpose o dolose che provocano un danno ingiusto che la RC produce un ordine spontaneo delle attività umane: cioè che consente determinate attività purché si prendano le precauzioni necessarie a minimizzarne i costi sociali. Se vogliamo proibire determinate attività non bisogna ricorrere alla RC ma ad altri strumenti come la regolazione amministrativa*"; SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e la funzione della responsabilità civile,* in *Corriere Giuridico* n. 7/2016.

[5] MAGAZZÙ, *Voce Clausola penale*, in Enc. dir., Milano, 1960, Vol. VII, cit., p. 190.

non patrimoniale, rinvenendo così – proprio nelle pieghe di queste fattispecie - dei connotati precipuamente sanzionatori[6].

Significativo, in tal senso, l'assunto dei giudici remittenti secondo cui "*quando l'illecito incide su beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce*".

Altra parte della dottrina, invece, ha trovato il grimaldello per aprire le porte dell'ordinamento ai *punitive damages*, nel contesto della legislazione speciale, in particolare nell'ambito della responsabilità per danno da prodotto difettoso[7].

Del resto, la maggior parte delle sentenze italiane chiamate a confrontarsi con la tematica dei danni punitivi, ha tratto abbrivio dalla richiesta di *exequatur* di pronunce straniere di condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie in seguito ad incidenti verificatisi per il malfunzionamento di prodotti e dispositivi di sicurezza.

Sullo sfondo di una progressiva apertura della dottrina alla tematica in questione, si stagliavano tuttavia i timori di una giurisprudenza più granitica e tradizionalista che nei due *leading cases* in materia (si tratta delle sentenze n. 1183/2007 e n. 1781/2012, i celebri casi *Ruffinatti* e *Fimez*) si era arroccata nel convincimento che non fosse possibile riconoscere cittadinanza ai danni punitivi all'interno dell'ordinamento giuridico italiano se non a costo di operare uno stravolgimento della sistematica della responsabilità aquiliana così come consolidata fino a quel momento: una responsabilità cui risultava del tutto estranea l'idea della punizione.

Infatti, come si dirà più approfonditamente nel corso del lavoro, a mente della pronuncia Ruffinatti del 2007: "*nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la*

---

[6] COSTANTINI, *Per una genealogia dei punitive damages*. *Dissociazioni sistemologiche e funzioni della responsabilità civile*, 287 ss. in *Il risarcimento del danno e le sue 'funzioni'*, Napoli, 2012.

[7] Sul punto risulta di estremo interesse la lucida disamina della tematica condotta da AL MUREDEN, *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali,* 2017, p. 1 e ss.

condotta del danneggiato" e questo per la ragione assorbente per cui "*alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per cui ai fini del risarcimento, proprio perché ad esso non possono riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova della sofferenza determinata dall'illecito"*[8].

La definitiva acquisizione, all'esito di un complesso e lungo dibattito interpretativo - successivo all'emanazione del codice civile del 1942 e funzionale a tracciare in maniera decisa i confini del nuovo art. 2043 c.c. rispetto alla corrispondente norma del codice previgente - di una visione puramente vittimologica dell'illecito aquiliano, basata su esigenze di giustizia retributiva, ha, in una prima fase, posto nell'ombra l'istituto dei danni punitivi.

Quest'impostazione, tuttavia si scontrava con un dato fondamentale: l'emersione di nuovi istituti con funzione deterrente (*ex pluribus* si pensi all'art. 125 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 sulla violazione di un diritto di proprietà industriale, o all'art. 5 d.lgs. n. 140 del 2006, relativo alla protezione del diritto d'autore, che, come si dirà diffusamente, parametrano il *quantum* anche in relazione agli utili realizzati in violazione del diritto), circostanza che rendeva, per altro verso, ancor più evidente la distonia dell'ordinamento italiano rispetto al progressivo processo di riconoscimento di tali strumenti all'interno del panorama giuridico europeo[9] .

---

[8] Tra i numerosissimi contributi pubblicati in commento a questa sentenza, si segnala PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie;* commento a Cass. civ. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro.it.,* 2007.

[9] PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice,* in *Danno e Resp.* n.11/2007.

1.3. Gli obiettivi di indagine e la disamina del panorama normativo e giurisprudenziale: il problema dell'ammissibilità dei punitive damages*.*

È dunque evidente e ormai innegabile come allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengano ricondotti anche altri scopi, rispetto a quest'ultimo eterogenei, quali la deterrenza o la prevenzione generale dei fatti illeciti, sulla base dell'assunto per cui la minaccia del futuro risarcimento scoraggerebbe dal tenere una condotta non conforme al diritto.

È a dirsi, tuttavia, come secondo i più recenti studi condotti sulla scorta delle acquisizioni della scuola di *Law and Economics*, l'obiettivo di *optimal deterrence* è raggiunto solo se la misura del risarcimento arrivi a superare il profitto sperato [10]: solo in questo caso la sanzione riesce ad essere percepita come pena dal danneggiante.

Si tratta di una problematica complessa e per quanto, ad oggi, esplorata sotto diverse angolazioni, affatto risolta.

Sebbene, da un lato, l'ordinanza di rimessione abbia avuto il merito di divisare un atteggiamento di apertura in relazione all'ammissibilità dei danni punitivi e lo spirito del tempo avesse già lasciato presagire una risposta di segno positivo delle Sezioni Unite del 2017, non sono mancate, anche a distanza di poco tempo, voci dottrinarie più caute quando non addirittura di segno contrario[11].

---

[10] La responsabilità civile ha rappresentato uno dei settori di elezione dell'analisi economica del diritto, metodo di studio che ha trovato in Guido Calabresi uno dei massimi esponenti; tale metodo, come meglio si approfondirà, si sostanzia nell'applicazione e trasposizione di regole e teorie di stampo economicistico alle categorie fondamentali del diritto civile: CALABRESI, *Il costo degli incidenti*, Milano, 1975, con prefazione di RODOTÀ; ristampato a cura di AL MUREDEN, Milano, 2015.

[11] Si veda ad esempio TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva)* in *Rivista di diritto civile 4/2020:* "*In conclusione: una regola di responsabilità civile punitiva non solo non è presente nell'ordinamento giuridico vigente, ma non è neppure coerente con esso. La sua introduzione, anche se contenuta nei limiti necessari ad evitare una contraddizione con principi e valori costituzionali in tema di prestazioni patrimoniali e sanzioni, non è opportuna*".

L’attesa pronuncia delle Sezioni Unite è, certo, intervenuta a dare una piega definitiva all’istituto dei *punitive damages* all’interno della sistematica della responsabilità civile sulla scorta, del resto, di quanto anticipato dalla stessa ordinanza di rimessione in punto di ammissibilità dell’istituto in parola.

È proprio partendo dalla considerazione di questo complesso panorama giurisprudenziale che verrà esplorata la tematica dei danni punitivi in relazione alla loro compatibilità con l’ordinamento nazionale e alla luce dell’evoluzione che ha conosciuto nel tempo l’illecito aquiliano.

L’obiettivo che ci si propone è quello di analizzare il percorso evolutivo che ha conosciuto negli anni la responsabilità civile al fine di comprendere se e in che modo sia mutato il modo di intendere la stessa in punto di funzioni e collocazione dogmatica e, in particolare, come essa sia riuscita nel tempo a dialogare con gli istituti di matrice estera. Un tema con cui ci si confronterà sarà, inevitabilmente, quello della delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

Del resto, con le due recenti pronunce già richiamate, il Supremo Collegio è tornato ad esprimersi proprio sulla problematica del riconoscimento di una sentenza straniera con la quale venga concesso un risarcimento molto superiore a quanto richiesto dalla parte attrice danneggiata.

Il dubbio sulla riconoscibilità di una pronuncia straniera di tal fatta, a dispetto di una sostanziale (anche se alquanto confusa) volontà a livello legislativo di premere per l'ingresso di strumenti rimediali innovativi volti a colpire il profitto, frutto della condotta *contra legem*, sembrerebbe continuare, per altro verso, ad accreditare la necessità che il nostro sistema aquiliano svolga esclusivamente una funzione riparatorio/compensativa.

Questa contraddizione in termini, porta alla luce la grande complessità del fenomeno e il rilievo per cui lo stesso dischiuda, ad oggi, ad una problematica

aperta e in attesa di sicura definizione, stante un andamento ondivago del formante pretorio e giurisprudenziale.

In una prima fase del lavoro di ricerca l'obiettivo sarà proprio quello di dimostrare la natura proteiforme della responsabilità civile attraverso un approccio, anche storico, volto a valutare come sia mutato – in punto di funzioni e collocazione dogmatica – il modo di intendere la stessa e verificando, al contempo, in che modo l'illecito aquiliano sia riuscito progressivamente a dialogare con istituti di matrice estera in una prospettiva di globalizzazione e circolazione degli istituti giuridici[12].

L'analisi verrà condotta lungo due principali linee direttrici: da un lato, proprio la delibabilità delle sentenze straniere recanti condanne a danni punitivi e, dall'altro, la compatibilità degli stessi con l'ordine pubblico interno.

In tale contesto, uno degli obiettivi collaterali sarà quello di verificare come si sia sviluppato nel tempo il concetto di ordine pubblico quale nozione dalla portata espansiva: non barriera, ma strumento in grado di segnare "*un progressivo e condivisibile allontanamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei*"[13].

Il principale sviluppo della ricerca consisterà, di conseguenza, nel dimostrare - sulla scorta delle acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali nel frattempo intervenute - la mancanza di ostacoli ad ammettere l'*exequatur* di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi.

In tale ottica l'analisi della problematica dell'ammissibilità dei danni punitivi, lungi dall'appiattirsi sulla recente ordinanza di rimessione del 2016 e sulle Sezioni

---

[12] GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages,* in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 10/2017.

[13] Così, Cass., 16 maggio 2016 n. 9978, estensore Lamorgese, in Quotidiano Giuridico, 2016. Tra i vari commenti all'ordinanza in questione si segnala, CORONGIU, *I danni punitivi sono ancora contrari all'ordine pubblico? Questione rimessa alle SS. UU.*, in *Quot. Giur*., 2016 e PONZANELLI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite - possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e Resp.* 8 – 9/2016.

Unite del luglio del 2017, utilizzerà queste pronunce come spunto ideale per un'analisi di ampio respiro della tematica. Sarà proprio questo concetto di ordine pubblico il filtro attraverso cui valutare come la responsabilità civile sia cambiata nel tempo tanto da dischiudere a nuovi istituti con funzione anche deterrente.

Si tenterà di spiegare, infatti, come l'ordine pubblico non si possa più identificare con quello esclusivamente interno, assurgendo, invece, lo stesso a categoria inclusiva, in grado di ampliare il novero dei diritti fondamentali.

La descrizione del concetto di ordine pubblico transnazionale fornirà lo spunto ideale per una disamina a tutto tondo di questa nozione dai contorni sfumati e indefiniti: si dimostrerà come, proprio da una dilatazione della nozione di ordine pubblico, passi la via privilegiata per procedere ad un vaglio positivo di ammissibilità dei *punitive damages*. Non potrà prescindere da un approccio globale e funzionale alla comprensione del tema, la disamina di alcune peculiari fattispecie colorate di sfumature sanzionatorie e punitive, alcune di matrice sostanziale e processuale, altre rinvenibili all'interno della legislazione speciale.

Centrale sarà la disamina delle problematiche quantificatorie e di liquidazione del danno al fine di dimostrare l'infondatezza dei timori di *overcompensation* che hanno significativamente contribuito a corroborare, nel tempo, le istanze contrarie all'introduzione dei danni punitivi.

Del pari, risulterà essenziale il confronto dialettico con le acquisizioni provenienti dagli ordinamenti stranieri, in particolar modo dalla *tort law* statunitense, al precipuo scopo di operare, se non un vero e proprio *legal transplant,* quanto meno un adattamento funzionale di alcuni degli istituti sanzionatori maggiormente significativi[14].

L'obiettivo sarà quello di dimostrare, anche all'esito della pronuncia delle Sezioni Unite, come la responsabilità civile possa caricarsi di sfumature deterrenti

[14] 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.

- dando, in tal modo, piena cittadinanza ai danni punitivi – senza per questo smarrire la funzione che le è propria, ossia quella risarcitoria e compensativa.

Si tratterà, contestualmente, di valutare la perdurante sostenibilità, quantomeno in *parte qua,* della giurisprudenza e della dottrina contrastanti dimostrando come la funzione unicamente compensativa del rimedio risarcitorio non assurga al rango di un valore costituzionale dell'ordinamento, inderogabile - in quanto tale - da parte del legislatore ordinario[15].

La prospettiva auspicabile attraverso cui riguardare il fenomeno è infatti, come anticipato, quella basata su di un dialogo funzionale tra giurisdizioni nell'ottica di una "*globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale che invoca la circolazione delle regole giuridiche*" e favorisce lo sfumarsi dei confini degli istituti di diritto nazionale al fine di accoglierne altri, di importazione straniera[16]. Il minimo comun denominatore, in tale contesto, è la ricerca di un nucleo comune di istituti funzionali alla migliore e effettiva protezione dell'individuo. Il danno punitivo, infatti, intriso e caricato com'è di istanze di protezione e di garanzia per i singoli, potrebbe assurgere - se accolto diffusamente - ad uno dei principali strumenti di unificazione.

---

[15] Tra i più autorevoli orientamenti dottrinali nettamente preclusivi in ordine alla possibilità di riconoscere i danni punitivi nel nostro ordinamento vi è BIANCA, *Diritto civile. Vol. 5: La responsabilità,* Milano, 2019 p. 141 "*inammissibile è pure l'idea che nell'esercizio della loro autonomia negoziale i privati possano stabilire pene private in luogo o in aggiunta all'obbligo di risarcimento del danno. La pena può essere stabilita ed erogata solo in forza di un potere autoritario. Ma un tale potere è in contrasto con il principio di parità reciproca. Al di fuori de casi previsti dalla legge non possono quindi avere ingresso pene private, e le leggi che le prevedono devono reputarsi incostituzionali se non garantiscono adeguatamente la persona contro l'altrui abuso".* Inoltre, lo stesso autore, nel fare esplicito riferimento alle SS.UU del 2017 ne trae l'abbrivio per cui la pronuncia, lungi dall'avere sdoganato i danni punitivi nel nostro contesto ordinamentale, avrebbe al contrario disatteso la legittimità degli stessi.

[16] CANDITO, *I danni punitivi tra ordine pubblico internazionale e natura polisemica della responsabilità civile,* in www.ildirittoamministrativo.it, 2017.

1.4. I danni punitivi nel codice civile e nella legislazione speciale: alcune considerazioni preliminari

Ci si dovrà soffermare quindi sulla considerazione di alcuni istituti di diritto sostanziale e processuale in relazione ai quali è venuta in rilievo la problematica dei danni punitivi: il riferimento va - oltre all'esempio del danno non patrimoniale -, anche alla clausola penale, e alla fattispecie di cui all'art. 709 ter c.p.c. misura rimediale funzionale all'attuazione dei provvedimenti concernenti i doveri genitoriali[17].

Particolare attenzione verrà dedicata alla disamina della fattispecie prevista dall'art. 96, comma 3 c.p.c. - introdotta nel 2009 per completare il quadro della responsabilità per lite temeraria - che, anche a seguito delle recenti pronunce della Corte Costituzionale del 2016 e del 2019 ha contribuito significativamente ad alimentare il dibattito sull'ammissibilità dei danni punitivi[18].

Si spiegherà come questo differente angolo visuale non valga a scardinare completamente il sistema della responsabilità civile quale ci è stato consegnato da una salda elaborazione pretoria e dottrinale: una sintesi inscindibile di danno - evento e danno - conseguenza che impone che il risarcimento consegua alla lesione della sfera giuridica del danneggiato non rilevando, per converso, il danno *in re ipsa* che non si sia tradotto in un pregiudizio serio e grave.

Ci si soffermerà, dunque, sulle ragioni storiche e di politica del diritto che hanno inizialmente condotto ad una concezione di una responsabilità civile "monofunzionale": il fondamento verrà ritrovato nel tentativo, portato alle sue estreme conseguenze, di emancipare definitivamente l'illecito aquiliano da quello penale; una divaricazione forse addirittura troppo netta che, come si dirà, ha scontato nel tempo un'eccessiva esasperazione e storicizzazione.

---

[17] SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari - tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e Dir.* n. 3/2017.

[18] Si allude a Corte Cost. n. 152/2016, in Pluris, Utet, Cedam e Corte Cost. n. 139 del 2019 con nota di GHIRGA, *Spese processuali - Corte Costituzionale e "sanzioni" processuali,* in *Giur.it* n. 3/2020.

Si illustreranno, dunque, le potenzialità espansive della responsabilità civile rimarcando i limiti di una visione della stessa in termini meramente compensativi in tutti quei casi in cui la prospettiva consolatoria, da sola, non risulti sufficiente a ristorare il danneggiato. Fondamentale risulterà la considerazione del connotato bilaterale della responsabilità aquiliana che imporrà di valutare come imprescindibile l'esigenza del contemperamento tra sfera patrimoniale del danneggiante e sfera economica e personale del danneggiato[19].

Sebbene il discorso verrà condotto sul crinale di un'auspicale espansione dell'orizzonte dell'illecito aquiliano alla categoria dei danni punitivi, quale istituto in grado di arricchire lo strumentario della tutela aquiliana dei diritti, ci si interrogherà, non di meno, sulla corretta modulazione - in chiave costituzionalmente orientata - di questi rimedi in modo da evitare che gli stessi determinino un sacrificio irragionevole della sfera del danneggiante colpito dalla sanzione.

Pertanto, obiettivo centrale di questa iniziale fase del lavoro di ricerca sarà quello di individuare il veicolo attraverso cui far passare i danni punitivi all'interno dell'ordinamento superando gli ostacoli argomentativi e dogmatici tradizionalmente frapposti alla delibabilità delle sentenze straniere di condanna.

Si darà in tal senso atto di come la problematica del riconoscimento delle pronunce straniere di condanna a risarcimenti sanzionatori non possa essere risolta in modo definitivo, una volta per tutte, dovendo la stessa tenere in debito conto le peculiarità del caso concreto e delle situazioni giuridiche ad esso sottese: momento nevralgico sarà, in tal senso, la valutazione della ricchezza motivazionale della sentenza delibanda[20].

---

[19] SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e la funzione della responsabilità civile,* in *Corriere Giuridico* n. 7/2016.

[20] BUSNELLI, *Responsabilità civile. Fatto illecito. Danni punitivi*, in *Eur. dir. priv*., 2009, e SCHIRRIPA, SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?* In *www.comparazionedirittocivile.it*, marzo 2017 p. 3 e ss secondo cui "il danneggiato non soltanto riceve una somma di denaro pari alla perdita subita per effetto del danno

Nella seconda parte del lavoro si cercherà primariamente di verificare cosa sia cambiato nell'ordinamento italiano e nell'approccio giurisprudenziale e legislativo al tema. Si procederà, per tanto, con una puntuale analisi di alcune fattispecie peculiari, tradizionalmente riguardate come categorie dai connotati marcatamente sanzionatori. Si tratta di disposizioni settoriali che mirano, da un lato, a punire l'autore del danno e, dall'altro, ad assolvere ad una funzione dissuasiva scoraggiando condotte illecite di tenore analogo: il riferimento va all'art. 125 del Codice della proprietà industriale che ha introdotto il meccanismo liquidatorio della c.d. "retroversione degli utili" e alla responsabilità per danno ambientale che, prima delle recenti acquisizioni normative (d.lgs. n. 152/2006), contribuiva a popolare la cerchia dei danni punitivi nel nostro ordinamento.

Si esaminerà anche la disciplina di cui alla legge sulla stampa, nonché il recente intervento di depenalizzazione (d.lgs. 7/2016) che, dopo aver escluso la rilevanza penale di alcune fattispecie di reato, ha affiancato al risarcimento civilistico del danno, l'irrogazione di sanzioni punitive di carattere afflittivo. Un cenno verrà fatto anche all'art. 187 undecies, comma 2, Testo Unico della Finanza, che ai fini del risarcimento permette di tenere in considerazione l'entità del prodotto o del profitto del reato. La disamina dell'ulteriore fattispecie prevista dall'art. 614 bis c.p.c., forma di "misura coercitiva indiretta" - di recente oggetto di riforma - sarà funzionale ad introdurre la problematica della distinzione tra *astreintes* (istituto di derivazione francese) e danni punitivi.

Al termine di questa fase di ricerca si cercherà di ricondurre a sistema le peculiari fattispecie analizzate per comprendere se dalla disamina delle stesse se ne possa inferire la generale ammissibilità di istituti con funzione marcatamente deterrente.

---

inferto, ma si arricchisce conseguendo una somma che va al di là, e spesso ben al di là, del pregiudizio effettivamente patito anche come premio per la sua tenacia. A fronte di una condotta particolarmente riprovevole, perché soggettivamente caratterizzata da mala fede o colpa grave, l'ordinamento reagisce dunque in modo più severo di quanto non farebbe dinanzi alla semplice colpa lieve".

1.5. I danni punitivi in ottica comparatistica

Nell'ultima fase della ricerca si procederà ad una valutazione dell'istituto in chiave comparatistica soffermandosi sull'incidenza che le acquisizioni giuridiche di matrice straniera hanno avuto nel plasmare in maniera innovativa la sistematica della responsabilità civile italiana.

Particolare attenzione sarà dedicata alla tematica del *disgorgement*, istituto di derivazione anglosassone, che l'ordinamento italiano ha mostrato di prendere in specifica considerazione in relazione a fattispecie eterogenee e generalmente afferenti all'ambito della legislazione speciale.

Si tratta di uno strumento giuridico di reazione ad ipotesi di arricchimento derivante da fatto illecito che parametra il risarcimento all'entità dei profitti conseguiti dal danneggiante: la *ratio* è, evidentemente, quella di impedire di trarre profitto dal compimento di una condotta illecita.

Si procederà quindi all'analisi dell'evoluzione del danno punitivo nell'esperienza della *tort law* americana e inglese sottolineando come le condizioni di sviluppo della categoria riposino su una forte interdipendenza tra illecito civile e illecito penale [21].

In questa fase finale del lavoro si cercherà di ricondurre a sistema l'analisi delle peculiari declinazioni assunte dal danno punitivo verificando se la compatibilità dell'istituto con l'ordine pubblico interno possa ritenersi un dato ormai certo e incontrovertibile.

Scopo ultimo sarà quello di dimostrare come, ormai, una responsabilità civile con funzione esclusivamente riparatoria sia ormai davvero difficile da sostenere,

---

[21] PONZANELLI, *Danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema,* in *Foro.it,* 2008.

nella consapevolezza, per converso, che "*una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile*"[22].

[22] PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*., in *Nuova giur. civ. comm*., 2006, p. 297; sulla stessa linea di pensiero si colloca SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law,* Milano, 2011.

PARTE II - L' INARRESTABILE EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE: VERSO UN ISTITUTO DI NATURA POLISEMICA

CAPITOLO I – IL PERCORSO EVOLUTIVO DELL'ILLECITO AQUILIANO

Sommario: ***1.1. L'evoluzione storica dell'illecito aquiliano: dalla pena al risarcimento compensativo. Il punto "semi fermo" delle Sezioni Unite di San Martino del 2008; 1.2. Le funzioni della responsabilità civile dal diritto romano all'età delle codificazioni; 1.2.1. Le actiones romanae: l'actio legis per manus iniectionem, l'actio legis per sacramentum e l'actio aquilia de damno; 1.2.2. La concezione sanzionatoria del risarcimento del danno in età post giustinianea e cristiana. L'affrancamento dell'illecito civile da quello penale con l'avvento del giusnaturalismo; 1.3. Il Codice del Regno d'Italia e l'impostazione afflittiva della responsabilità civile. 1.4 La funzione compensativa della responsabilità civile nel Codice Civile del 1942: il dibattito sulle funzioni dell'illecito aquiliano e sulla selezione degli interessi meritevoli di tutela giuridica***

1.1. L'evoluzione storica dell'illecito aquiliano: dalla pena al risarcimento compensativo. Il punto "semi fermo" delle Sezioni Unite di San Martino del 2008

La riconsiderazione dell'illecito aquiliano sotto un profilo anche punitivo, aspetto che costituisce pietra angolare della recentissima sentenza delle SS.UU. n. 16601 del 2017, nonché del presente lavoro, impone una

considerazione preliminare obbligatoria: la responsabilità civile è cambiata del tutto per non essere in realtà cambiata affatto.

Quando all'indomani della sentenza D'Ascola, dal nome del Giudice estensore della stessa, si sono levate dal coro voci inneggianti all'ormai definitivo sdoganamento dei risarcimenti "all'americana", le prime reazioni della più autorevole dottrina sono state di genuino stupore[23].

Delle due l'una: o tra le pieghe della sentenza appena pubblicata qualcosa era sfuggito agli occhi scrupolosi degli studiosi della responsabilità civile o, di fatto, la pronuncia costituiva nient'altro che la naturale evoluzione o il quasi scontato epilogo di quanto statuito nell'ordinanza di rimessione del 2016, nonché il frutto dell'annosa evoluzione pretoria e dottrinale sul tema dell'ammissibilità di risarcimenti ultracompensativi.

Ad oggi, sgombrato ormai il campo dal timore di un radicale stravolgimento del sistema dell'illecito aquiliano, si può affermare che la portata innovativa della pronuncia richiamata riposi principalmente nell'aver preso il coraggio di restituire all'istituto della responsabilità civile quello che allo stesso, a tutti gli effetti, già apparteneva.

Che le tanto citate e commentate SS.UU. del luglio 2017 non abbiano sdoganato i risarcimenti sul modello dei *punitive damages* americani è dunque un dato certo: ragionando diversamente si dovrebbe necessariamente arrivare a riconoscere come il sistema dell'illecito aquiliano italiano abbia subito un ripiegamento su se stesso, segnando il ritorno ad una logica sanzionatoria retaggio di tempi che furono e che con tanta fatica l'evoluzione pretoria e dottrinale era riuscita a superare[24].

---

[23] Si allude ai titoli del quotidiano Il*Sole24*, edito nei giorni successivi al deposito della sentenza in cancelleria, che gridavano all'avvenuto sdoganamento dei danni punitivi con la previsione di risarcimenti multimilionari come negli USA.

[24] Invece le SS.UU. del 2017 portano ad una riflessione sulle nuove funzioni e sui nuovi compiti assegnati alla responsabilità civile: se anche il dibattito sull'ingresso dei *punitive damages* nel nostro sistema ordinamentale sembri comportare un rovesciamento delle funzioni tradizionalmente assegnate all'illecito aquiliano, esso in realtà permette, da un lato, di riguardare

Le difficoltà di questo percorso interpretativo e di studio si ricollegano alla consapevolezza che l'istituto statunitense dei danni punitivi non possa essere trasposto *sic e sempliciter* nell'ordinamento giuridico italiano, sebbene non manchino elementi per sostenere che una funzione punitiva sia già di per sé insita all'interno della sistematica della responsabilità civile nostrana così come consegnataci dal codice civile del 1942.

Tuttavia, un conto è rinvenire istituti puntivi nelle pieghe della normativa – ordinaria o speciale che sia – nazionale, altro è sostenere apertamente che la responsabilità extracontrattuale italiana si sia aperta, senza compromesso alcuno, ai risarcimenti multimilionari americani.

Sarebbe del resto difficile ammettere un radicale stravolgimento di un sistema che gli ultimi importanti arresti giurisprudenziali hanno consolidato secondo un modello ormai certo e incontestabile: una responsabilità civile la cui traiettoria principale è quella della ristorazione e compensazione dei soggetti danneggiati.

Si pensi all'importante rivoluzione copernicana segnata dalle Sezioni Unite di San Martino del 2008, che nel ricondurre ad unità l'istituto del danno non patrimoniale per il tramite della declassazione delle categorie del danno morale, del danno biologico e del danno esistenziale a fattispecie meramente descrittive

---

alla storia della responsabilità civile, come alla storia di "*due fallimenti: quello del modello meramente economicistico (una società più ricca non è necessariamente la migliore) e quello del modello sociale (le risorse sono limitate e non vanno sprecate)*". Dall'altro lato, permette di intravedere tra le pieghe della sistematica dell'illecito aquiliano "*la salvaguardia di nuovi modelli sociali più attenti ad una giusta redistribuzione della ricchezza ed alla promozione di una maggiore efficienza e competitività del sistema economico*", così FAVA, op. cit, 9.

A ben vedere l'autore, pur prendendo in esame la sentenza del 2017, ritiene che l'apertura dell'ordinamento italiano ai *punitive damages* segnerebbe un vero e proprio ritorno al passato con la riemersione di logiche sanzionatorie in uso in epoca romanistica e medievale, dovendosi per converso riconoscere come l'illecito aquiliano non possa realisticamente abdicare a quello che è il compito principale allo stesso assegnato ossia quello di "*ristabilire l'uguaglianza tra danneggiato e danneggiante e ripristinando la giustizia commutativa aristotelica e tomistica, potrebbe contribuire, sia pure nei limiti delle funzioni compensative ad esso assegnate, alla salvaguardia di nuovi modelli sociali più attenti ad una giusta redistribuzione della ricchezza ed alla promozione di una maggiore efficienza e competitività del sistema economico".*

e prive di una loro autonomia sul piano giuridico[25], avevano avuto occasione di affermare come alla responsabilità civile sia assegnato il compito primario e fondamentale di ristorare in maniera soddisfacente la vittima del danno: "*il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre*".

Nel riprendere la fondamentale e tanto disquisita distinzione tra danno evento – inteso come relazione tra fatto dannoso e evento di danno - e danno conseguenza – relativo invece al rapporto tra evento e conseguenze dannose dello stesso – la Cassazione ha qui avuto occasione di ribadire un principio fondamentale che costituisce, di fatto, l'antitesi interpretativa dei *punitive damages:* il solo danno suscettibile di risarcimento è il danno-conseguenza inteso

[25] Si legge nel corpo della sentenza delle SS.UU. del 2008: "in tali ipotesi non emergono, nell'ambito della categoria generale "danno non patrimoniale", distinte sottocategorie, ma si concretizzano soltanto specifici casi determinati dalla legge, al massimo livello costituito dalla Costituzione, di riparazione del danno non patrimoniale. È solo a fini descrittivi che, in dette ipotesi, come avviene, ad esempio, nel caso di lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), si impiega un nome, parlando di danno biologico. Ci si riferisce in tal modo ad una figura che ha avuto espresso riconoscimento normativo nel D.Lgs. n. 209 del 2005, artt. 138 e 139, recante il Codice delle assicurazioni private, che individuano il danno biologico nella "lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di reddito", e ne danno una definizione suscettiva di generale applicazione, in quanto recepisce i risultati ormai definitivamente acquisiti di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Ed è ancora a fini descrittivi che, nel caso di lesione dei diritti della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), si utilizza la sintetica definizione di danno da perdita del rapporto parentale.In tal senso, e cioè come mera sintesi descrittiva, vanno intese le distinte denominazioni (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale) adottate dalle sentenze gemelle del 2003, e recepite dalla sentenza, n. 233/2003 della Corte Costituzionale". Tra i numerosi commenti alle pronunce Cass., Sez. Un., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 27974,26975, meritano di essere segnalati quelli pubblicati nel numero I del *Foro Italiano* del 2009. In particolare, si veda PARDOLESI, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»,* in *Foro italiano (II),* 2009, n. 1, 128; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali,* in Foro italiano (II), 2009, n. 1, 139; PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in Foro italiano (II), 2009, n. 1, 123; PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, in Foro italiano (II), 2009, n. 1, 134.

quale accadimento dannoso che si sia tradotto in conseguenze negative per la vittima.

Se, infatti, una condotta pure illecita e quindi astrattamente riconducibile nei dettami dell'art. 2043 c.c., non supera una soglia di gravità tale da determinare l'insorgenza di un danno, alcun risarcimento potrà essere riconosciuto: "*la gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza"*.

Se il doppio filtro della gravità della lesione e della serietà del danno deve ritenersi requisito indispensabile per l'accesso alla soglia risarcitoria, ciò fa comprendere come, nell'impostazione delle Sezioni Unite del 2008, alcuno spazio possa residuare per l'ammissibilità di un risarcimento puramente esemplare che, in alcuni casi, prescinda dalla gravità del danno patito dalla vittima per giungere al solo scopo di colpire il soggetto danneggiante[26].

---

[26] La precisazione "in alcuni casi" è doverosa in quanto, come anticipato brevemente e come verrà riapprofondito successivamente, in altre situazioni è proprio la gravità del danno patito dalla vittima a giustificare un *quantum* risarcitorio moltiplicato esponenzialmente, anche oltre l'importo della perdita materialmente subita, e ciò allo scopo ultimo di scoraggiare comportamenti illeciti futuri, simili a quello sanzionato. Il criterio del doppio filtro, successivamente ripreso e riapprofondito da altre importanti pronunce della Suprema Corte (si pensi ad esempio alla nota sentenza - Cass. Civ, sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133 – che ha affrontato il problema della soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali), si compendia in due principi fondamentali e di matrice costituzionale che le SS.UU. di San Martino esemplarmente richiamano: tale criterio infatti "*attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento*

Se le SS.UU. del 2008 hanno rappresentato una vera e propria rivoluzione copernicana dell'illecito civile, nondimeno l'arresto dalle stesse segnato non ha impedito, negli anni successivi, un ripensamento dello statuto del danno non patrimoniale[27].

Come si vedrà infatti, le pronunce giurisprudenziali di poco successive hanno mostrato di discostarsi dall'insegnamento delle pronunce di San Martino per far ritornare dalla finestra ciò che era uscito dalla porta: in molte sentenze, soprattutto di merito, le categorie del danno biologico, del danno morale e del danno esistenziale hanno continuato a trovare piena cittadinanza e non come voci meramente descrittive ma quali autonome poste risarcitorie[28] .

---

storico (criterio sovente utilizzato in materia di lavoro, sent. n. 17208/2002; n. 9266/2005, o disciplinare, S.U. n. 16265/2002)".

[27] BIANCHI, *Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti* in *Danno e Responsabilità* n. 4/2018.

[28] Del resto, all'indomani del pluri commentato arresto giurisprudenziale dell'11 novembre del 2008 che sembrava aver stravolto l'assetto interpretativo e liquidativo del danno non patrimoniale, non poche sono state le incertezze interpretative dell'elaborazione pretoria degli anni immediatamente successivi. Alle pronunce che hanno dato fornito una pedissequa interpretazione dei *dictat* delle Sezioni Unite del 2008 ne sono seguite invece altre (si veda Trib. Varese, 12 aprile 2010, n. 488.) che hanno ritenuto, invece, essenziale mantenere una distinzione, pratica e concettuale, all'interno della sistematica del danno non patrimoniale tra voci di danno che, di fatto, esprimono aspetti diversi della personalità umana: un conto sarebbe infatti parlare di danno biologico, quale lesione dell'integrità psico – fisica dell'individuo e suscettibile di accertamento medico – legale (secondo la definizione mutuata dagli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private, e ad oggi ancora valida); altro è invece il danno morale quale sofferenza *transeunte* dello stato d'animo dell'individuo, diverso dal danno alla salute; ossia il pregiudizio non patrimoniale costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerato. Si tratta di una differenziazione tanto più necessaria quanto più ci si trovi in presenza di lesione di ingente entità, laddove più facilmente si potrà procedere ad una valutazione unitaria del danno non patrimoniale in presenza di lesioni più contenute (c.d. micropermanenti: fino a 9 punti di invalidità). Una valutazione che appare quindi tanto più indispensabile quanto più si voglia consentire all'organo giudicante di valutare la congruità della liquidazione nella sua complessità, se del caso ricorrendo anche a forme di personalizzazione, laddove la specificità del caso – allegata e provata – lo richieda. Tra queste sentenze, merita di essere citata tra le tante la n. 22585/2013 della Suprema Corte: nei diversi e complessi passaggi motivazionali della pronuncia in esame vi si legge l'intenzione di rimarcare "la non continenza, non soltanto ontologica, nel sintagma "danno biologico" anche del danno morale".

La consapevolezza per cui "*la persona umana, pur considerata nella sua "interezza", è al tempo stesso dialogo interiore con se stesso, ed ancora relazione con tutto ciò che è altro da se…. cela la risposta (e la conseguente, corretta costruzione di categorie) all'interrogativo circa la reale natura e la vera essenza del danno alla persona*: *la sofferenza interiore, le dinamiche relazionali di una vita che cambia. Ecco, allora, che se è lecito ipotizzare, come talvolta si è scritto, che la categoria del danno "esistenziale" risulti "indefinita e atipica", ciò appare la probabile conseguenza dell'essere la stessa dimensione della sofferenza umana, a sua volta, "indefinita e atipica""*[29].

A fronte di altri orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che invece mostravano di dare pieno seguito all'insegnamento della Cassazione del 2008[30] non sono mancanti, nel mentre, altri arresti che hanno portato a galla temi spinosi, come quello relativo alla risarcibilità del danno tanatologico, inteso quale danno da perdita della vita, o le pronunce che hanno affrontato il tema della risarcibilità del danno da perdita di chances[31].

Come non citare poi il commento, diventato celebre, di CENDON, *Ha da passà a nuttata,* pubblicato su *personaedanno.it, 1*4/11/2008: vi si legge "*vero che ci sono poi, in quel testo delle Sez.U., scompostezze varie, crociate da streghe di Salem (povero danno esistenziale, quando mai, nel pensiero di chi l'ha concepito, ha preteso di essere risarcito sempre e comunque, oltre i confini dell'antigiuridicità!), contraddizioni, indulgenze eccessive per una locuzione che, fondata com'è su un "non" puro e semplice, più di tanto non può dire all'interprete, antianimalismi estremi, semplificazioni, confusioni continue fra piano del danno e piano del contra ius, ossessività da litania - dovute verosimilmente alla pressione di qualche assicuratore, a un po' di arroganza da ermellini, soprattutto al fastidio per l'idea che, in tempi in cui più di una famiglia non arriva alla quarta settimana, qualche anima blandula possa ottenere il risarcimento per futilità e capricci vari - ma questo non deve farci perdere di vista il buono che c'è in quella pronuncia. Ci dovrà spingere, semmai, ad aiutare la Corte a venir percepita/utilizzata, diffusivamente, nella sua parte migliore e più felice (si pensi anche al sì ribadito ufficialmente al consequenzialismo, oppure al sì al danno non patrimoniale da contratto, cose tutte "triestine" pure queste), a fare insomma gli "amministratori di sostegno" delle Sez.U. 2008…*".

[29] Così Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 03-02-2015) 09-06-2015, n. 11851, in Pluris, Cedam.

[30] Tra questi la summenzionata pronuncia Cass. Civ., sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133 con nota di CECCARELLI, *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali,* in *Danno e Resp.* n. 4/2015, 339.

[31] Cass. civ., Sez.Un., 1850 del 26/01/2009, in CED 2009 e Cass. civ., Sez. Un. n. 15350 del 22 luglio 2015; Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 05-07-2017) 09-03-2018, n. 5641, in Pluris, Cedam.

Tutto ciò a conferma della circostanza per cui il sistema, lungi dall'essere arrivato nel 2008 ad un punto fermo è, invece, in costante e magmatico movimento; le recenti e ravvicinate riforme normative in materia di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria (si allude al D. L Balduzzi n. 158/12 superato poi dalla Legge Gelli – Bianco n. 24/2017) hanno poi dato la stura ad una nuova rimeditazione della responsabilità civile e dei criteri per la quantificazione del danno alla persona: le sentenze San Martino bis, simbolicamente depositate l'11 novembre 2019, a distanza di 11 anni dalle prime pronunce San Martino (da qui il nome rievocativo), hanno dato seguito all'esigenza, ormai avvertita come improrogabile, di definire alcuni aspetti essenziali relativi al risarcimento del danno alla persona che i precedenti arresti non avevano affrontato compiutamente o che le citate riforme legislative avevano fatto emergere nella loro problematicità applicativa[32].

Che tuttavia l'insegnamento delle SS.UU. del 2008 abbia avuto seguito e diffusione presentando la finalità compensativa e protettiva della responsabilità civile come quella preponderante, è del resto, un dato incontestabile: lo si trova scolpito non solo nelle principali pronunce giurisprudenziali italiane, successive alla prima svolta di San Martino del 2008, ma anche in alcune importanti decisioni della Corte di Giustizia e, in particolare, nei c.d. *principles definitions and model rules of european private law* del febbraio 2009 che ribadiscono a chiare lettere la funzione riequilibratrice della responsabilità civile[33].

---

[32] Si tratta di Cass. civ. Sez. III, 11/11/2019, n. 28985, 22986, 22987,22988 22989, 22990, 22991, 22992, 22993, 22994 annotate da MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione,* in *Danno e Resp.* n. 2/2020.

[33] Particolarmente esplicativo, in tal senso, è il *Principle 34* a mente del quale "*le norme in materia di responsabilità per danni causati ad un altro soggetto sono dirette a compensare la sofferenza del soggetto che ha subito il danno per ricollocarlo nella posizione in cui si sarebbe trovato se il danno non si fosse verificato. Non solo queste norme sono funzionali alla ridistribuzione sociale della ricchezza o a integrare un individuo in una comunità fondata sul principio della solidarietà sociale; esse sono anche funzionali ad un'esigenza di protezione*".

Di rivoluzione copernicana dell'illecito civile si è parlato in tante e diverse occasioni. Quello che è certo è che l'ambito della responsabilità civile, forse più di ogni altro settore del diritto privato, si è evoluto secondo un andamento circolare, con ritorni storici significativi condizionati dalla coscienza sociale del contesto giuridico culturale del momento.

Per comprendere la portata di quest'ultima affermazione risulta imprescindibile ripercorrere, senza pretesa di esaustività, le tappe evolutive che hanno interessato la responsabilità civile principalmente sotto il profilo funzionale.

Si è trattato – ed è fondamentale e nient'affatto ridondante sottolinearlo – di un'evoluzione quasi esclusivamente giurisprudenziale e non normativa. Quasi, in quanto ad essere interessate in misura più significativa dall'opera del legislatore nazionale sono state le disposizioni di parte speciale del codice civile, via via introdotte in differenti settori della responsabilità civile (relazioni industriali, illecito ambientale etc.).

Questa trasformazione dell'illecito aquiliano, è bene ribadirlo, a norme immutate, è stata resa possibile dalla peculiare conformazione delle disposizioni del codice civile del titolo IX del Libro IV del Codice Civile.

Pur essendo disposizioni scarne, la loro duttilità e vitalità è stata ed è garantita dal sapiente impiego delle stesse alla stregua di clausole generali: il requisito dell'atipicità ha infatti permesso la loro declinazione in contesti assai diversi e disomogenei[34].

Questa plasmabilità delle norme sull'illecito aquiliano spiega come le stesse siano riuscite a sopravvivere negli anni grazie al lavorio interpretativo della giurisprudenza che quindi si è affiancata, quale coprotagonista di quest'evoluzione, al Codice Civile in un contesto di reciproco interscambio in cui

[34] BENEDETTI, *Sanzionare compensando? per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ.,* gennaio - febbraio 2019, 223.

"*il giudice fa vivere il diritto della responsabilità ma su binari che è il codice civile a disegnare*"[35].

Interrogarsi sulle molteplici funzioni che sono state ricondotte nel tempo alle "mobili frontiere"[36] di cui all'art. 2043 c.c., soffermandosi sul processo di secolarizzazione della responsabilità civile, impone tuttavia una precisione preliminare: il concetto di responsabilità e quello di risarcimento vanno tenuti distinti.

Il concetto di responsabilità colloca l'interprete nella prospettiva dell'autore del fatto illecito, allo scopo precipuo di individuare un criterio di imputazione soggettivo e allocare correttamente le conseguenze economiche del danno.

Il concetto di risarcimento, invece, permette di valorizzare la prospettiva vittimologica: quando si fa riferimento alle problematiche connesse al risarcimento del danno, lo sguardo si sposta inevitabilmente sul danneggiato quale soggetto passivo dell'illecito[37].

Si tratta di una distinzione di non poco momento in quanto, come si avrà modo di approfondire, essa costituisce la matrice da cui si è dipanata l'evoluzione della responsabilità civile italiana e da cui hanno preso forma le due diverse e grandi anime cui tradizionalmente e storicamente si è ricondotta la sistematica dell'illecito: quella sanzionatoria secondo una prospettiva "autorale" e quella riparatoria nella summenzionata prospettiva vittimologica.

Si esaminerà, dunque, quella che è stata definita una vera e propria "parabola della responsabilità civile"[38] e che ha interessato tanto i sistemi di *civil law* quanto quelli di *common law* secondo, tuttavia, modalità e presupposti tra loro diversi[39].

---

[35] BENEDETTI, op.cit. p. 224.

[36] Si tratta della celebre espressione coniata da GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto,* in *Contr, imp.,* 1985.

[37] LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei danni punitivi,* in Danno e resp, 4/2017, 7.

[38] BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1988, 652.

[39] Le ragioni del differente percorso evolutivo nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law* si fondano su ragioni di tipo politico, sociale ed economico che hanno influito notevolmente

1.2. Le funzioni della responsabilità civile dal diritto romano all'età delle codificazioni

1.2.1. Le actiones romanae: l'actio legis per manus iniectionem, l'actio legis per sacramentum e l'actio aquilia de damno

La disamina dell'evoluzione diacronica dell'illecito civile non può che prendere abbrivio dallo studio del fenomeno in epoca romanistica[40]. Partire da questa analisi storica permette infatti di comprendere più nel dettaglio il percorso di progressivo affrancamento dell'illecito civile da quello penale.

Il diritto romano concepiva infatti l'illecito come una fattispecie assimilabile al reato e ciò soprattutto nella sua primigenia fase di sviluppo incentrata su forme di potestà punitive private. In questo peculiare momento storico - siamo nel periodo antecedente a quello decemvirale e alla compilazione delle Leggi delle XII Tavole quindi anteriormente al 450 a.C.- con l'*actio legis per manus iniectionem* e con *l'actio legis per sacramentum,* la finalità afflittiva risultava quella predominante[41].

---

sulla definizione della relativa sistematica della responsabilità civile. Il dato comune ai due sistemi è, indubbiamente la registrazione di una vera e propria esplosione della responsabilità civile che è arrivata ad estendere il suo campo applicativo a settori un tempo inimmaginabili.

[40] A ben vedere già nel Codice di Dracone, risalente alla seconda metà del VII secolo a.c. erano state prese in considerazioni forme peculiari di pene come reazione a determinate forme di danneggiamento. Sebbene infatti tale *corpus* normativo ha dovuto la sua fama alla peculiare severità delle pene in esso condensate (la pena di morte era infatti comminata anche in caso di piccole infrazioni), cionondimeno, in esso è dato ravvisare i primi segni di apertura verso una gradazione della pena, ammettendo anche una sanzione di tipo pecuniario e non corporale in relazione alla gravità della condotta inadempiente. Si tratta, inoltre, di un testo normativo di estremo rilievo per un'altra importante ragione: per la prima volta venne introdotto il principio della rilevanza del grado di responsabilità personale penale. La severità del Codice portò ben presto al suo declino: lo stesso venne infatti sostituito pochi decenni dopo dal Codice di Solone, nella prima metà del VI secolo a.C.

[41] Le due *actiones* in parola costituiscono la migliore rappresentazione della funzione punitivo-sanzionatoria che ha caratterizzato le prime fasi della responsabilità civile a Roma. BARATELLA, in *Le pene private,* 2006, *p 2-3,* le descrive alla stregua di due istituti dalle connotazioni fortemente afflittive il cui carattere repressivo risultò esser man mano mitigato nel tempo dalla sostituzione di pene di tipo corporale con pene pecuniarie.

La prima delle due azioni, in particolare, permetteva al creditore di rivalersi sul debitore inadempiente attraverso la previsione della possibilità di afferrarlo materialmente recitando una formula che è stata esaustivamente descritta da Gaio nelle sue *Institutiones*: "*dal momento che tu sei stato condannato a rifondermi di diecimila sesterzi, e poiché risulti inadempiente, io solo per questo, ti metto le mani addosso per la condanna al pagamento di questi diecimila sesterzi*". Inoltre, se il debitore non avesse offerto un garante avrebbe potuto, solo per questo, essere imprigionato dal soggetto creditore della prestazione pecuniaria per un periodo massimo di 60 giorni al termine dei quali, in mancanza del pagamento del debito, questi poteva decidere se ucciderlo o se venderlo come schiavo[42]. Si trattava di un'azione connotata da un certo grado di tipicità e afflitività e, tra le due, quella maggiormente risalente.

L'*actio legis per sacramentum*, invece, si atteggiava a rimedio di carattere generale, quasi atipico, ed era funzionale al conseguimento dell'accertamento della violazione del diritto da parte del colpevole. I rimedi, in caso di accertamento positivo, erano predisposti secondo una scala discendente e andavano dall'uccisione del colpevole, quale massima manifestazione della potestà

[42] GAIO, *Instit* 4, 21: «qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur». Sul punto si veda BIANCA, *La responsabilità,* in *Diritto Civile,* V, 2017, p. 278 che riporta anche la testimonianza di AULO GELLIO, *Noctae Atticae* XX, 39 in relazione alla più antica procedura condensata nelle XII Tavole allusiva a pratiche cruente operate sui debitori inadempienti. Un'eccezione era rappresentata dal caso del furto manifesto: in tale evenienza il soggetto danneggiato e depauperato aveva la facoltà di uccidere immediatamente il colpevole. È, dunque, di tutta evidenza come in questa fase i confini tra illecito penale e illecito civile fossero estremamente labili e sovrapponibili.
Probabilmente l'*actio per manum iniectionem* era più risalente rispetto all'*actio per sacramentum* e aveva una più vasta portata applicativa, comprendente quasi tutta l'area del diritto privato: sul punto si veda BARATELLA, *Le pene private,* Milano, 2006, p. 2 e ss., la quale riporta un interessante passo delle Istituzioni di Gaio, IV, 11 in cui si legge "*le azioni che gli antichi usavano si chiamavano azioni di legge, o perché introdotte da leggi, o perché adeguate alle parole delle leggi stesse e per ciò custodite immutabili al pari di legge*".

punitiva, al sacrificio animale, per finire con più blanda pena consistente nell'irrogazione di una sanzione di tipo pecuniario[43].

Il termine *sarcamentum* pare derivasse dalla formula "*sacer esto"* traducibile con l'espressione "*esposizione all'uccisione".* Le fonti infatti riportano come, tradizionalmente, tale azione avesse, quale naturale epilogo, quello dell'uccisione del colpevole. Solo in epoca più moderna la sanzione massima venne mitigata con la previsione dell'uccisione degli animali di proprietà del colpevole, per poi culminare, nella sua fase di sviluppo più moderna e evoluta, con la corresponsione di una somma di denaro analogamente al meccanismo di operatività delle moderne pene private.

A ben vedere, la previsione della possibilità di uccidere il debitore, fulcro della c.d. responsabilità nossale e sintetizzata al meglio nella prima delle due azioni, ossia *nell'actio per manu iniectionem,* venne abolita poi nel 326 a.c. con l'introduzione della *Lex Poetelia Papiria*.

---

[43] GAIO nelle *Institutiones* descriveva questa azione nei seguenti termini "*in tale azione si correva, dicendo il falso, il medesimo rischio che si correrebbe oggi con l'azione per mutuo di una somma determinata di denaro sulla base della promessa per cui, se nega in maniera sconsiderata rischia il convenuto, e sulla base della speculare contropromessa per cui rischia invece l'attore se gli chiede ciò che non è dovuto: chi risultava soccombente in questo giudizio di accertamento, versava infatti a titolo di penale la somma della scommessa che entrava nelle pubbliche casse e in rapporto ad essa si davano al pretore dei garanti (non come oggi che la penale della promessa e contropromessa va a vantaggio dell'avversario che ha vinto)".*

Evidente come l'istituto in parola fosse l'antesignano della moderna clausola penale art. 1382 c.c.cui si dirà diffusamente nella parte II, capitolo III, paragrafo 3.13.

A tal proposito risulta utile anticipare uno dei termini del dibattito che hanno interessato questo istituto, al precipuo scopo di comprendere come lo stesso si intersechi perfettamente con la tematica dei *punitive damages*: nel trattato di Diritto Civile diretto dal maestro MASSIMO BIANCA, *La responsabilitò,* cit., p. 279*.* si legge, a proposito della disamina dell'evoluzione della potestà punitiva privata dal diritto romano ad oggi e di come la stessa non possa, a parere dell'autore, trovare più ragionevolmente posto nell'attuale ordinamento, che a maggior ragione la validità del risarcimento punitivo non possa trovare avallo per il tramite del riconoscimento normativo della clausola penale: "*la clausola penale è infatti una forma di liquidazione forfettaria del danno che non si presta a legittimare effetti punitivi a carico dell'inadempiente".* Ma sul punto si rifletterà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione.

Si trattava di una legge emanata in epoca Repubblicana, precisamente sul finire dell'anno 326 a.c., con lo scopo di destituire il c.d. *nexum*, ovverosia l'accordo tra debitore e creditore in vista del quale il primo offriva al secondo se stesso o un componente della famiglia su cui esercitava la propria potestà a garanzia del debito contratto e, dunque, fino al momento dell'integrale soddisfacimento dello stesso[44].

Non appare affatto superfluo precisare come questo iniziale approccio del diritto dell'epoca al problema dell'inadempimento sia del tutto sintomatico di un'epoca storica ben determinata in cui lo schiavismo era consentito anzi, per determinati aspetti, incentivato e promosso, soprattutto nella prospettiva funzionale volta a garantire il soddisfacimento dei crediti[45].

Infatti, già nel periodo storico di poco successivo all'introduzione delle due citate azioni, la finalità precipuamente deterrente cominciò ad essere mitigata dalla sostituzione della pena di tipo corporale con una sanzione di tipo patrimoniale.

La *condemnatio pecuniaria*, su cui si sarebbe basato il successivo procedimento formulare, consacra il definitivo superamento della pena

---

[44] Illuminante il racconto di Tito Livio, LIVIO, *Ab Urbe condita* libri, VIII, 28 che riporta il caso di Caio Publilio, il quale allo scopo di estinguere il debito contratto da suo padre si era dato in schiavitù a Lucio Papirio. Lucio, che nel frattempo si era innamorato del giovane Caio, lo aveva fatto fustigare in conseguenza del rifiuto del primo. La testimonianza di Caio è poi pervenuta in quanto lo stesso era riuscito a fuggire e aveva raccontato l'accaduto alla folla di gente che obbligò i consoli eletti per l'anno 326 a.C,, Lucio Papirio Cursore e Gaio Petelio Libone Visolo, a promulgare la legge. Fu proprio da quel momento in poi che i beni del debitore poterono essere presi a garanzia del credito.
Secondo altre testimonianze, invece Marco Terenzio Varrone data la legge al 313 a.C.

[45] VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1989 p. 109, riporta alcuni esempi, per lo più tratti dal diritto decemvirale (quindi ci troviamo in epoca antecedente alla *Lex Poetelia Papiria* che si sviluppa appunto negli anni del diritto postdecemvirale), di azioni già legate ad un'ottica di stampo compensativo e non sanzionatorio. Si trattava dei procedimenti *per iudices postulationem e per conditionem*: con il primo veniva riconosciuto al colpevole la possibilità di emendare all'inadempimento versando una somma di denaro, al fine di evitare l'afflizione corporale. Con il secondo rimedio, invece, si consentiva ad una postergazione del termine di esecuzione della condanna per permettere al debitore di procurarsi un garante (il c.d. *vindice).*

personale per merito dell'introduzione di una pena di tipo economico e patrimoniale.

È proprio con l'abolizione della responsabilità nossale e con l'introduzione del cosiddetto procedimento formulare che si getteranno le basi per quello che sarebbe divenuto il vero istituto antesignano della moderna responsabilità civile quale strumento giuridico dalla valenza polisemica, ad un tempo risarcitorio e sanzionatorio[46].

In tale fase la pena patrimoniale assurge, finalmente, a rimedio parametrato e proporzionato al danno subito dal danneggiato[47].

In questa prospettiva si comprende appieno la peculiare strutturazione della gerarchia delle fonti in epoca romana.

Notoriamente, nella gerarchia romanistica delle fonti delle obbligazioni viene annoverato il *delictum*, inteso alla stregua di un generico comportamento illecito fonte di un'obbligazione risarcitoria a carico del danneggiante. La peculiarità del sistema romano riposava tutta sulla circostanza per cui al *delictum* erano riconducibili diverse figure a loro volta raggruppabili in due sottocategorie: da un lato, vi erano i *delicta* di tipo pubblico, lesioni di interessi di tipo collettivo e super individuale che assumevano rilevanza in un più ampio contesto sociale; dall'altro i cosiddetti *delcita privata,* ovverosia situazioni a mera rilevanza intersoggettiva - quindi privatistica - che venivano presidiati dal sistema delle c.d. *actiones poenales,* definite come vero e proprio rimedio privato alle lesioni subite.

Queste peculiari azioni hanno trovato la loro massima fase di sviluppo nel periodo classico anche grazie all'apporto dello *ius civile.*

---

[46] Passaggio intermedio indispensabile fu l'introduzione, ad opera del Pretore delle c.d. azioni penali *in simplum* che si caratterizzavano per la peculiare commistione di elementi punitivi e di elementi risarcitori. Da questo momento in poi cominceranno ad affermarsi e svilupparsi misure di reazione all'illecito meramente risarcitorie.

[47] ALBANESE, *Voce Illecito (Storia)*, in *Enc, dir.,* XXXII, Milano, 1960, P. 53.

Tra queste *actiones* la più importante, come si vedrà, tanto per sviluppo storico e temporale quando per l'influenza essenziale e determinante nella sistematica attuale della responsabilità civile, è la *lex aquilia.*

Ma a questa azione se ne affiancarono, si da subito, delle altre: tutte presentavano come minimo comune denominatore un *quid* di afflittività: si tratta, per citarne alcune, dell'*actio furti, dell'actio iniuriarum,* dell'*actio bonorum vi raptorum*[48].

Riassumendo, a differenza di quanto accade nei sistemi giuridici moderni, nel diritto romano l'obbligazione risarcitoria era riconducibile a diverse tipologie di *delicta*.

Se si volesse procedere con un parallelismo, si potrebbe azzardare, da un lato, un accostamento tra *i delicta publica* che sarebbero assimilabili ai danni punitivi, così come intesi e interpretati dalla più recente giurisprudenza – un istituto non solo, o non tanto, funzionale alla regolazione dei rapporti interprivati, quanto piuttosto strumento di gestione e ripartizione sociale del rischio dei danni e dei costi derivanti dagli stessi anche in prospettiva di prevenzione e deterrenza.

Sull'altro versante, invece i *delicta privata*, sarebbero invece accostabili alle pene private (o alle c.d. *astreintes*), strumento volto a regolare le situazioni meramente intersoggettive.

In definitiva, la funzione prettamente sanzionatoria è rinvenibile in questa fase storica del diritto romano proprio nei *delicta,* obbligazioni derivanti da atti illeciti compiuti a danno di soggetti privati che venivano puniti dapprima attraverso una forma di rivalsa corporale sulla persona del colpevole e, in una seconda fase, attraverso il pagamento di una somma di denaro secondo una

[48] VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectionem in relazione al furtum manifestum,* in *Studi per Giovanni Nicosia,* 2007, p. 333 e ss.

modalità assimilabile alla moderna pena privata[49]. In questa iniziale fase di sviluppo i *delicta* erano riconducibili ad una forma di responsabilità di tipo primario, ossia non derivante da inadempimento di una precedente obbligazione[50].

Si trattava, in altri termini, di un'obbligazione strettamente personale che legava tra di loro i soggetti del danneggiante e del danneggiato; un vero e proprio delitto privato che legittimava una reazione individuale da parte dell'individuo che si riteneva o era stato realmente leso nell'ambito di questo rapporto intersoggettivo. La differenza rispetto al delitto di tipo pubblico consisteva proprio nella circostanza per cui quest'ultimo conseguiva ad una violazione dell'ordine sociale costituito.

Tale *reactio* inizialmente aveva assunto la forma di una vera e propria vendetta e, in quanto tale, era del tutto slegata dalla dimensione dell'offesa potendo

---

[49] BURDESE, *Manuale di diritto privato romano,* 1964, p. 475 e ss. sottolinea come il *quantum* da risarcire solo in alcuni casi veniva parametrato al danno subito consistendo invece nella maggior parte dei casi in un multiplo.
A proposito delle pene private nel diritto romano, pare opportuno sottolineare come le stesse non siano mai state ricondotte ad una categoria unitaria per mano dei giuristi romani. Per pena privata, in epoca romanistica, si fa riferimento tanto alla punizione susseguente alla commissione di un illecito quanto alla pena conseguente ad un comportamento inadempiente. Alla prima categoria apparteneva, ad esempio, la pena privata *ex maleficio.* Si trattava, per l'appunto, di una sanzione importo conseguente all'illecito (maleficio). Significativa l'evoluzione della stessa. All'iniziale carattere esclusivamente sanzionatorio, sintetizzato nelle esaminate azioni *per manus iniectionem e per sacramentum,* segue un significativo cambio di direzione. Tra gli altri autorevoli contributi in materia di responsabilità extracontrattuale primaria nel diritto romano si può fare riferimento a ARNO, *Legis Aquiliae actio directa ero competit,* in Bidr 42 (1934), p. 195; BRANCA, *Struttura della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli,* in *Studi in onore di Edoardo Volterra,* I, Milano, 1971, p. 99 e ss.; CANNATA, *Considerazioni sul testo della Lex Aquilia: premesse e ricostruzioni del primo capo,* in SDHI 1992, 194 e ss.; SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*: *criteri di imputazione e problema della culpa,* Torino, 1969; GUARINO, *Diritto privato romano,* Napoli, 1976, 865 e ss (che si è soffermato, in particolare, sulla tematica della differenza tra responsabilità primaria e secondaria); FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, in *Dig. It,* Torino, 1926.

[50] GUARINO, op. cit., 868 e ss che distingue tra obbligazioni di responsabilità primaria che scaturiscono da fatti illeciti lesivi di diritti personali o patrimoniali del danneggiato e obbligazioni di responsabilità secondaria derivanti invece dall'inadempimento di un obbligo prestabilito da parte del soggetto passivo.

consistere, come visto, anche in vere e proprie reazioni di tipo corporale modulate secondo lo schema della celebre Legge del Taglione; una vendetta che quindi poteva, a tutti gli effetti, non conoscere limitazione alcuna ed essere rimessa all'incontrollato arbitrio del soggetto che la attuava.

Successivamente, come anticipato, con l'avvento dell'età classica e l'ablolizione del *nexum,* questa reazione, plasmata alla stregua di una forma di vendetta privata, cominciò ad essere circoscritta all'interno dei confini di una pena pecuniaria subordinata ad una previa azione davanti all'autorità giudiziaria da parte persona dell'offeso.

Le *actiones poenales* facevano invece da contraltare ai *crimina publica,* corrispondenti alla moderna strutturazione del diritto pubblico penale, e alle *actiones reipersecutoriae,* cui, in epoca classica era affidata una funzione unicamente riparatoria del patrimonio leso senza che da ciò conseguisse per il soggetto attore alcun *lucrum*[51]*.* Si trattava, dunque, di un sistema a "doppio binario": i *crimina publica,* costituivano rappresentazione del potere punitivo centrale, laddove le *actiones* avevano di mira il conseguimento di un profitto personale e individuale.

Questa distinzione nel tempo prese piede e con l'avvento dell'età classica romana, i *crimina publica,* cominciarono ad erodere significativamente lo spazio applicativo delle *actiones poenales*. Si venne a determinare così una netta separazione tra risarcimento, da un lato, conseguibile con l'azione privata, che continuava comunque a mantenere natura prettamente penale e pena vera e propria, dall'altro, il cosiddetto *delictum publicum*.

---

[51] Già in età imperiale si assistette ad una progressiva devalutazione delle *actiones poenales* grazie all'introduzione del giudizio *extra ordinem* e dei *crimina extraordinaria* negli stessi casi disciplinate dalle prime. Ciò determinò la conseguenza per cui la natura delle azioni private mutò radicalmente: da rimedio afflittivo divennero un rimedio unicamente risarcitorio. Sul punto si veda VENTURINI, *Premessa romanistica,* in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI, (a cura di), "*Le pene private",* Milano, 1985, p. 16, il quale riconduce al periodo delle XXII Tavole la problematica afferente alla legittimazione ad agire da parte del soggetto che abbia subito un danno.

Tale cambiamento è un punto di passaggio nodale in quanto su di esso si sarebbe basata la successiva *actio finium regundorum* tra diritto penale e sfera dell'illecito aquiliano, quindi tra repressione – tradizionalmente demandata all'organo pubblico – e compensazione, circostanza eminentemente privata.

Si tratta di una ripartizione rigida che tale resterà anche dopo l'avvento del codice del 1942 per cominciare a venire scardinata solo con il moderno ripensamento delle funzioni della responsabilità civile e con il fiorire del dibattito sui danni punitivi.

La matrice originaria di questa visione più evoluta della responsabilità è rappresentata dalla *lex aquilia de damno*, introdotta nel II sec. a.c. come correttivo delle azioni unicamente afflittive e con il tempo avvertite come sproporzionate, in caso di danneggiamento di beni materiali della persona offesa: essa prevedeva che "*colui che ingiustamente uccide uno schiavo altrui o un animale deve essere condannato a dare al proprietario l'equivalente del massimo raggiunto dalla cosa nell'ultimo anno, in caso di lesioni minori il valore deve essere rapportato agli ultimi trenta giorni*"[52].

Dalla lettera della *lex aquilia* sembrerebbe emergere come, sebbene nell'impostazione ordinaria del diritto romano, la responsabilità civile avesse manifestato una prevalente funzione sanzionatoria e punitiva, il ruolo compensativo-reintegratorio aveva cominciato a farsi piano piano strada anche nelle pieghe degli istituti più tradizionali e consolidati. Ciò è stato reso possibile, dapprima, attraverso una progressiva disapplicazione degli strumenti punitivi, e

---

[52] ROTONDI, *Dalla* lex aquilia all'art. 1151 cod.civ: ricerche storico – dogmatiche, in *Riv. Dir. comm.,* 1916.
Quanto al problema dell'esatta datazione di questa legge, va sottolineato come la stessa sia, ad oggi, incerta: alcuni la collocano nella seconda metà del II secono a.c. (ALBABESE, voce *Illecito (Storia),* in *Enc. Dir., XX,* Torino, 1970. Altri invece la inseriscono in un'epoca immediatamente successiva alle XII Tavole (BIONDI op. cit. p. 380 e ss.). In relazione alla portata originaria della *Lex Aquilia* si veda CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria,* in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico comporatistica,* a cura di L. VACCA, Torino, 1995.

in secondo luogo, attraverso l'intermediazione legislativa culminata appunto con la stessa emanazione della *lex aquilia de damno*.

La formulazione della legge permetteva di scorgere nell'articolato normativo tanto aspetti sanzionatori, retaggio dei rimedi del passato, quanto sfumature unicamente risarcitorie e quindi non repressive: tale azione risultava, infatti, intrasmissibile, quindi strettamente personale, cumulabile con altre azioni e esperibile nei confronti e da parte di più soggetti, e, infine – aspetto maggiormente rilevante quanto all'elemento soggettivo – non richiedeva l'accertamento del dolo, bensì un mero atteggiamento *iniure* giustificativo della condanna del colpevole alla corresponsione di una somma di denaro parametrata al valore del bene danneggiato[53].

Si comprende, dunque, come l'apertura verso un modello di responsabilità di tipo reintegratorio, nel contesto del diritto romano, sia stato lento e graduale.

Se nelle pieghe della *lex aquilia* potevano infatti già intravedersi le prime sfumature compensative, è a dirsi che il sistema delle *actiones,* che per moltissimo tempo ha permeato il panorama giuridico, divisava un'impostazione punitiva del rimedio in parola. L'azione alla base della *lex aquilia,* come anticipato, era perpetua e intrasmissibile, godendo della legittimazione attiva la sola parte danneggiata.

---

[53] Un tentativo di trovare punti di contatto tra il sistema romanistico della responsabilità civile e quello attuale lo si deva a GUARINO, *Diritto privato romano,* Napoli, 1976, p. 865 e ss. ill quale si sofferma sulla tradizionale ricostruzione dottrinale della responsabilità che per i romani assumeva una duplice configurazione: da un lato una responsabilità di tipo primario e di stampo extracontrattuale, riconducibile ai delitti e ai quasi delitti di cui alla quadripartizione gaiana, dall'altro una responsabilità di tipo contrattuale, concepita come secondaria in quanto derivante dall'inadempimento di un precedente vincolo. Di avviso contrario altra dottrina: PEROZZI, *Istituzioni di diritto Romano,* Roma, 1928, 160 e ss. secondo cui, invece la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sarebbe stata sconosciuta ai romani.

In conclusione, nella fase postclassica del diritto romano[54] la pena privata cominciò a perdere gradualmente di importanza per lasciare spazio ai *crimina,* gli illeciti di tipo pubblico puniti con pene stabilite a livello centrale laddove, nelle prime fasi, la punizione, in casi analoghi era rimessa a meccanismi privatistici[55].

Secondo alcuni studiosi si trattava di un'azione la cui portata punitiva è stata nel tempo temperata e devalutata per merito della sostituzione della pena corporale con quella patrimoniale[56].

Si trattava di un rimedio di diritto privato con funzione anche sanzionatoria; una vera e propria azione penale privata non poi così dissimile dalle pene private attualmente rinvenibili nel nostro ordinamento (il riferimento va, ancora una volta, alla clausola penale, alle disposizioni del codice di rito sulla lite temeraria etc. che verranno analizzate diffusamente nel prosieguo della trattazione).

Il sistema del diritto romano, da cui poi ha preso abbrivio l'impostazione di alcuni sistemi di *common law* in punto di responsabilità civile, era dunque un sistema chiuso e rigido in quanto fondato sulle descritte *actiones,* laddove invece la moderna concezione dell'illecito aquiliano presenta una strutturazione aperta[57].

In effetti se in una embrionale fase le azioni romane erano improntate ad una coazione di tipo fisico del debitore inadempiente o danneggiante come accadeva nella *legis actio per manus iniectionis,* successivamente la sanzione sarebbe

---

[54] Siamo nel periodo che va dal 235 al 565 D.C. denominato, appunto, post-classico: esso viene datato con la morte di Alessandro Severo (nel 235 D.C.) e la fine del principato dilaniato dalle guerre civili e dalle continue invasioni dei barbari del nord. Il termine viene fatto convenzionalmente coincidere, quindi, con il regno di Giustiniano (565 D.C.). Approfondita la disamina di BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, p.5 cit.

[55] DI MARZIO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1942, p. 410 e ss. secondo cui uno dei meriti del diritto giustinianeo era consistito nel creare una contrapposizione tra l'*agere civilitater* o *pecuniaritatem* e l'*agere criminaliter* cui conseguiva l'irrogazione di una pena di tipo pubblico.

[56] BARATELLA, *op. cit.* p. 3.

[57] DI MAJO, *La tutela civile dei diritti,* Milano, 2003, p. 75.

consistita nell'esborso di una somma di denaro, attraverso la corresponsione di cifre calcolate alla stregua di un multiplo rispetto ai danni arrecati.

In questo riposa l'evidente carattere repressivo trasformatosi nel tempo da coazione fisica a coazione pecuniaria. Si trattava di veri e propri esempi di pene private così come intese in accezione moderna: la corresponsione della somma di denaro in conseguenza del danno veniva ad assumere, infatti, l'unico e precipuo scopo di sottolineare il carattere riprovevole della condotta del danneggiante[58].

La funzione afflittiva era, dunque, consegnata alla pena privata, che con la condanna del reo al pagamento di un multiplo del danno inflitto assorbiva e inglobava in sé uno scopo anche repressivo[59].

Nel periodo giustinianeo la pena privata cominciò pian piano a decadere per lasciare il posto ad un concetto più moderno di risarcimento, attraverso l'anzidetta generalizzazione del sistema delle azioni *ex lege aquilia*[60].

Di recente una parte della dottrina italiana è tornata ad occuparsi della *lex aquilia* con maggiore attenzione parallelamente al progressivo sviluppo di quella che è stata classificata come la c.d concezione etica della responsabilità civile in contrapposizione alla più recente e condivisa concezione tecnicistica.

Alla base dell'impostazione etica vi è l'idea che lo scopo ultimo dell'illecito civile sia quello di andare a colpire un comportamento colpevole in ottemperanza al dovere morale di non ledere gli altri[61].

---

[58] BONILINI, *Il danno non patrimoniale,* Milano, 1983, p. 112.

[59] VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico,* Milano, 1939, p. 411. In particolare, si fa notare come nel furto si era tenuti nel quadruplo o nel *duplum* rispetto al danno effettivamente arrecato a seconda che l'autore fosse stato o meno colto in flagranza.

[60] RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustinianeo,* in *Boll. Ist. Dir. rom.,* 1932, 168.

[61] BIANCA, *La Responsabilità,* in *Diritto Civile,* Vol. 5, Giuffrè, Milano 2017 p. 546. Uno dei principali sostenitori dell'impostazione etica è lo studioso tedesco EHRENZWEIG, *Die Shuldhaftung im Schadenersatzrecht,* Wien, 1936 p.176 e ss. che ritiene la stessa direttamente collegata ad un'idea di diritto naturale, quindi discendente dal sentimento giuridico del popolo. Invece è il CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* p. 273 e ss. il maggiore fautore italiano della concezione etica della responsabilità civile che ritiene il requisito della colpevolezza e dell'imputabilità soggettiva il presupposto indefettibile per muovere un rimprovero all'autore dell'illecito nella misura in cui il soggetto abbia realizzato la violazione in condizione di piena libertà e consapevolezza.

Il richiamo a tale impostazione assume qui rilievo in quanto tale teorica aveva trovato un importante riscontro e seguito in epoca romana e in parte anche nel pensiero dei giusnaturalisti.

Al di là degli aspetti sanzionatori e compensativi che di volta in volta, con il passare del tempo, sono stati ricondotti alla *lex aquilia de damno*, ciò che rileva in questa sede è l'importanza determinante data dai giuristi romani al *damnum iniuria datum,* in quanto illecito basato unicamente sullo stato soggettivo del danneggiante, sia esso doloso oppure colposo. Tale crescente importanza riconosciuta all'elemento soggettivo dell'illecito ha permesso ai giuristi del III secolo a.c. di moltiplicare il novero di reazioni sanzionatorie in conseguenza della commissione di illeciti. Se a venire in rilevo erano tutti i casi di colpa del danneggiante, ben si comprende come nella prima fase storica della *lex aquilia*, ancora improntata a parametri penalistici, i casi di uccisioni di schiavi o animali si ampliavano e crescevano esponenzialmente.

Se, come anticipato, anche questo tipo di reazioni verranno, nella fase più evoluta di sviluppo del diritto romano, sostituite da pene di tipo pecuniario, nondimeno la valorizzazione dell'elemento della colpevolezza avrebbe continuato, per diversi decenni, a consentire di tenere molto largo il novero delle possibili reazioni ordinamentali[62].

Questa concezione etica della responsabilità in epoca romanistica è essenziale per la disamina dell'argomento che ci occupa nella misura in cui, se tra gli elementi che consentono in epoca moderna di aprire la strada ai danni punitivi vi è la c.d. *malice* del danneggiante, non vi è chi non veda come questo derivi, in

[62] Del resto, lo stesso GAIO, nelle sue *Istitutiones* collega il damnum iniuria datum al fatto doloso o colposo del danneggiante: non può esservi alcun danno da risarcire se non vi è *iniuria* "*itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committi*". FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Artt. 2043 – 2059 c,* in *Comm. c.c. Scialoja e Branca,* 1993, p. 604 e ss. Il quale sottolinea come il dato caratterizzante dell'impostazione romanistica della responsabilità civile è la riferibilità del danno al soggetto leso.

gran parte, dalla concezione etica della responsabilità che ha avuto il massimo sviluppo con la *lex aquilia de damno*.

Per concludere questo *excursus* sull'evoluzione della responsabilità civile in epoca romana, è significativo porre l'attenzione su quella che è stata anche l'evoluzione della terminologia giuridica in considerazione dei riflessi che ha, tutt'oggi, nella definitiva distinzione tra illecito civile e illecito penale.

Nell'età classica del diritto romano, infatti, venne giustapposto il termine *res* a quello di *poena* in una prospettiva di contrapposizione dialettica.

Il termine *poena,* di derivazione greca da "poinè" (Ποίνη), venne utilizzato in questa fase unicamente allo scopo di indicare i rimedi di tipo afflittivo in risposta ad un comportamento contrario alla legge. La definitiva distinzione rispetto al concetto di *res* – cosa – si deve a Gaio: "*a volte agiamo per ottenere solo una cosa, a volte solo una pena, a volte una cosa e una pena*"[63].

Conclusivamente, il sistema della responsabilità civile romanistica era, in origine, un sistema chiuso che, tuttavia, cominciò ben presto a cedere il passo a nuove prospettive rimediali: già in epoca Giustinianea cominciò ad affacciarsi il concetto di imputabilità che verrà posto alla base della *lex aquilia* che proprio in quel periodo si spoglia dei residui precipitati penalistici che l'avevano contraddistinta in epoca gaiana per assumere le fattezze di vero e proprio rimedio risarcitorio, sulla falsariga dell'attuale illecito aquiliano.

Come è stato fatto efficacemente notare da una parte della dottrina, l'elemento soggettivo dell'illecito nel diritto romano era costituito dall'imputabilità del fatto intesa come possibilità di riferire lo stesso al suo autore[64].

---

[63] GAIO, *Institutiones,* IV, 6-9.

[64] BETTI, *Istituzioni di diritto romano,* 1947,239 ha rimarcato come nella primigenia fase di sviluppo del diritto romano la concezione dell'imputabilità era saldata a quella della volontarietà del fatto lesivo fondata a sua volta sull'accertamento del nesso di causalità tra fatto illecito e danno.

Molto si deve anche all'opera interpretativa successiva dei compilatori giustinianei che ebbero il merito di consentire lo sviluppo e l'evoluzione più moderna dei concetti giuridici condensati nella *lex aquilia* per il tramite della previsione di *actiones in factum legis Aquiliae.* Ciò permise al *Corpus Iuris Civilis* Giustinianeo di divenire un ponte naturale di passaggio tra il diritto classico e il nuovo diritto.[65]

La *lex aquilia* consentì, per la prima volta, di concepire un risarcimento non punitivo consistente nella corresponsione di una somma di denaro proporzionata al danno subito in un'ottica non più repressiva ma volta ristorare il patrimonio del danneggiato della perdita subita.

1.2.2. La concezione sanzionatoria del risarcimento del danno in età post giustinianea e cristiana. L'affrancamento dell'illecito civile da quello penale con l'avvento del giusnaturalismo

In età post giustinianea e soprattutto cristiana, il progressivo affrancamento della responsabilità da istanze prettamente sanzionatorie raggiunge il suo completamento definitivo. Si afferma una concezione della misura del risarcimento decisamente svincolata da parametri di tipo penalistico, più in linea con la morale e il sentire cristiano e, per questo, agli antipodi della logica sottesa alla Legge del Taglione[66].

---

[65] ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 c.c.,* in *Riv. Dir. Comm,* 1916*,* p. 942 e ss.

[66] La *lex talionis* è riferibile ad un antico principio di diritto, che si fa risalire nelle sue primissime manifestazioni, al codice di Hammurabi, raccolta di legge del re Babilonese che regnò dal 1792 al 1750 a.C. Nel codice la pena per i reati commessi è identica e speculare al torto procurato. Nel diritto romano arcaico, la legge del Taglione è condensata nelle XXII Tavole, corpo di leggi risalenti al 451-450 a.C. e redatto dai *decemviri legibus scribundis*. In particolare, nella Tavola VIII riguardante gli illeciti, si legge «*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.»: s*e una persona mutila un'altra e non raggiunge un accordo con essa, sia applicata la legge del taglione. Ma a rendere celebre la Legge del Taglione è un passo del Levitico, libro dell'Antico Testamento che così recita:"se uno farà una lesione al suo prossimo, si farà a lui come egli ha fatto all'altro:

Illuminante, tra le tante, è la ricostruzione della responsabilità civile di Tommaso d'Aquino il quale pare quasi anticipare l'idea del risarcimento da perdita di *chance*: nella sua opera, *Summa Theologia*, l'illustre studioso afferma la necessità che il sistema risarcitorio garantisca la compensazione del soggetto leso per il danno conseguente al mancato conseguimento di un utile, di un vantaggio[67].

Riporta, all'uopo, il celebre esempio del seminatore che ha una raccolta che solo potenzialmente potrà produrre, un domani, i suoi frutti. Spiega che in caso di danno cagionato a questa raccolta, l'ammontare da risarcire dovrà essere calcolato sulla base di una somma di denaro parametrata al lavoro speso dal seminatore stesso e non al raccolto mancato[68].

Questa concezione troverà una sicura consacrazione in età giusnaturalistica. Sarà in particolare con i lavori di giuristi come Grozio[69] e Pufendorf[70], che si assisterà alla definitiva emancipazione dell'illecito civile da quello penale.

Non a caso, l'opera dei giurisiti di quest'epoca storica, ha rappresentato il ponte di passaggio dalla concezione di stampo romanistico del risarcimento alla concezione condensata nelle codificazioni moderne.

In particolare, nel pensiero di Pufendorf l'obbligo risarcitorio viene agganciato a una pretesa norma di diritto naturale, paragonabile al dovere di

---

frattura per frattura, occhio per occhio, dente per dente; gli si farà la stessa lesione che egli ha fatto all'altro» (Levitico 24, 19-20).

[67] SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica,* II/IIae, 62.

[68] Evidente già qui l'intento di evitare effetti moltiplicativi in un'ottica precipuamente compensativa. In nuce vi era la teorizzazione del danno da perdita di *chance*, inteso, in senso moderno, quale danno da perdita della possibilità di conseguire un determinato bene della vita e non danno da perdita del bene della vita in sé: per una compiuta ricostruzione del concetto di danno da perdita di chance si veda, LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance,* in *Danno e Resp.* n. 3/2019.

[69] Nella sua opera l'autore giuspositivista distingue tra *damnum e maleficium:* il *maleficium* è inteso come qualsiasi condotta in grado di arrecare un pregiudizio ad altri laddove il *damnum avrebbe una portata ancora più ampia.*

[70] PUFENDORF, *De iure naturae et genium,* 1672, 3, 1.

solidarietà condensato nella nostra Carta Costituzionale, che imporrebbe a i consociati di astenersi dal compiere condotte violative dei diritti altrui[71].

1.3. Il Codice del Regno d'Italia e l'impostazione afflittiva della responsabilità civile

Ma sarà all'opera interpretativa di Pothier che si ispireranno maggiormente le codificazioni moderne[72]: nella suo lavoro interpretativo, l'autore giusnaturalista aveva operato una contaminazione tra impostazione romanistica, per il tramite della reintroduzione della distinzione tra delitti e quasi delitti, e teorie del diritto naturale attraverso il richiamo al criterio dell'*alterum non laedere*: la clausola generale del *neminem laedere*, così come consegnata dalle acquisizioni interpretative proprie del giusnaturalismo, verrà poi condensata negli artt. 1382 e 1383 del *code civile* per poi venire trasposta anche nel Codice Pisanelli del 1865.

C'è infatti una stretta corrispondenza e somiglianza tra l'art. 1382 del Code Civil e l'art. 1151 del Codice Pisanelli. A mente del citato art. 1382: "Toutes fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le reparer"[73].

Così come era avvenuto in Francia, anche in Italia - successivamente alla promulgazione del Codice civile del Regno di Italia del 1865 - era stata avallata un'impostazione prevalentemente afflittiva del risarcimento del danno da illecito aquiliano[74]. L'eredità romanistica era forte ed evidente. Se anche infatti la responsabilità civile, come delineata dall'art. 1151 aveva perso l'antico carattere

---

[71] Sulla stessa linea di pensiero si colloca DOMAT, *Les Lois civilis selon leur ordre naturel.* Paris. 1756.
[72] POTHIERS, *Traitè des obligations.* 1761.
[73] Per una disamina approfondita dell'evoluzione storica e giuridica che ha portato all'emanazione dl Code Civile, si veda COMPORTI, *Fatti illeciti,* Milano, 2002, p. 118 e ss.
[74] ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 54 e ss.

penale proprio della *Lex Aquilia de damno*, nondimeno aveva mantenuto dei connotati autenticamente repressivi. Non a caso in questa fase l'illecito civile continuava ad essere identificato con il termine *delitto*.

Fulcro di questa impostazione dogmatica era il fatto dell'uomo: a mente dell'art. 1151 del Codice Civile del Regno di Italia, infatti "qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno". La genericità del riferimento a "qualunque fatto" appalesava l'indifferenza accordata alla valutazione dell'elemento soggettivo.

Tutto il sistema ruotava attorno alla valorizzazione della condotta del danneggiante. Si trattava di una prospettiva prevalentemente autorale che, in quanto tale, verrà dapprima abbondonata con il Codice Civile Vassalli di ispirazione liberale, per poi tornare in auge di pari passo con il ritorno di interesse nel dibattito degli studiosi di diritto per i *punitive damages*, a conferma di un andamento davvero circolare del sistema della responsabilità civile in Italia.

Nel vigore del vecchio codice civile, ad essere considerato ingiusto era il fatto, quindi la condotta del danneggiante e non il danno.

L'ingiustizia del danno verrà invece valorizzata, in maniera del tutto speculare ed opposta, con il 2043 del nuovo Codice Civile secondo l'interpretazione datane dapprima dal Guardasigilli nella relazione di accompagnamento al Codice e poi dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. Ma su questo aspetto ci si soffermerà meglio e più diffusamente di seguito.

Tornando alla disamina del sistema della responsabilità nel Codice Civile previgente, l'adozione di una prospettiva tutta incentrata sull'autore dell'illecito portava con sé la considerazione per cui nessuno poteva essere considerato responsabile delle conseguenze della propria condotta se questa non si fosse estrinsecata in una fattispecie illecita, ossia integrante la violazione

di una preesistente disposizione normativa e precettiva. La colpa e l'imputabilità si atteggiavano, pertanto, come requisiti essenziali dell'illecito portando all'accostamento dell'illecito civile e di quello penale[75].

Si trattava di una responsabilità per fatto ingiusto conseguente alla violazione da parte dell'autore dell'illecito di un diritto tutelato *erga omnes* da norme primarie, deputate a tutelare i diritti personali e patrimoniali degli individui. Era quindi una disposizione di rango secondario, il cui scopo essenziale era quello di presidiare e sanzionare i precetti posti dalla norma primaria.

Vigeva un vero e proprio dogma della funzione sanzionatoria della responsabilità civile fondata sull'equazione: violazione (con volontà colpevole) di un precetto normativo = sanzione punitiva nei confronti dell'autore dell'illecito. La prospettiva non era poi così dissimile e distante da quella penalistica concretizzandosi, infatti, la conseguenza per la condotta del danneggiante in una sanzione. La responsabilità per colpa dell'individuo era, in definitiva, la ragione soggettiva di riprovevolezza dell'atto compiuto[76].

È già in questa fase che vengono gettate, dunque, le basi del fondamentale principio, che verrà poi recepito dalla teoria della colpa di stampo penalistico all'indomani dell'emanazione del Codice Rocco, per cui non può esservi alcuna responsabilità senza colpa[77].

---

[75] CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, Torino, 1903-1906, secondo cui le disposizioni civilistiche in materia di risarcimento del danno, se anche non ha la vera e propria essenza delle norme penali, sono nondimeno "misura dell'ordine pubblico e, se non pena, funzionali alla punizione dell'ingiuria".

[76] BIANCA, *La Responsabilità,* Vol. 5, Trattato di diritto civile, Milano, 2017, p. 548 e ss.

[77] Per una più compiuta disamina della teoria dell'illecito come atto fondamentalmente colpevole si veda CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile,* Padova, 1966, 391. Il pensiero dell'autore, sebbene elaborato in relazione alle problematiche interpretative sorte all'indomani dell'approvazione del Codice Civile del 1942, risulta di fondamentale importanza per comprendere la matrice del Codice Pisanelli. Nell'opera citata infatti, l'autore mostra di considerare l'illecito civile come un atto violativo di un precetto normativo e che, in quanto tale, deve fondarsi sulla colpevolezza dell'agente nella misura in cui alcun rimprovero potrebbe essere realisticamente mosso allo stesso in assenza della possibilità che la condotta venga percepita, in maniera cosciente e volontaria, come antigiuridica.

L'illecito era, dunque sorretto da una tipicità molto stretta: solo i fatti previsti dalla legge, norma primaria, come illeciti potevano integrare il presupposto di una condanna al risarcimento dei danni. La prospettiva era quindi unicamente sanzionatoria e lontana da qualsiasi sfumatura compensativa[78].

Non sono mancate, tuttavia, anche in questa peculiare fase storica voci fuori dal coro che hanno sottolineato l'anacronismo di una visione della responsabilità civile ancora fortemente costretta dentro gli stretti confini dell'impostazione romanistica che il Codice Pisanelli aveva mostrato di recepire pressoché integralmente.

È stato sottolineato, già nei primi anni del '900, come la stessa terminologia "delitto privato", per non tacere della distinzione - di chiara ascendenza e derivazione Gaiana - tra delitto e quasi delitto, si ponesse in netta antitesi con la sistematica della responsabilità civile dello stesso Codice Civile del Regno di Italia, traducendosi in null'altro che un omaggio alla tradizione romanistica, priva quindi di riscontro pratico e di punti di aggancio con i tempi[79].

Gli stessi concetti di *poena* o di *actio poenalis* si mantengono nella terminologia giuridica del tempo solo per forza di tradizione.

---

[78] VOLPE, *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi,* in *I danni punitivi – Tavola Rotonda – Cagliari, 9 maggio 2018,* CICERO (a cura di), Cagliari, 2019.

[79] ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 cod.civ.: ricerche storico – dogmatiche,* in *Riv. dir.comm., 1916* p. 80 e ss. L'autore sottolinea la non corrispondenza alla realtà dei tempi della conservazione, tra le fonti delle obbligazioni della figura del delitto. Infatti, già nel diritto romano classico, la figura del delitto privato si stava pian piano esaurendo per poi perdere quasi del tutto di pregnanza nel diritto giustinianeo. Per tale ragione "*l'averlo riprodotto, sia pure formalmente, nei codici, non fu, per il legislatore francese e per il nostro, che un malinteso omaggio alla tradizione romanistica ed una fonte di equivoci: giacchè ormai delitto e pena sono concetti che esulano completamente dal diritto privato e che in esso non c'è ragione né possibilità di far rivivere*". Inoltre, l'autore evidenzia come la circostanza della mancata menzione del requisito dell'illiceità costituisse il tratto caratterizzante la disposizione di cui all'art. 1151 cod. civ. Si tratta di una linea di pensiero dottrinale che ebbe un'influenza determinante nei lavori preparatori del codice civile del 1942 nel senso di portare alla definitiva inclusione, nell'alveo della disposizione dedicata all'illecito aquiliano, del fondamentale requisito dell'ingiustizia del danno. Sul punto si veda QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile,* Napoli – Roma, 2013., p.81.

Questa impostazione dalla esasperata valenza soggettivistica era stata, come sopra anticipato, oggetto di una dura critica nella misura in cui si rivelava un mero precipitato di una concezione borghese e liberale della responsabilità civile, cieca di fronte all'emersione di tipologie di danni affatto peculiari[80].

Si allude in particolare ai casi di danni incolpevoli o alle ipotesi di responsabilità oggettiva in relazione alle quali, l'impossibilità di individuare un autore dell'illecito, ha portato ad uno sgretolamento dell'esaltazione del principio di colpevolezza e, come conseguenza, ha fatto vacillare la stessa costruzione dogmatica e teleologica del sistema della responsabilità civile quale strumento per la corretta allocazione dei rischi[81].

Come si analizzerà in maniera più puntuale nel capitolo dedicato alla disamina della responsabilità oggettiva in relazione al consolidamento di una funzione punitiva della responsabilità civile, la crisi della concezione etica dell'illecito aquiliano è andata di pari passo con il progressivo sviluppo dell'industria e della tecnologica, cui ha fatto da *pendant* un'inevitabile massificazione e standardizzazione dei danni agli individui.

Questo dato si accompagna alla presa di coscienza dell'insufficienza di un'impostazione che esalti la regola dell'illiceità per colpa quale criterio generale di imputazione soggettiva della responsabilità laddove si producano dei danni che rendano difficile, se non del tutto impossibile, l'individuazione di un responsabile[82].

---

[80] Tra i maggiori sostenitori di questo indirizzo di pensiero vi sono alcuni esponenti di una scuola di diritto tedesca di fine 800, tra questi UNGER, *Handeln auf fremade Gefahr,* 1894 p. 299 che si sofferma su una dura contestazione della ricostruzione dogmatica che pone il principio di colpevolezza alla base della responsabilità da illecito.

[81] ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefahrdungshaftung,* Berlino, 1941, p. 50 e ss. Si tratta di una tra le più illuminate costruzioni interpretative, fortemente critiche nei confronti di una visione esasperata del principio di colpevolezza.

[82] Per una compiuta disamina del dibattito che ha visto contrapposte la concezione etica e quella tecnicistica della responsabilità civile si veda BIANCA, op. cit. p. 549 e ss.

1.4. La funzione compensativa della responsabilità civile nel Codice Civile del 1942: il dibattito sulle funzioni dell'illecito aquiliano e sulla selezione degli interessi meritevoli di tutela giuridica

L'avvento del Codice Civile post-unitario e pre-repubblicano ha segnato una svolta importante nella sistematica della responsabilità civile italiana.

Soppiantati, finalmente, i concetti di *poena* e di delitto privato di chiara ascendenza romanistica, fonte dell'obbligazione risarcitoria diviene il fatto illecito dell'uomo.

La prospettiva è radicalmente mutata di pari passo con il mutamento del requisito dell'illiceità. Ad essere illecito, in questa fase non è più il fatto e dunque la condotta del danneggiante, bensì il danno. Si tratta di un danno *contra ius,* ossia ingiusto in quanto lesivo di un interesse giuridicamente rilevante e in quanto tale tutelato; un danno cagionato da un fatto *non iure* ossia non conforme, anzi contrario, all'ordinamento giuridico.

La concezione diviene, pertanto, tutta vittimologia[83].

Nella relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile si legge: "*perché il fatto doloso o colposo sia fonte di responsabilità, occorre che esso produca un danno ingiusto. Si precisa così, conferendo maggiore chiarezza alla norma dell'art. 1151 cod. civ. del 1865, che la culpa e l'iniuria sono concetti distinti;*

---

[83] Con la trasformazione della concezione autorale della sistematica dell'illecito in concezione vittimologica scompare definitivamente anche grazie all'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato la norma dell'art. 2043 c.c., all'indomani dell'emanazione del codice civile. L'apertura della sistematica dell'illecito aquiliano alla tutela, non solo dei diritti assoluti, ma dei più disparati e diversi interessi di nuova emersione (dalla tutela del credito, all'informazione commerciale) di pari passo con l'evolversi del sistema produttivo ed economico, generatore di nuovi bisogni e di conseguenti tecniche di tutela degli stessi, ha spostato i riflettori dal soggetto danneggiante alla figura del danneggiato. Sul punto si veda l'acuta disamina RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative,* in *Res. civ. e prev.* p.1818. e ss.
Per una ricostruzione della *ratio* ispiratrice della costruzione dogmatica dell'illecito condensata nel codice del 1942 si veda, QUARTA, op. cit. p. 76 e ss.

quindi si esige che il fatto o l'omissione, per essere fonte di responsabilità, debba essere doloso o colposo e debba inoltre essere compiuto mediante la lesione dell'altrui sfera giuridica"[84].

Non sono mancate opinioni dottrinali fortemente critiche nei confronti delle affermazioni condensate nell'interpretazione del ministro Guardasigilli all'indomani dell'approvazione del Codice Civile. In particolare, tale corrente dottrinale aveva considerato alla stregua di un vero e proprio errore interpretativo quello consistito nella trasposizione del requisito dell'ingiustizia dal fatto al danno, dovendosi, per converso, ritenere il danno un concetto affatto neutro.

In altre parole, gli esponenti di tale indirizzo interpretativo, confondendo il requisito dell'ingiustizia con quello dell'antigiuridicità, erano stati portati a ritenere che un danno, in sé considerato, non potesse qualificarsi né come giusto né come ingiusto dovendosi invece riferire l'ingiustizia solo al fatto dell'uomo e qualificare in tali termini lo stesso[85].

La linea di pensiero espressa dalla relazione al codice civile troverà la sua più compiuta evoluzione in quella teorica inaugurata in ambito dottrinario sul finire degli anni '70 e poi confluita nella celebre sentenza della Cassazione

---

[84] Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, punto 267.

[85] L'errore interpretativo di tale corrente dottrinale è consistito, come fa notare efficacemente, VISINTINI, *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* p. 590, nell'aver preso in considerazione i soli pregiudizi di stampo economico, omettendo invece di considerare come il *proprium* del fatto illecito si sostanzi nella "lesione dell'altrui sfera giuridica" nell'accezione più ampia del termine. Si tratta, tuttavia, a parere dell'autore di una svista interpretativa che, tra le altre, aveva fatto passare sotto silenzio quanto era invece contenuto nei lavori preparatori del codice civile dove veniva espressamente chiarito che l'inserimento dell'aggettivo "ingiusto" in relazione al danno, era stato funzionale a tenere distinti i concetti di *culpa* e di *iniuria* con ciò innovando considerevolemente rispetto al codice civile del 1865 per uniformarsi invece al modello del *code civile.* Si è trattato di una innovazione a lungo ignorata tanto che gli interpreti degli anni immediatamente successivi all'emanazione del Codice Civile avevano finito per ricondurla nell'alveo dell'elemento soggettivo ritenendo che solo in presenza di un comportamento colposo poteva darsi a luogo ad un danno ingiusto in conseguenza della lesione di un diritto del singolo.

n.500 del 1999[86]. Come noto la sentenza ha restituito valore primario e precettivo alla disposizione di cui all'art. 2043 c.c. a lungo invece considerata norma secondaria in quanto volta a sanzionare la violazione di precetti posti *aliunde* nell'ordinamento giuridico. Per fare ciò gli Ermellini hanno traslato il requisito dell'ingiustizia dal fatto al danno: la responsabilità civile è una responsabilità primaria derivante, in maniera diretta, dalla violazione del precetto del *naeminem laedere*[87].

In particolare, il merito della sentenza richiamata sta tutto nell'aver restituito alla responsabilità aquiliana una funzione essenzialmente riparativa che, proprio per tale via, aveva permesso l'apertura alla risarcibilità degli interessi legittimi: "*l'area della responsabilità non è…. definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito*

---

[86] TRIMARCHI, *voce Illecito (diritto privato),* in *Enc. Dir. XX,* Milano, 1970, p. 90 e ss.

[87] Il dibattito sulla riferibilità dell'ingiustizia al danno o al fatto ha impegnato, antecedentemente alla storica sentenza n.500 del 1999, a lungo il lavoro interpretativo della dottrina. In relazione all'orientamento più datato che ha ritenuto che il requisito dell'ingiustizia dovesse essere riferito esclusivamente al fatto si può citare PACCHIONI, *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice,* in *Scritti in onore di G. Ferrini,* vol. II, Milano, 1947, p. 174, il quale sostiene che la locuzione "danno ingiusto" vada più propriamente attribuita ad una svista terminologica del legislatore; si veda inoltre BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni,* Vol, II, Milano 1964, p. 432.
Tra i più raffinati contributi della dottrina in merito alla complessa questione della caratterizzazione dell'art. 2043 c.c. come norma primaria o secondaria si veda RODOTA', *il problema della responsabilità civile,* Milano, 1964.
Estremamente esplicativa e chiara risulta anche la massima della Corte Costituzionale (sent. 14.07.1986, n. 184 (con nota di PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute* in Foro it., 1986, I, 2053 secondo cui "*L'art. 2043 cod. civ. è una sorta di "norma in bianco" in quanto, mentre vi è espressamente e chiaramente indicata l'obbligazione risarcitoria, che consegue al fatto doloso o colposo, non sono individuati i beni giuridici la cui lesione è vietata, essendo l'illiceità oggettiva del fatto, che condiziona il sorgere della detta obbligazione, indicata unicamente attraverso l'"ingiustizia" del danno prodotto dall'illecito. Esso quindi contiene una norma giuridica secondaria, la cui applicazione presuppone l'esistenza di una norma giuridica primaria, perché non fa che statuire le conseguenze dell'ingiuria, dell'atto contra ius, cioè della violazione di una norma di diritto obiettivo, integrativa del precetto non espresso. Pertanto, il riconoscimento del diritto alla salute, come fondamentale diritto della persona umana, comporta il riconoscimento che l'art. 32, primo comma, Cost. integra l'art. 2043 cit., completandone il precetto primario*".

in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento". Da ciò consegue la considerazione centrale e rivoluzionaria per cui la norma sulla responsabilità civile non è una norma secondaria, come invece insegnato dal Codice Pisanelli che la intendeva alla stregua di una disposizione sanzionatoria di condotte vietate *aliunde* dall'ordinamento, da altre norme giuridiche primarie, bensì una norma primaria che ha lo scopo fondamentale di garantire al soggetto leso di ottenere una riparazione: "*in definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante"*[88].

Secondo quindi quella che è a tutt'oggi la concezione dominante in dottrina, lo spostamento del requisito dell'ingiustizia dal fatto al danno avrebbe reso il fatto umano neutro, depotenziando in questo modo l'interesse per la condotta dell'autore e collocando i riflettori solo sulla vittima, sul

[88] PALMIERI – PARDOLESI, nota a Cass. Sez. Un. Civ., 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro.it,* I, p.2847: "quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c. inteso, nei sensi suindicati, come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza".

danneggiato che meriterebbe un ristoro completo e pieno in conseguenza del danno *contra ius.*

Del resto, a mente di questo indirizzo dottrinale fautore di una concezione unicamente compensativa dell'illecito civile, proprio questo trapasso dell'art. 2043 c.c. da norma secondaria a fattispecie primaria di protezione, unitamente al consolidarsi della stessa alla stregua di una clausola generale - in quanto tale sorretta da forti connotati di atipicità - si porrebbe in antitesi con il requisito di stretta tipicità richiesta perché si possa discorrere di funzione sanzionatoria della responsabilità aquiliana (in ossequio e specularmente al principio di stretta legalità e tipicità posto a presidio delle imputazioni criminose), e questo in quanto "quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori"[89]. La refrattarietà dell'art. 2043 c.c. al principio di tipicità risulta del resto confermata dalla formula aperta della disposizione in parola.

Se questo può considerarsi l'orientamento a tutt'oggi pacifico, deve darsi atto di una certa recente tendenza ad una rilettura del concetto di ingiustizia del danno che va di pari passo con un significativo ripensamento delle funzioni della responsabilità civile: a mente di questo orientamento, infatti, parlare di fatto *non iure* equivale a ritenere il fatto stesso come non autorizzato dall'ordinamento e quindi illecito[90].

L'illiceità, quindi, andrebbe a caratterizzare tanto il danno quanto anche il fatto. Ciò troverebbe conferma anche nella rilettura del disposto dell'art. 1173 c.c. che annovera tra le fonti delle obbligazioni proprio il fatto illecito. Il senso del recupero di questa doppia anima dell'illiceità, riguardante tanto il fatto quanto il danno, sta tutto nel permettere di riconsiderare e di riportare nuovamente sotto i riflettori la condotta del danneggiante. Se lo scopo deve essere quello di ampliare il più possibile lo strumentario rimediale, proprio in

[89] PALMIERI – PARDOLESI, ibidem.

[90] VOLPE, *op.cit.* p. 89.

omaggio a quella stessa prospettiva vittimologica che la riattribuzione del requisito dell'illiceità anche al fatto lungi dal mutare, anzi rafforza; se l'obiettivo è quello di tutelare al massimo grado la vittima dell'illecito, allora il riconoscimento di questa duplice funzione del requisito dell'illiceità, altro non fa che porre l'accento sulla sfera giuridica del danneggiante, meritevole di dover pagare per il danno cagionato.

Ecco che proprio a partire da questo ritorno al passato che si riesce allora a recuperare, a norma invariata, e partendo da una lettura *de plano* della stessa disposizione codicistica, la doppia funzione della responsabilità civile: riparatoria in omaggio al binomio danno *contra ius* = tutela della vittima, e sanzionatoria conformemente invece all'equazione fatto ingiusto *non iure* = punizione del danneggiante.

All'impostazione vittimologica non si sostituisce, ma si affianca, quella incentrata sull'autore dell'illecito, in relazione alla quale l'ordinamento si preoccupa non solo di risarcire la vittima ma di misurare il disvalore della condotta *non iure* dell'autore.

L'obiettivo finale è evidentemente quello di raggiungere un'effettività rimediale che, in ultima istanza, finisce per essere proprio il corroborante di quella stessa prospettiva vittimologica, volta a garantire un pieno ristoro della sfera patrimoniale della vittima - danneggiato. Se infatti la responsabilità civile gode di un doppio schema di funzioni, il ventaglio di tutele per la vittima è più ampio e, di riflesso, questo finisce per avere un impatto positivo sulla ripartizione dei costi sociali della responsabilità disincentivando la produzione dei danni.

Soprattutto l'anima punitiva, nella prospettiva della deterrenza - laddove riesce a dissuadere i consociati dal compiere un atteggiamento analogo a quello del danneggiante punito - finisce o dovrebbe finire per garantire una deflazione degli illeciti del tipo di quelli oggetto di punizione. I danneggianti infatti, nella consapevolezza dell'esistenza di un sistema rimediale a doppio binario, dovrebbero essere indotti ad adottare tutte le cautele e gli accorgimenti necessari

per scongiurare la produzione del danno, ponderato bene vantaggi e svantaggi economici[91].

Dunque, è proprio il requisito della doppia antigiuridicità, del fatto (riferita all'autore) e del danno (riferita invece alla vittima) a permettere la coesistenza di queste due funzioni fondamentali per la costruzione di una sistematica della responsabilità civile moderna e al passo con i tempi[92].

Ma alle frontiere del diritto romano rimase fedele, almeno all'indomani della sua entrata in vigore, il Codice Civile del 1942[93].

La progressiva emancipazione della norma di cui all'art. 2043 c.c. dall'eredità sanzionatoria di derivazione romanistica è avvenuta gradualmente per merito del lavoro interpretativo della dottrina e della giurisprudenza che dalla metà del secolo scorso ad oggi hanno notevolmente influito sull'esatta perimetrazione dei confini dell'illecito.

Se anche la relazione del Guardasigilli al Codici Civile aveva consegnato agli interpreti gli strumenti per una corretta individuazione delle funzioni ascrivibili alla responsabilità civile attraverso la perimetrazione dei requisiti del fatto (doloso o colposo, compiuto in violazione dell'altrui sfera giuridica e in quanto tale produttivo di un danno ingiusto) – dunque una responsabilità civile dalla vocazione precipuamente riparatoria – nondimeno è stato l'annoso dibattito degli studiosi e della giurisprudenza sulla selezione degli interessi meritevoli di tutela giuridica a sostanziare un definitivo e sicuro ampliamento dei confini applicativi dell'art. 2043 c.c.

---

[91] DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente, La funzione deterrente della responsabilità civile* (SIRENA a cura di), Milano, 2011, p 3 e ss.

[92] VOLPE, OP. cit. p. 89 il quale nel soffermarsi sulla funzione punitiva in particolare negli ordinamenti di *common law* sottolinea come in particolare in tema di responsabilità contrattuale, essa si estrinsechi nel riconoscere al danneggiato un risarcimento ulteriore e aggiuntivo rispetto a quello necessario per la riparazione del danno. Si tratta dei cosiddetti *compensatory damages* che vengono in rilievo ogni qual volta si riesca a fornire la prova della *malice* o della *gross negligence* del danneggiante: atteggiamenti soggettivi corrispondenti al nostro dolo e alla nostra colpa grave.

[93] Relazione al Libro delle Obbligazioni, Roma, 1941.

Il progressivo percorso di ampliamento degli interessi meritevoli di tutela giuridica idonei, in quanto tali, a sostanziare una tutela ex art. 2043 c.c., frutto di una lunga elaborazione teorica, si è fondato sulla valorizzazione di una visione dinamica tra la posizione del danneggiante e quella del danneggiato. E così dal riconoscimento della sola risarcibilità dei diritti assoluti dell'individuo si è arrivati ad ammettere la piena risarcibilità del credito passando attraverso la legittimazione del risarcimento per lesione delle aspettative di mero fatto [94].

Vediamo, in breve e senza pretesa di completezza, le tappe essenziali di questo percorso.

L'art. 2043 c.c. delle origini, reduce da una concezione che lo relegava in posizione "ancillare" e secondaria in quanto funzionale a sanzionare la violazione di precetti primari, veniva relegato ad uno scopo unicamente di risarcimento dei soli diritti assoluti, tutelati *erga omnes*.

Il passaggio ad una visione della norma come clausola generale, aperta a tutte le possibili situazioni giuridiche che si trovino ad essere vulnerate da un danno ingiusto, è andato di pari passo con il progressivo affrancamento dell'illecito aquiliano da logiche sanzionatorie.

Tali indirizzi interpretativi nella misura in cui consideravano questa norma come secondaria e ancillare, automaticamente ne ammettevano e legittimavano il suo carattere repressivo e di condanna delle violazioni dei beni giuridici tutelati dalle norme primarie.

La prima apertura verso la risarcibilità di diritti diversi da quelli assoluti avvenne agli inizi degli anni '70 quando l'uccisione colposa dei giocatori di calcio costituì il primo banco di prova per saggiare la tenuta e l'applicabilità della norma sull'illecito anche a situazioni giuridiche soggettive di più ampio respiro.

[94] GALGANO, *Trattato di diritto civile, Vol. 3,* Padova, 2014, p. 141 e ss.

Se il primo caso - il celebre caso Superga[95] - venne deciso nel senso di negare la tutela risarcitoria alla società del Torino Calcio, che a seguito dell'incidente aereo che aveva coinvolto la squadra si era vista privare delle prestazioni sportive dei giocatori deceduti nel sinistro, poco tempo dopo le Sezioni Unite del 1971 avrebbero deciso in senso diametralmente opposto nella nota vicenda Meroni[96]. Questa commentatissima pronuncia ha rappresentato il *leading case* in materia di risarcimento del danno da lesione del diritto di credito: l'investimento del giocatore Meroni ad opera di un automobilista determinò, a mente del percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, un'impossibilità sopravvenuta della prestazione del calciatore fonte del diritto al risarcimento alla società sportiva cui lo stesso apparteneva.

Si ritenne, dunque, non più realisticamente sostenibile quell'indirizzo interpretativo che, argomentando sulla base della natura giuridica del diritto di credito - quale diritto per definizione relativo - finiva per negare tutela risarcitoria, di tipo extracontrattuale, in caso di violazione dello stesso sulla scorta dell'assunto per cui il 2043 c.c. avrebbe trovato applicazione solo in caso di lesione di diritti assoluti.

A mente della pronuncia della Suprema Corte, tale assunto non troverebbe infatti alcun aggancio in un dato normativo prestando invece il fianco all'osservazione contraria per cui la funzione riparatoria e primaria del 2043 c.c. permettere di dare un ristoro integrale anche al soggetto che veda danneggiato un suo diritto di credito[97]. Si tratta di un indirizzo

---

[95] Cass. 3 luglio 1953, n. 2085, in Foro it., 1953, I, 1087; per i primi commenti si veda FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, 61; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 237 ss.; TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.,* 1983, 217 ss.

[96] Cass. 26 gennaio 1971, n.174 con nota di VISINTINI, *Il caso Meroni: un precedente giudiziale?* in *La nuova giurisprudenza civile commentata n. 1/1997*; BUSNELLI, *Un clamoroso revirement della Cassazione: dalla «questione Superga» al «caso Meroni»* in *Foro.it* 1971, I; PONZANELLI, La responsabilità civile, Bologna, 1992, 71.

[97] La soluzione prospettata dalle Sezione Unite venne, negli anni già di poco successivi alla pubblicazione della pronuncia, estesa anche a quelle particolari situazioni in cui la lesione non

giurisprudenziale che venne ribadito in tutte le pronunce successive che specificarono che la il riconoscimento della tutela aquiliana in caso di lesione del credito trova ragione nella circostanza per cui quella del creditore va considerata, a tutti gli effetti, una situazione giuridica soggettiva tutelata e protetta dall'ordinamento[98].

---

avesse riguardato un credito bensì un'aspettativa legittima. Tra le pronunce più recenti in materia si segnala l'arresto della Corte di Cassazione, n. 11150 del 29 maggio 2015 che, nel riprende gli argomenti spesi da alcune pronunce più risalenti (si allude a Cass., 3 maggio 2004 n. 8333 e a Cass., 11 maggio 2012, n. 7272), così concludeva: "*ai fini del risarcimento de l danno patrimoniale in favore dei genitori per la perdita degli emolumenti che il figlio avrebbe loro verosimilmente elargito una volta divenuto economicamente autosufficiente, non è sufficiente dimostrare né la convivenza tra vittima ed aventi diritto, né la titolarità di un reddito da parte della prima, ma è necessario dimostrare o che la vittima contribuiva stabilmente ai bisogni dei genitori, ovvero che questi in futuro, avrebbero verosimilmente e probabilmente avuto bisogno delle sovvenzioni del figlio; ciò alla luce delle circostanze del caso concreto, conferendo rilievo, tra l'altro, alla condizione economica dei genitori sopravvissuti, alla età loro e del defunto e alla prevedibile entità del reddito di costui*" con nota di CUMINOTTO - CALDERONI, *Risarcimento del danno da aspettativa,* in *diritto24.ilsole24ore.com,* 25 giugno 2015.

Per tale via si è giunti quindi a riconoscere ed ammettere la risarcibilità della perdita, conseguente all'uccisione dell'obbligato, al diritto al mantenimento in capo al coniuge o la perdita del diritto agli alimenti in capo ai soggetti aventi diritto. Si veda ad esempio Cass, 1 agosto 1987, n, 6672, in *Mass. Foro. It.*

[98] Da ultimo si veda Cass. 21 novembre 2014, n. 24851, CED Cassazione, 2014.

Inoltre la tappa successiva del percorso interpretativo volto a riconoscere il risarcimento del danno da lesione del diritto di credito si è avuta con gli arresti giurisprudenziali che hanno ammesso la tutela aquiliana non solo nei casi in cui, come avvenuto nelle vicende *Superga* e *Meroni,* il fatto del terzo avesse determinato l'estinzione totale del credito ma anche nei casi in cui l'illecito del danneggiante non avesse di fatto causato una estinzione totale: si allude alla vicenda del terzo che abbia reso solo temporaneamente impossibile la prestazione del debitore o che sia addirittura concorso nell'inadempimento del debitore. È stata così riconosciuta la risarcibilità del danno da c.d. induzione all'inadempimento (come ad esempio nelle ipotesi di induzione alla violazione del patto di non concorrenza). Per questa stessa via è stata ammessa la risarcibilità del danno conseguente ad una trascrizione immobiliare a danno del primo acquirente (si veda sul punto Cass. civ. 25 ottobre 2004 n. 20721 con nota di FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione,* in *Giur. It.* n. 3/2006) o ancora la risarcibilità del danno da c.d storno di dipendenti consistente nell'acquisizione di dipendenti dell'impresa concorrente allo scopo di creare uno scompenso organizzativo ed economico all'interno della stessa (si veda sul punto Cass. 20228 del 4 settembre 2013 con nota di SARACENO – LANDI, *Concorrenza sleale per storno di dipendenti,* in *Giur. It.* n. 6/2014.

La tappa successiva di questo percorso è scandita da numerosi e importanti arresti giurisprudenziali che, passando attraverso la valorizzazione della norma di cui all'art. 2 della Costituzione che riconosce e promuove i diritti inviolabili dell'uomo e condensa al suo interno il principio solidaristico, hanno ritenuto risarcibili le lesioni di tutti quei diritti fondamentali dell'individuo scoperti attraverso il filtro del precetto Costituzionale. Si tratta, per citarne solo alcuni, del diritto all'identità personale, alla riservatezza, alla reputazione, all'integrità del patrimonio, prima considerati non suscettibili di trovare ristoro per il tramite dello strumento di cui all'art. 2043 c.c.[99].

La svolta significativa si è avuta tuttavia con il riconoscimento della risarcibilità, non solo dei diritti relativi; non solo dei diritti fondamentali dell'individuo diversi e altri rispetto ai tradizionali diritti assoluti di stampo proprietario, ma anche di situazioni diverse, non aventi la consistenza di diritto.

Si allude al lungo percorso interpretativo che è giunto a riconoscere la risarcibilità delle aspettative legittime e delle situazioni di fatto.

Il caso che ha dato la stura al riconoscimento della lesione delle aspettative è stato quello dell'uccisione di un genitore con conseguente privazione del figlio del diritto all'eredità maggiorata di quel *surplus* di risparmi che il padre avrebbe in vita accumulato se non fosse stato ucciso[100].

---

[99] Tra le prime pronunce della Suprema Corte in materia di risarcimento del diritto all'identità personale si veda Cass. civ. 22.6.1985, n. 3769, in Nuova giur. civ. comm., 1985, I, 647; MALINCONICO, *Preservare la propria identità personale è un diritto soggettivo,* in *Corriere Giuridico,* 10/1985; per una compiuta disamina dell'evoluzione interpretativa e giurisprudenziale sul diritto all'identità personale si veda FINOCCHIARO, *Voce "Identità personale (diritto alla)"*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., Agg., Torino, 2010; sulla portata del diritto alla reputazione si veda RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni,* Torino, 2019.

[100] Sul punto si veda Cass., 21 novembre 1995, n. 12020 in *Danno e resp. civ.,* 1996, p. 518 e la più risalente Cass. 6 settembre 196 n. 2443 in *Mass. Foro it.*

Merita menzione anche la pronuncia della Cassazione del 26 gennaio del 2010, nr. 1524 con nota di SCARPA, *Il danno risarcibile a seguito di uccisione del genitore,* in *La Responsabilità Civile,* n. 10/2010 che ha riconosciuto: "*il figlio della vittima, deceduta a seguito di un fatto illecito altrui, sia maggiorenne ed economicamente indipendente non esclude la configurabilità (e la conseguente risarcibilità) del danno patrimoniale da lui subito per effetto del venir meno delle*

Quanto al risarcimento della lesione delle situazioni di fatto quali il possesso o la detenzione ne è stata riconosciuta la tutelabilità con lo strumento del 2043 c.c. a condizione di poterle considerare come situazioni protette dall'ordinamento giuridico[101].

Risale invece alla giurisprudenza degli inizi degli anni '80 l'indirizzo dottrinale che ha riconosciuto la risarcibilità del danno da lesione della libertà negoziale.

Il celebre caso è racchiuso nella pluricommentata vicenda *De Chirico* che aveva visto il noto e acclamato pittore certificare come autentici dei quadri eseguiti non da lui bensì da altri artisti[102].

L'acquirente aveva in questo caso agito per lesione del suo diritto all'autodeterminazione negoziale avendo creduto di acquistare un dipinto autentico e non una copia e avendo di conseguenza pagato un prezzo di gran lunga superiore a quello normalmente corrisposto in caso di compravendita di copie e non di dipinti autentici. È stato a partire da questo commentatissimo caso che sono proliferate le pronunce in materia di false informazioni commerciali, atte ad ingenerare aspettative illegittime negli acquirenti e, in quanto tali, fonte del diritto al risarcimento del danno[103].

Un altro caso degno di menzione è quello relativo al lungo percorso giurisprudenziale e dottrinario che è arrivato a riconoscere il risarcimento in conseguenza della violazione del diritto comunitario da parte di un organo

---

provvidenze aggiuntive che il genitore gli destinava, posto che la sufficienza dei redditi del figlio esclude l'obbligo giuridico del genitore di incrementarli, ma non il beneficio di un sostegno durevole, prolungato e spontaneo, sicché´ la perdita conseguente si risolve in un danno patrimoniale, corrispondente al minor reddito per chi ne sia stato beneficato".

[101] Tra le pronunce più recenti, merita di essere segnalata Cass. 16 febbraio 2015 n. 3082; si veda anche CASSANI, *Azione di reintegrazione - e diritto al risarcimento dei - danni da lesione del possesso,* in *Danno e Responsabilità* n. 7/2015.

[102] Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in Giust. civ., 1982, I, 1745 con nota di DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati* e ivi I, 3104 con nota di DE CUPIS, *Il diritto di libertà negoziale*; CARBONE, *I De Chirico di De Chirico*, nota a Trib. Roma 21 gennaio 1989, in Corr. giur., 1989, 860.

[103] Si veda sul punto tra le tante si veda Cass., SS.UU., 8 aprile 2011, n. 8034 Cass., S.U, ord. 8 aprile 2011, n. 8034 con nota di TENCATI, *Ramificazioni internazionali della 'responsabilità da prospetto,* in *Personaedanno.it.*

giurisdizionale di ultima istanza[104] o della violazione da parte dello Stato Membro dell'Unione Europea degli obblighi discendenti dal dovere di adozione di quei provvedimenti attuativi delle direttive comunitarie, non *self executing* che riconoscano diritti ai singoli [105].

---

[104] Si tratta dei casi *Brasserie du Pecheur* (causa c-46/93) e *Factortrame* (causa c-48/93): per i primi commenti si vedano: CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo,* in *Foro it*., 1996, IV, c. 321 ss.; TORIELLO, *La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario: prime osservazioni in tema di illecito "legislativo" comunitario*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1997, I, p. 502.

[105] Come noto la distinzione è tra direttive direttamente applicabili in quanto sufficientemente dettagliate, chiare precise e concordati nell'attribuire diritti ai singoli e direttive che invece richiedono, in quando carenti di queste caratteristiche, di un provvedimento attuativo da parte dello Stato membro chiamato a recepirle. Sul punto si veda ADAM, *Lineamenti generali dell'ordinamento comunitario*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di TIZZANO, in Tratt. dir. priv., diretto da M. BESSONE, vol. XXVI, t. I, Torino, 2000, p. 20 ss.

Per quello che riguarda la grande tematica della responsabilità dello Stato Legislatore per la violazione del diritto comunitario, non appare superfluo riportare, sebbene senza pretesa di esaustività, i termini essenziali del dibattito giurisprudenziale intervenuto agli inizi degli anni '90. La sentenza pilota è stato il noto arresto della Corte di Giustizia *Francovich* (Corte di Giustizia 19 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90), in cui i giudici europei hanno considerato come extracontrattuale la responsabilità dello Stato italiano per la mancata trasposizione di una direttiva non *self executing*. Tra i primi e più significativi commenti della pronuncia in esame si segnala BARONE–PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it*., 1992, IV, c. 145 ss.; PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, ivi, p. 150 e ss.

Si trattava, nello specifico di un provvedimento comunitario attributivo di una particolare categoria di diritti soggettivi ad alcune categorie di lavoratori. La fattispecie all'esame della CGUE concerneva, infatti, la mancata trasposizione della direttiva 80/97/CEE, che imponeva agli Stati membri l'attuazione di un meccanismo di tutela volto a garantire la liquidazione dei salari dei lavoratori in caso di inadempienza del datore di lavoro. La fonte della responsabilità dello Stato è stata rinvenuta nell'art. 10 del Trattato T.C.E. (ora confluito nell'art. 4 T.U.E) che impone il principio e il dovere di leale collaborazione tra gli Stati presidiato mediante la procedura di infrazione. Nel caso di specie, la mancata trasposizione aveva pregiudicato la posizione dei dipendenti italiani che ottennero, a seguito della sentenza *Francovich*, il diritto a vedersi risarciti i conseguenti danni. La direttiva in parola attribuiva ai privati una posizione giuridica di vantaggio e il danno si poneva in rapporto di causalità immediata con la mancata trasposizione della stessa per il tramite di un provvedimento attuativo interno. Questi i due requisiti perché, a mente della pronuncia della Corte di Giustizia, si potesse riconoscere una forma di risarcimento. Per una compiuta disamina della tematica si vedano DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. priv*., 1998, II, p. 746 ss. e ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario* in *Contratto e Impresa / Europa*, 1999, pp. 101 ss.

Questi due casi – sebbene - è d'uopo ribadirlo e ricordalo - sia stata a lungo controversa la riconducibilità del relativo illecito nell'ambito della responsabilità contrattuale o extracontrattuale - rappresentano le ultime frontiere dell'evoluzione giurisprudenziale sul danno da illecito aquiliano e, unitamente al dibattito sul l'applicabilità del 2043 c.c. anche ai casi di lesione del possesso o della detenzione, rendono ragione di come, a partire dalla fine degli anni '70, l'art. 2043 c.c. sia stato oggetto di un processo espansivo incontenibile[106].

Il seguito comunitario di questa pronuncia si è avuto con gli altrettanto noti casi *Brasserie du Pecheur* (causa c-46/93) e *Factortrame* (causa c-48/93) con cui la CGUE per il tramite di un parametro interpretativo più definito rispetto al precedente arresto, ha affermato che la condanna dello Stato potesse avvenire solo in presenza di una "violazione manifesta e grave" e che, andando otre quando affermato dallo stesso caso *Francovich*, si potesse arrivare a discorre anche della risarcibilità dei singoli anche nei casi in cui nella violazione fosse stato coinvolto uno degli altri poteri statali e non solo quello legislativo. Per cui si giunse ad ammettere una forma di responsabilità anche nel caso di mancato rispetto di norme dotate di piena efficacia che si fosse dunque concretizzato nella mancata trasposizione del diritto sovranazionale con conseguente pregiudizio dei singoli.

[106] Non appare superfluo in questa sede ricordare i termini del dibattito che ha interessato la giurisprudenza italiana alcuni anni dopo la celebre pronuncia *Francovich*. Il problema su cui l'interpretazione pretoria si era trovata a confrontarsi, dopo diversi anni di incontrastata riconduzione nell'alveo del 2043 c.c. dell'illecito dello Stato Legislatore (tra le tante pronunce si veda, ad esempio Cass., SS.UU. 10 aprile 2002, n. 5125, in *Foro it*., 2002, I, c. 2394 e Cass. civ. sez. III, 16 maggio 2003, n. 7630 con nota di CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttive comunitarie* in *Giur.it,* 2004, p. 46 e ss.), ha riguardato proprio la natura, contrattuale o extracontrattuale, della violazione in parola. A mente di un successivo orientamento giurisprudenziale infatti (per vero anticipato, intorno alla metà degli anni '90, dal alcuni importanti arresti: tra tutti si veda Cass., sez. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617; in senso conforme Cass., sez. lav., 19 gennaio 1996, n. 401, entrambe pubblicate in Foro it., 1996, I, c. 503 ss., con nota di SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso* "Francovich" in Foro it., 1996, I, 503), il danno conseguente alla mancata trasposizione di una direttiva comunitaria attributiva di diritti ai singoli non potrebbe essere ricondotto nell'alveo dell'illecito aquiliano sulla base dell'assunto per cui, venendo in considerazione due ordinamenti giuridici tra di loro distinti, sebbene comunicanti - quello interno e quello sovranazionale - il comportamento del legislatore nazionale potrebbe essere considerato illecito solo alla stregua dell'ordinamento comunitario e non dell'ordinamento interno.

L'importanza del dibattito ha comportato l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la pronuncia a SS.UU. del 2009, la n. 9147 (sul punto si veda CALZOLAIO*, La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello stato al vaglio delle sezioni*

Un processo di espansione che ha avuto come obiettivo finale quello di consolidare la norma in parola come clausola generale atipica e aperta.

L'importanza della normazione per clausole generali sta, infatti, come già insegnava Rodotà, tutta nella esaltazione della stessa quale tecnica legislativa idonea a formare norme in grado di adattarsi ad una realtà magmatica e in continuo movimento e che, per tale via, ha permesso anche al precetto di cui al 2043 c.c. di elevarsi a rango di norma primaria[107].

Come anticipato, il coronamento finale di questo processo espansivo è culminato nella storica sentenza n. 500 del 1999 su cui, all'inizio del paragrafo, si è avuto occasione di soffermarsi.

---

unite, in *Contr.e Impr.* 1/2010), nel ripercorrere i tratti essenziali della pronuncia *Francovich*, e, in particolare i parametri per valutare la conformità del diritto interno a quello comunitario (carattere *self – executing* della direttiva; irrilevanza ai fini del risarcimento della sussistenza del dolo o della colpa; adeguatezza del risarcimento rispetto al danno subito per il tramite di criteri di liquidazione che non possono essere meno favorevoli rispetto ai reclami di natura interna della norma attributiva di diritti ai singoli), hanno dato seguito al richiamato e più recente indirizzo interpretativo e, per tale via, hanno escluso la riconducibilità di tale tipo di illecito nelle maglie della responsabilità extracontrattuale. In particolare, è stato sostenuto che questo illecito più correttamente si andasse ad inquadrare nello schema dell'obbligazione *ex lege* di natura indennitaria conseguente ad un'attività non antigiuridica dello Stato membro. Per tale via le SS.UU. arrivano a riconoscere al danneggiato una forma di credito (indennitario) per il fatto illecito compiuto dal legislatore interno; ciò a condizione che potesse rilevarsi il requisito della gravità della violazione, pur senza la necessaria sussistenza dei requisiti soggettivi del dolo e della colpa.

[107] Un contributo essenziale in questo senso viene dalla celebre opera di RODOTA', *Il problema della responsabilità civile,* cit. p. 116 e ss. che ha avuto il merito di aprire la strada alla configurazione del 2043 c.c. come norma primaria, separando e svincolando tra di loro i concetti di *culpa* e di *iniuria.* È proprio grazie all'interpretazione data dal maestro Rodotà, come scrive lucidamente VISINTINI, op. cit. p. 589 che si "*… è segnato un passaggio importante nell'interpretazione della disciplina codicistica sui fatti illeciti: quello di aver separato il concetto di illecito da quello di colpa civile e di leggere nell'art. 2043 c.c. una duplice previsione: la prima relativa ad una clausola generale di responsabilità (il danno ingiusto) e la seconda, che fissa uno dei criteri di collegamento o imputazione della responsabilità (la colpa). In altri termini a questo maestro del diritto e alla sua teorizzazione si deve l'avvio ad una maggiore consapevolezza per cui la recezione legislativa del requisito dell'ingiustizia del danno si è tradotta nell'inserimento nel codice civile vigente di una clausola generale di responsabilità civile, come strumento il più adatto a regolare una realtà in crescente dinamismo, lasciando il giudice libero di apprezzare le modalità delle fattispecie concrete e di svolgere un ruolo creativo nella costruzione di una serie aperta di fatti illeciti".*

Il riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi ha trovato giustificazione, nel percorso argomentativo delle Sezioni Unite, nell'insostenibilità e illogicità di quell'orientamento interpretativo che nell'ammettere la risarcibilità di situazioni giuridiche non presentanti il rango di diritto, come appunto le aspettative o le situazioni di fatto quale possesso e detenzione, si ostinava invece a negarle in relazione agli interessi legittimi[108]. Le ragioni di questo perdurante atteggiamento negazionista sono da rinvenire in una, più o meno implicita, preferenza accordata alle situazioni giuridiche di diritto privato, a loro volta frutto di un anacronistico privilegio. La Cassazione, con la citata pronuncia è intervenuta a squarciare questo velo giungendo per tale via a sostenere che "*la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse non di mero fatto ma giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto*". Pertanto, nel caso in cui la PA abbia pregiudicato illegittimamente l'interesse del singolo al bene della vita cui l'interesse legittimo si collega, tale comportamento illecito sarà suscettibile di risarcimento a mente dell'art. 2043 c.c. purché comunque risulti soddisfatto il requisito della meritevolezza alla stregua dell'ordinamento giuridico.

Si tratta di un percorso che ad oggi, lungi dal doversi considerare oggetto di involuzione nella misura in cui i recenti arresti della giurisprudenza paiono restituire all'illecito civile anche una funzione punitiva[109], anzi recupera la valenza polifunzionale della norma lasciando invariata la sua caratteristica più fondante di atipicità e apertura a tutta garanzia dei diritti degli individui; diritti vecchi o nuovi oggetto di successiva scoperta parallelamente alla nascita di nuove

---

[108] L'appiglio argomentativo veniva tradizionalmente rinvenuto nell'art. 28 della Costituzione a mente del quale "i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

[109] PERLINGERI, *Le funzioni della responsabilità civile,* in *Rass. Dir. civ.,* 2011.

forme di danni e di responsabilità legate allo sviluppo tecnologico e alle conquiste dell'intelligenza artificiale[110].

In età "moderna" il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile non può che prendere le mosse dai contributi di alcuni grandi maestri come Trimarchi, Schlesinger e Rodotà. È, infatti, all'inizio degli anni '60 che Stefano Rodotà, all'indomani della prima tornata giurisprudenziale sull'interpretazione dell'art. 2043 c.c., aveva individuato quattro tipologie di norme cui sarebbero corrisposte altrettanti modelli di responsabilità civile, ma di questo si dirà di più nel corso della trattazione[111].

In definitiva, dal 1942 in poi l'art. 2043 c.c. è stato oggetto di una incessante interpretazione evolutiva frutto della ricerca di un compromesso tra il modello francese e quello tedesco[112].

---

[110] Per una disamina delle implicazioni tra intelligenza artificiale e responsabilità si veda FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità* in *Contratto e Impresa* n. 2/2020; RUFFOLO – AL MUREDEN, *intelligenza artificiale e diritto - autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *Giurisprudenza Italiana* n.7/2019;

[111] RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile* cit. p. 40 e ss.

[112] DI MAJO, op. cit. p. 1793 e ss.

CAPITOLO II - LE DIFFERENTI FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE IN ETÀ MODERNA: DALLA FUNZIONE COMPENSATIVA ALL'ACCEZIONE PUNITIVA DEL DANNO NON PATRIMONIALE

Sommario: 2.1. ***La funzione compensativa e reintegratoria dell'illecito aquiliano: la responsabilità civile come misura della responsabilità sociale;*** **2.1.1.** ***Responsabilità civile e funzioni compensative: dalla teoria ripristinatoria alla teoria solidaristica;*** **2.2.** ***La funzione deterrente;*** **3.** ***La responsabilità oggettiva nel prisma delle teorie sulle funzioni dell'illecito aquiliano: l'oggettivizzazione della responsabilità civile quale nuova forma di deterrenza o quale strumento di attenuazione della sanzione?*****; 4.** ***Funzione sanzionatoria e punitiva nello specchio del risarcimento del danno alla persona: la lunga parabola del danno non patrimoniale; 4.1. La peculiare vicenda del danno tanatologico: ascesa e tramonto di un danno non patrimoniale dai connotati punitivi***

2.1. La funzione compensativa e reintegratoria dell'illecito aquiliano: la responsabilità civile come misura della responsabilità sociale

Prima di giungere ad esaminare il percorso storico che ha portato al riconoscimento dei *punitive damages,* un accenno va fatto all'elaborazione dottrinale che, già all'indomani dell'emanazione del Codice Civile del 1942, aveva individuato all'interno della sistematica dell'illecito aquiliano la sussistenza di una pluralità di anime e di funzioni.

Come è stato efficacemente sottolineato, l'individuazione della funzione giuridica di un determinato istituto o di una determinata norma, dipende dai

criteri utilizzati dal legislatore per selezionare "il tipo di rimedio prescelto per risolverne i problemi"[113].

Del resto, se la responsabilità civile costituisce la misura e il precipitato della responsabilità sociale, la quale a sua volta sostanzia il senso di appartenenza di un individuo ad una data comunità, i danni punitivi costituiscono il punto di osservazione privilegiato dei mutamenti di questo tessuto sociale e culturale e, di conseguenza, dello stesso illecito aquiliano[114].

Un ordinamento giuridico complesso e gli istituti che contribuiscono a conformarlo e sostanziarlo, sono tali in quanto inseriti in un determinato contesto storico e socio - economico di riferimento.

In tal senso si comprenderà come la progressiva scissione del binomio responsabilità – compensazione, sia passata proprio attraverso il necessario adattamento della sistematica della responsabilità extracontrattuale ai nuovi bisogni di una società in evoluzione, parallelamente all'emersione di nuove e variegate figure di danno. Sulla base di queste premesse è quindi

---

[113] BARCELLONA, *Trattato della Responsabilità Civile*, Torino, 2011, p. 6. Nell'opera dell'autore che si erge ad uno dei massimi rappresentanti dell'approccio metodologico allo studio del diritto civile si legge ancora «l'ordinamento giuridico moderno si presenta come un sistema costituito da *criteri* volti a selezionare i problemi sociali a cui si intende dare risposta e da rimedi che a tali problemi offrono soluzione. Alla molteplicità e complessità dei problemi sociali l'ordinamento fa, infatti, corrispondere, una pluralità di criteri selettivi e di rimedi appropriati. I criteri selettivi corrispondono a quella che, nel linguaggio della tradizione giuridica, si designa come fattispecie normativa…».

[114] Sul punto si veda GRONDONA, op. cit. p. 39 che, nell'affrontare il problema del rapporto della responsabilità civile con le dinamiche sociali ripercorre anche i due differenti e principali percorsi interpretativi sul punto: «si apre allora subito la grande divaricazione tra un approccio che ritiene l'ordinamento un sistema tendenzialmente chiuso, cioè tendenzialmente impermeabile di fronte all'incalzare della fattualità, la quale, pertanto, deve essere imbrigliata, filtrata e governata da un ordinamento che è diritto costituito perché positivizzato, e un approccio che invece guarda con fiducia e senza timore alla fattualità, individuando in essa un fecondo interlocutore, in ragione del suo contenuto assiologicamente rilevante e, come tale, acceleratore di quella dinamica giuridica che in questo senso può intendersi come il ritmo della giuridicità impresso all'ordinamento dall'interrelazione tra esperienza sociale, cioè fenomenologia sociale, e esperienza giuridica, cioè fenomenologia giuridica…».

del tutto evidente come la responsabilità civile riesca a fungere da sistema di organizzazione e controllo delle dinamiche sociali[115].

L'illecito aquiliano è riuscito a riadattarsi, senza modificarsi esteriormente, quantomeno nella sua veste nominale e formale, mostrando una straordinaria capacità di sopravvivenza all'interno di un sistema dove l'alternativa sarebbe stata una radicale rivoluzione dello stesso attraverso la manomissione e la riscrittura totale delle norme sulla responsabilità civile.

Se ciò non è di fatto accaduto, o meglio non ancora[116], è stato, come anticipato, per merito dell'elasticità intrinseca caratterizzante le norme del Titolo IX del libro IV del Codice Civile così come pensate dal legislatore del 1942[117].

Ad ogni modo, la valorizzazione della funzione compensativa dell'art. 2043 c.c. si deve ad approccio interpretativo grandemente tributario dellla citata opera di Stefano Rodotà che, nel suo celebre volume "*Il problema*

---

[115] QUARTA, op. cit., p.17; in tale ottica la responsabilità civile si configura come "la sede ideale per sperimentare un modello di regolazione fondato su un reticolato efficiente di incentivi e disincentivi rispetto a condotte conformi o difformi dal modello culturale e istituzionale prescelto". Si veda sul punto QUARTA, *Una proposta di rilettura dell'art. 2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensativa,* in *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011.*

[116] Si allude al disegno di legge presentato al Senato in data 19 marzo 2019 (DDL S. 1151) che propone la delega al Governo per la revisione del Codice Civile. Gli aspetti toccati sono molteplici e tra questi anche quello relativo alla responsabilità civile. La lettere m) demanda al Governo il compito di "coordinare più razionalmente e compiutamente le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale"; la successiva lettera n) lo incarica di "razionalizzare le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale per la responsabilità extracontrattuale e, nei congrui casi, contrattuale, anche disancorandola dalla necessità di una rigida tipizzazione legislativa e introducendo criteri alternativi di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi". Ma di questo si dirà meglio di seguito (si veda Parte IV, cap. I del presente lavoro).

[117] Si veda QUARTA, op. cit. p. 18: "quando per sopraggiunta variazione del contesto culturale e istituzionale, dunque per sopraggiunta variazione del modello, il programma ispiratore delle regole non è più in grado di assicurare un livello adeguato di coerenza sistematica, l'alternativa è tra la riscrittura delle regole e la loro reinterpretazione alla luce del nuovo".

della responsabilità civile"[118], ha inaugurato un percorso argomentativo che, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, ha consolidato una visione preminentemente compensativa del rimedio aquiliano.

L'idea di fondo si basava sull'assunto per cui il danno prodotto dall'autore dell'illecito e concretizzatosi in una perdita per il danneggiato, fosse contrario al dovere di solidarietà sociale di matrice costituzionale in quanto riconducibile al precetto di cui all'art. 2 della Carta fondamentale.

Una visione che, per un verso, aveva avuto il merito di valorizzare considerevolmente la componente del danno-conseguenza dell'illecito aquiliano (inteso come rapporto tra danno e conseguenze dannose dallo stesso derivate) ma che, sull'altro versante, era andata a discapito di tutto quel novero di pregiudizi - invero più esigui - che potevano comunque trovare una qualche forma di cittadinanza e di ristoro nella sistematica della responsabilità civile italiana.

E così, per tale via, la prima anima della responsabilità civile, quella compensativa è stata dai più, per lungo tempo, ritenuta l'unica e sola possibile manifestazione e estrinsecazione dell'illecito extracontrattuale.

Secondo i fautori della teoria dell'integrale riparazione del danno, infatti, la compensazione sarebbe l'unica e sola funzione riconducibile nelle maglie della responsabilità aquiliana[119]: "il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare integralmente il pregiudizio ma non potrà mai andare oltre questo"[120].

Compensare significa infatti ripristinare, per mezzo di uno scambio, una situazione giuridica compromessa dal danno in modo che «al vuoto

---

[118] RODOTA', op. cit. p. 40 e ss.

[119] Il primo significativo antecedente giurisprudenziale sul tema è dato dalla pronuncia della Cassazione n. 27592 del 28 dicembre 2006 relativa alla negazione dell'applicabilità di una legge dello Stato Egiziano che aveva negato valenza giuridica alla filiazione avvenuta fuori dal matrimonio, non legittima.

[120] TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, nota a Cass. civ. Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 in Giur.it n. 2/2009.

costituito dalla risorsa sottratta al danneggiato si risponda colmando quel vuoto attraverso la risorsa pecuniaria»[121].

L'antecedente dottrinale di questa impostazione di pensiero è da rinvenire nella già citata teoria differenziale che considera il danno risarcibile alla stregua di un delta tra la situazione del patrimonio del soggetto leso dall'illecito, considerata in un determinato momento, e la consistenza del patrimonio stesso qualora l'evento dannoso non si fosse verificato[122].

Si comprende pertanto come, così considerata, tale teoria mostri il pregio di valutare il patrimonio del danneggiato in maniera globale, riguardando non solo le conseguenze immediate del danno, ma anche quelle conseguenze mediate che, in qualche modo, siano andate ad influire sull'alterazione della consistenza dei cespiti patrimoniali[123].

È agevole dunque riconoscere, anche alla luce della ricostruzione evolutiva della *Differenztheorie*, come il principio dell'integrale riparazione del danno e

---

[121] DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e diritto privato,* 2008, II p. 289 ss.

[122] Si tratta della teoria elaborata in Germania da MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, II, Zur Lehre von dem Interesse,* BRAUNSCHWEIG, 1855, pag. 3 ss.

[123] Per tale via questa impostazione considera non solo la componente "danno emergente" ma anche il "lucro cessante" ossia il mancato guadagno patito dal soggetto leso a causa del danno occorso. In tal senso l'art. 1223 del c.c. a mente del quale "Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta". Il concetto di danno emergente e di lucro cessante si lega qui non al singolo bene che sia stato compromesso dal danno, ma all'intero patrimonio del soggetto. A ben vedere, tuttavia, è stato proprio questo aspetto caratteristico della teoria in parola a prestare il fianco a numerose osservazioni critiche; si allude, principalmente, al carattere di astrattezza che la denota, nella misura in cui la stessa non tiene in considerazione un aspetto essenziale: il danno va a colpire principalmente beni specifici e individuati e non il patrimonio intenso nel senso più ampio del termine. Per la disamina di questa impostazione critica alla teoria differenziale si veda RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, pag. 37 ss.
Inoltre, non è mancato (si veda MASTROPAOLO*, Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli 1983) chi ha osservato come se la teoria in questione ben si attagli alla considerazione delle perdite di tipo precipuamente patrimoniale, più difficilmente risulterebbe declinabile in relazione ai danni di tipo non patrimoniale che vadano a colpire beni immateriali della persona.

quello della funzione unicamente compensativa, non possano che essere legati, tra loro, a filo doppio. Il danno subito, infatti, rappresenta il confine e il limite del risarcimento.

La corretta riallocazione delle ricchezze e delle risorse economiche costituisce l'obiettivo primario del risarcimento del danno e trova conferma nello stesso articolato normativo del codice civile e, in particolare, nelle norme di cui agli art.1223 c.c., per ciò che riguarda la responsabilità contrattuale, e 2056 c.c. che alla prima, in riferimento alla responsabilità aquiliana, opera un espresso rinvio[124].

Per tale via la *ratio* della funzione compensativa della responsabilità extracontrattuale riposa tutta nel creare una forte, quasi inscindibile, interrelazione tra condotta colpevole (colposa o dolosa) del danneggiante e danno patito dalla vittima. La riparazione integrale costituirebbe quindi l'essenza, il *proprium*, della responsabilità civile e di conseguenza ad essa sarebbero del tutto estranee valutazioni relative alla consistenza del patrimonio del danneggiato prima del danno, o per dirlo in maniera più puntuale, la condizione economica dello stesso: se l'ammontare del risarcimento è parametrato unicamente all'ammontare del danno subito dalla vittima primaria, la sistematica dell'illecito è del tutto indifferente e equidistante rispetto alla valutazione della situazione patrimoniale antecedente del danneggiato[125].

---

[124] Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo della trattazione, il problema della corretta riallocazione delle risorse è alla base anche dell'istituto dell'arricchimento senza causa: si allude alla norma di cui all'art. 2041 c.c. a mente della quale "chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda". La *ratio* della norma riposa nella necessità che tutti gli spostamenti patrimoniali, di qualsiasi ricchezza si tratti, abbiano una giustificazione causale di rilievo.

[125] In altre parole, occorre che ci sia "una causa legale che, quando non sia generale o sistemica, abbia un carattere particolare, ossia risalga ad una specifica voluntas del potere legislativo": così BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della*

In tal senso la responsabilità civile, intesa in questi termini - ossia unicamente alla stregua di uno strumento di riparazione e compensazione -, rappresenterebbe un istituto di garanzia non solo per il danneggiato ma anche per il danneggiante e ciò in quanto opererebbe in una duplice direzione: verso l'alto, costituendo un limite alla trasformazione del risarcimento in sanzione in caso di importi molto elevati, e verso il basso, questa volta nell'ottica del soggetto leso, scongiurando che il risarcimento si risolva in una forma di indennizzo, non satisfattivo delle ragioni della vittima dell'illecito.

Questa doppia anima garantistica della responsabilità civile troverebbe conferma, secondo i sostenitori della tesi dell'integrale riparazione del danno, anche nelle norme volte a regolare le modalità di esecuzione del risarcimento: per il tramite del disposto di cui all'art. 2059 c.c. il legislatore ha previsto, infatti,la possibilità che il risarcimento avvenga in forma specifica, ponendo tuttavia dei limiti a tale modalità di ristoro del danno e mostrando comunque di accordare una preferenza alle forme di risarcimento per equivalente.

Il risarcimento in forma specifica per poter concretamente operare deve infatti essere "in tutto o in parte possibile" e, in aggiunta, non deve risultare eccessivamente oneroso per il danneggiante.

Si tratterebbe di un principio di portata e rilevanza sociale, oltre che interprivata, che assicurerebbe la tenuta stabile del sistema preoccupandosi tanto di ristorare la vittima quanto di non rendere eccessivamente oneroso per il debitore danneggiante il risarcimento stesso: se il risarcimento si traducesse in un aggravio ulteriore, rispetto all'entità effettiva del danno, a carico dell'autore dell'illecito, la funzione della *restitutio in integrum* sarebbe svilita o comunque esorbiterebbe dallo scopo che le è proprio.

---

disciplina antitrust, in *Contratto e Impresa,* 2008, 1. p. 120 e ss. che afferma l'assoluta impossibilità di considerare coesistenti e conviventi l'anima compensativa e l'anima deterrente all'interno dell'illecito aquiliano che sarebbe, invece, votato alla sola funzione compensativa.

Si tratta di un principio che è stato mutuato dalla giurisprudenza francese e che ha dato abbrivio ad alcune importanti pronunce giurisprudenziali in materia[126].

E proprio a partire da questa interpretazione elaborata oltralpe che è stato posto l'accento sulla citata funzione garantistica della responsabilità civile la quale, se ripara "*tout le dommage, rien que le dommage"* permette conseguentemente di evitare fenomeni di arricchimento ingiustificato a favore del danneggiato[127].

Tuttavia, tale impostazione, sebbene seguita a lungo, aveva mostrato in numerose circostanze diverse contraddizioni argomentative in particolare nel momento in cui a venire messa in discussione era la problematica del rango da attribuire al principio dell'unitarietà funzionale della responsabilità civile.

Non è mancato infatti chi già in passato avesse sostenuto come, al fine di verificare la tenuta, all'interno del sistema, della concezione monofunzionale della responsabilità civile - quale istituto unicamente ed esclusivamente votato alla compensazione della vittima dell'illecito - occorrerebbe verificare se il citato principio di equivalenza – "tutto il danno e nient'altro che danno" – possa assurgere a principio inderogabile e, in quanto tale, elevabile a rango di precetto di valenza e portata costituzionale[128].

---

[126] Tra le pronunce della Corte francese in materia, merita di essere richiamata Civ, 2m 8 juillet 2004; ma lo storico precedente è costituito dalla pronuncia Civ. 2, 28 octobre, 1954, J.C.P. 1955. II, 8765.Si tratta di un principio che, come già anticipato, ha trovato piena e chiara affermazione nelle sentenze gemelle di San Martino del 2008 ove si legge che "il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare integralmente il pregiudizio ma non oltre". È un assunto che aveva trovato espressione nel contesto della giurisprudenza francese e che si era tradotto nel principio "*tout le dommage, rien que le dommage"*.

[127] È proprio a partire da questo assunto che nel nostro contesto ordinamentale e a sostegno della funzione unicamente compensativa della responsabilità civile, ha da sempre suscitato l'attenzione degli interpreti l'istituto dell'ingiusto arricchimento e quello della *compensatio lucri cum damno*.

[128] Ha trattato magistralmente la problematica PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno* in BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale,* Napoli, 2006, p. 60 e ss.; si veda anche MONATERI – ARNONE – CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, p. 74 e ss.

Tale verifica, ora come allora, è destinata ad avere esito negativo proprio laddove si prendano in considerazione alcune pronunce giurisprudenziali, anche piuttosto datate, in cui il Giudice della Consulta ha recisamente negato rango costituzionale a tale preteso principio di unicità funzionale dell'illecito aquiliano.

E ciò la Corte Costituzione lo ha fatto, ad esempio, quando è stata chiamata a valutare l'intervento legislativo in materia di occupazione appropriativa da parte della pubblica amministrazione. A dare la stura alla pronuncia in esame era stata una predeterminazione, a livello legislativo (si allude al D.L. 39/1992), dell'entità del risarcimento da riconoscere alla vittima dell'illecito, in questo caso il proprietario vittima del provvedimento espropriativo. Tale risarcimento era stato calcolato in misura inferiore rispetto al danno effettivamente subito dal proprietario e, nondimeno, ciò era stato ritenuto pienamente conforme con il precetto costituzionale. Si è fatto qui un breve riferimento all'annoso e complesso dibattito giurisprudenziale e dottrinale sull'occupazione illegittima da parte della pubblica amministrazione che ha visto, con la pronuncia della Corte Costituzione del 2007 n. 349, la declaratoria di illegittimità costituzionale degli art. 5 bis e e 7 bis del Decreto-legge richiamato[129].

In tale importante sentenza la Consulta, nel valutare come eccessivamente esigui i criteri per la liquidazione dell'indennità di esproprio, ha mostrato, nondimeno di prendere in considerazione il solo valore di mercato del bene. Pur dichiarando l'illegittimità costituzionale delle due norme richiamate, la pronuncia non per questo è giunta ad affermare la possibilità che il danneggiato venga

[129] Si tratta della sentenza della corte costituzionale del 2007, la n. 349 del 24 ottobre che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 5bis e 7b is della legge n. 359 del 1992 relativi alla determinazione dell'indennità di esproprio ha avuto occasione di contestare i criteri di liquidazione previsti da queste norme in quanto svincolati e distanti dal valore di mercato del bene e, in quanto tali, non in grado di ristorare il proprietario di una somma corrispondente al valore venale del bene. Per un commento esaustivo della pronuncia in esame si veda, CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*, in *Giurisprudenza Italiana* n. 3 del 2008.

ristorato integralmente di tutto quel novero di utilità di cui avrebbe goduto se avesse mantenuto la proprietà del bene.

In altri termini, è stato ritenuto legittimo che il legislatore, in determinati casi, strettamente tipizzati, possa giungere a derogare al principio di integrale riparazione, purché - ed è questo il fulcro della richiamata pronuncia di illegittimità costituzionale - la somma corrisposta al danneggiato non si atteggi a mero indennizzo e non risulti slegata da parametri di ragionevolezza.

Per tale strada quindi è stata riconosciuta come ammissibile una forma di risarcimento non integrale, una sorta di *undercompensation*[130].

Tuttavia, se anche il principio di integrale riparazione non possa ambire a raggiungere il primato di valore di rango costituzionale, nondimeno la Consulta in altre pronunce, ne ha sempre ribadito la valenza dello stesso come diritto o principio meritevole di tutela giuridica[131].

Del resto, ci sarebbero numerose disposizioni codicistiche che sembrerebbero smentire la pretesa assolutezza e intangibilità della teoria dell'integrale riparazione del danno.

Oltre alla citata giurisprudenza relativa al principio di acquisizione espropriativa e sulla determinazione dell'indennità di esproprio, vi sarebbero altre ipotesi peculiari mutuate dalla legislazione speciale: si tratta per esempio della legislazione in materia di lesioni micropermanenti previste dall' (art. 139, comma 2, d. lgs. n. 209/2005)[132].

---

[130] PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. civ.*, 2004, 4 che sostiene l'assunto per cui anche l'istituto dell'indennizzo, operante ad esempio nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità, sia riconducibile nelle maglie della sistematica della responsabilità civile.

[131] MANFRON, *Figure di danno non riparatorio nel diritto italiano e in altri paesi dell'Europa,* in academia.edu, 2019, il quale richiama invece quell'indirizzo dottrinario che ha sottolineato la difficoltà di ricondurre ad una precisa categoria semantica il principio in parola, tanto da portare a parlare di "diritto all'integralità delle situazioni giuridiche soggettive".

[132] PONZANELLI, *Micropermanenti, undercompensation e censure di incostituzionalità,* in *Danno e Resp.* 2002.

Sono solo alcuni significativi esempi di come il dogma dell'integrale riparazione del danno, forte in passato, oggi non possa più realisticamente mantenere quella stessa aura di cogenza.

Del resto, se *"il principio dell'integrale riparazione del danno tollera interventi legislativi che fissino il risarcimento del danno in misura inferiore all'*actual harm *sofferto dalla vittima, allo stesso modo dovrebbero essere considerate legittime, dal punto di vista costituzionale, le determinazioni risarcitorie che superano la soglia del concreto danno sofferto dalla vittima e che si allontanano dal modulo unicamente e semplicemente riparatorio"*[133].

È a dirsi infatti che, specularmente a ipotesi di risarcimento che si discostino in difetto rispetto al principio dell'equivalenza e di integrale riparazione, come i casi appena esaminati di *undercompensation*, vi sono anche ipotesi di risarcimento del danno che, invece, si allontanano dal suddetto principio in senso diametralmente opposto, ossia verso l'alto, in eccesso, prevedendo condanne al risarcimento di tipo ultracompensativo.

Si tratta, come visto delle ipotesi risarcitorie previste in alcuni specifici campi come quello della legge sulla stampa o della proprietà industriale (cfr. parte II, capitolo III).

Tutto questo a conferma di come il principio di integrale riparazione del danno abbia perso quell'aura di cogenza che invece gli veniva attribuita un tempo, con la conseguenza di dover quindi riconoscere come non più praticabile la strada interpretativa che ha preteso di ricondurre alla responsabilità civile la sola funzione di reintegrazione del patrimonio della vittima dell'illecito. Se quindi l'integrale riparazione non ha copertura costituzionale e appurata la sua derogabilità, si comprende come l'aggettivo, appunto, integrale sia una delle tante e diverse qualificazioni che possono accompagnare il termine risarcimento. E così

[133] PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.,* 2008, II, p. 30.

ben si potrà, come si dirà, essere in presenza di un risarcimento deterrente o ultracompensativo[134].

Se dunque alla responsabilità civile vanno ricondotte una pluralità di anime, e sebbene il riconoscimento di una natura anche sanzionatoria dell'illecito aquiliano possa ritenersi un dato pressoché sicuro all'indomani della pronuncia delle SS.UU. del 2017, ciò non deve indurre a pensare che alla funzione compensativa dell'illecito sia lasciato uno spazio tutto ed esclusivamente votato all'assolvimento della funzione sua propria di restaurazione della sfera patrimoniale del soggetto danneggiato.

Non sono mancati alcuni, per vero sporadici, casi, in cui il risarcimento, pur parametrato in maniera stringente al *quantum* di perdita subito dal danneggiato, è risultato anche utile in termini di deterrenza inducendo il danneggiante a non ricadere nella prospettiva illecita e ciò, da un lato, in ragione delle caratteristiche oggettive del danno occorso, dall'altro, per le condizioni soggettive dei protagonisti della peculiare vicenda.

Ma nella maggior parte dei casi è proprio l'*overcompensation* che permette la dissuasione, nella misura in cui il danneggiante esce da quella sfera di indifferenza entro la quale il principio di integrale riparazione lo colloca[135] .

Tuttavia, un illuminata dottrina civilistica ha posto in evidenza come proprio l'emersione di forme di responsabilità di tipo oggettivizzato dovrebbe invece

---

[134] Significativa la ricostruzione di TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica,* Bologna, 2014 p. 21 e ss: "Se con riparazione si intende la restaurazione di uno stato precedente, con l'aggettivo integrale si vuole indicare che è necessaria un'equivalenza strutturale tra il risarcimento corrisposto in denaro e la misura del pregiudizio subito. L'aggettivo, pertanto, non è ridondante, ma contribuisce ad una migliore definizione del concetto".

[135] Attenta dottrina ha fatto notare come l'esatta sovrapposizione tra quantum del danno arrecato e quantum risarcito ha lo scopo ultimo di collocare il soggetto danneggiante in una posizione di equidistanza e indifferenza rispetto al danno, laddove solo la prospettiva di un'ultracompensazione al di là e oltre il danno arrecato rappresenta il rimedio idoneo a porre l'autore dell'illecito al di fuori della comoda sfera dell'indifferenza inducendolo a non ripetere il danno; si veda sul punto P.G. MONATERI, *Il risarcimento in forma specifica*, in C. SCOGNAMIGLIO, A. FIGONE, C. COSSU, G. GIACOBBE E P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, t. 1, in Tratt. dir. priv. Torino, 2005, 264.

far propendere, quando si discute di funzione anche sanzionatoria dell'illecito aquiliano, per una sorta di principio di neutralità dei criteri di imputazione della responsabilità civile. In altre parole, tanto che si sia in presenza di una forma di responsabilità in cui l'elemento della colpevolezza sia accentuato, tanto che si versi invece in fattispecie in cui l'elemento soggettivo non venga affatto in rilievo, in entrambi i casi, dunque, la condanna al risarcimento ben potrà assurgere a sanzione[136].

In realtà per alcuni, tale assunto sarebbe rinvenibile a monte nella stessa *ratio* posta alla base del principio dell'integrale riparazione nella misura in cui l'elemento soggettivo non va a spostare il *quantum* dovuto alla vittima rappresentando unicamente il criterio di imputazione del danno.

Conclusivamente, se l'integralità non può più essere considerata l' unica anima e l'essenza vera della responsabilità civile, anche il primato della teoria differenziale viene a cadere in quanto inadeguato rispetto ad un mutato concetto di illecito aquiliano che conosce anche situazioni affatto peculiari come, ad esempio, quelle riconducibili a forme di danno di tipo lucrativo in relazione al quale una *restitutio* unicamente correlata all'effettivo danno non sarebbe adeguata e sufficiente a cancellare la conseguenze economiche vantaggiose che siano profittate all'autore dell'illecito.

In definitiva, infatti, il risarcimento può considerarsi tale anche se non integrale in quanto "che la responsabilità civile possa intervenire sempre, in omaggio ad una generalizzata applicazione del principio di integrale riparazione, è pretesa inutile e pericolosa"[137].

---

[136] E' da escludersi che solo un atto colpevole possa rappresentare un idoneo presupposto per la comminatoria di una sanzione", così RIZZO, op.cit.p. 1820.

[137] PONZANELLI, *L'attualià del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza,* in *Nuova Giur. Civ. Comm,* 2006, II, p. 297: "che la responsabilità civile possa intervenire sempre, in omaggio ad una generalizzata applicazione del principio di integrale riparazione del danno, è pretesa inutile e pericolosa".

2.1.1 *Responsabilità civile e funzioni compensative: dalla teoria ripristinatoria alla teoria solidaristica*

Il primato di cui per lungo tempo ha goduto la teoria della funzione unicamente compensativa della responsabilità civile ha permesso all'interpretazione pretoria e dottrinale di costruire diverse varianti o accezioni della stessa.

Tuttavia, la nascita di un dibattito interpretativo maturo e complesso sulla pretesa pluralità funzionale dell'illecito civile va temporalmente collocato in un periodo posto a cavallo tra gli ultimi anni di vigenza del Codice Civile del 1865 e l'entrata in vigore del nuovo Codice nel 1942. Se, come già anticipato, nel vigore del vecchio Codice l'illecito civile aveva essenzialmente una funzione di risoluzione di conflitti tra privati, con l'avvento del nuovo Codice Civile e l'emersione di nuovi modelli di responsabilità - altri e diversi rispetto quelli esclusivamente costruiti intorno al concetto di colpa - l'illecito aquiliano si guadagna una posizione importante anche nella risoluzione e valutazione dei conflitti di tipo sociale. Questi nuovi modelli di responsabilità esplicati nel nuovo articolato normativo del codice del 1942 sono, evidentemente, quelli riconducibili a forme di illecito oggettivo e indiretto[138].

Il passaggio essenziale che ha permesso questa transizione, non solo giuridica ma anche sociale, è stata la progressiva assimilazione di una nuova concezione dello Stato: da uno Stato fortemente votato a modelli liberistici ad un ordinamento statuale dove la libertà di impresa, pur sempre promossa e valorizzata, riusciva a ritagliare un adeguato spazio di azione alle misure sociali. Il risarcimento, in questa nuova prospettiva, diventa uno strumento di

[138] Per una approfondita disamina storica dell'evoluzione delle funzioni della responsabilità civile nel passaggio dal Codice del 1865 al Codice del 1942 si veda SALVI, *La Responsabilità civile,* cit. p. 3.

protezione della vittima anche qualora la condanna risarcitoria possa arrivare a compromettere le ragioni dell'impresa[139].

Chiarita l'origine storica del dibatto in parola, e prendendo in considerazione quella che è da sempre stata considerata la funzione preponderante della responsabilità civile, ossia quella compensativa, giova ricordare come lo stesso obiettivo di riparazione del danno e di ripristino dello *status quo ante* del danneggiato, si sia risolto in diverse interpretazioni, accezioni e sfumature che hanno permesso alla dottrina più evoluta e sensibile al tema di individuare altrettante e svariate funzioni della responsabilità civile.

Si deve in particolare all'opera di Guido Alpa la costruzione di una dogmatica dell'illecito aquiliano che assolverebbe ben quattro funzioni essenziali e altre due accessorie: la prima sarebbe quella principale e fondante, volta a reagire all'atto illecito del danneggiante riparando i soggetti lesi; la seconda invece sarebbe quella propriamente ripristinatoria, volta a garantire al danneggiato il ritorno nel medesimo stato patrimoniale in cui si trovava prima della verificazione del danno; si avrebbe poi la funzione deterrente avente come scopo essenziale quello di scoraggiare l'autore dell'illecito a commetterlo nuovamente in futuro e infine, la quarta, strettamente collegata alla precedente, tesa a riaffermare il potere repressivo centrale. Le due ulteriori funzioni di tipo sussidiario sarebbero quelle che le teorie della scuola di *Law and Economics* esaltano maggiormente in quanto,

---

[139] Lo sviluppo di un'economia basata essenzialmente sull'industria e sul settore terziario ha spostato il baricentro della funzione risarcitoria; in questo nuovo contesto socio - economico infatti «non conta tanto la colpevolezza del comportamento, quanto la meritevolezza del risarcimento pur a fronte di condotte non colpevoli. In base alle teorie del rischio – operato, del rischio- profitto, del controllo del rischio, del rischio come costo, si impone una logica riparatoria che a parità di comportamenti non colpevoli induce a ritenere che sia più giusto che del danno cagionato risponda chi incolpevolmente lo ha creato per avvantaggiarsi economicamente, piuttosto che colui che incolpevolmente, ma senza avvantaggiarsi economicamente, ne abbia subito le conseguenze» così CARINGELLA – DI MATTEO, *Le nuove lezioni e sentenze di diritto civile,* Roma, 2013, p. 250 e ss. citato da CARRA', *Percorsi evolutivi della funzione della responsabilità civile,* Tesi di Dottorato, Università Ca Foscari, Venezia, 2014.

per l'appunto, correlate alle implicazioni di tipo economico scaturenti dalla commissione di un illecito.

Si tratterebbe, in primo luogo, della funzione volta a garantire una corretta e utile distribuzione delle perdite conseguenti al danno prodotto e, accanto a questa, della funzione votata alla migliore allocazione dei costi conseguenti all'illecito[140].

In altri casi l'accento è stato posto sulla funzione solidaristica che sarebbe rintracciabile nelle pieghe dell'articolato normativo dedicato all'illecito e nel principio fondamentale scolpito nell'art. 3 della Carta Costituzionale[141].

In tal senso la funzione dell'illecito aquiliano sarebbe quella di garantire la rimozione di quegli ostacoli, frapposti dalla sopravvenienza del danno, alla piena realizzazione della persona nei rapporti individuali e sociali.

Ed è proprio all'art. 2 della Costituzione e alla concreta realizzazione del principio di solidarietà che fanno riferimento le celebri pronunce di San Martino del 2008 laddove, nel prendere in considerazione la problematica del risarcimento del danno di tipo non patrimoniale che venga a patire il danneggiato, riconoscono come lo stesso possa e debba essere previsto ammettendo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.[142].

Una lettura della norma in parola che consenta una tutela dei diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti e garantiti dalla Carta Costituzionale; quindi non solo quei diritti che trovino testuale previsione in puntuali previsioni normative ma anche quelli che l'art. 2 della Costituzione permette di volta in volta di trovare e scoprire nell'ordinamento giuridico per il tramite della clausola di solidarietà.

---

[140] ALPA, *La Responsabilità civile,* Parte Generale, 2010, p. 160 e ss.

[141] Tra i maggiori fautori di questa teoria vi è FRANZONI, *Fatti illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059,* in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca,* 2004, 663 e ss.

[142] Per una compiuta disamina delle pronunce in esame si veda BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ., 2009*, p. 5 e ss.

Un'altra variante della funzione compensativa della responsabilità civile è possibile ritrovarla nella teoria della funzione satisfattiva che, per alcuni aspetti, può essere considerata la declinazione più prossima alla teoria compensativa. In effetti alcuni si riferiscono alla teoria in parola considerandola come una migliore e più puntuale definizione della teoria della compensazione in tutti quei casi in cui a venire in considerazione sia un danno alla sfera aredittuale del soggetto leso.

La sfuggevolezza del danno non patrimoniale rispetto a pretese quantificatorie e di monetizzazione ha portato i sostenitori di questa tesi a ritenere che in tutti i casi di lesione di beni di natura personale – come accade ad esempio nei casi di perdita del rapporto parentale o di danno da rovesciamento dell'agenda in caso di lesione della salute che comporti un radicale stravolgimento delle abitudini di vita – la funzione che l'illecito aquiliano è chiamato ad assolvere ha una valenza unicamente satisfattiva costituendo il c.d. *pretium doloris*.

2.2. La funzione deterrente

È la funzione deterrente quella che, tra le varie funzioni di volta in volta ricondotte all'illecito aquiliano, rappresenta il vero contraltare della teoria compensativa e di quella dell'integrale riparazione del danno.

Ed è proprio sulla dialettica tra funzione compensativa e funzione deterrente che si sono confrontati i più grandi studiosi della responsabilità civile; un dibattito che ha tratto nuova linfa vitale dalle recenti pronunce giurisprudenziali.

Prima di trattare più approfonditamente gli aspetti essenziali di tale teoria è necessario svolgere alcune importanti considerazioni preliminari al fine di comprendere e definire i confini della stessa rispetto alla materia precipuamente penalistica.

Infatti, a mente del disposo dell'art. 25 comma 2 della Costituzione "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

Si comprende, proprio muovendo da questo fondamentale precetto costituzionale che regola e permea tutta la materia penalistica non solo di matrice normativa, ma anche giurisprudenziale, come la deterrenza, al di fuori del diritto penale, possa adombrare un sospetto di incostituzionalità in quanto violativa del fondamentale principio legalità, così come scolpito dalla stessa Carta Fondamentale.

Per tale ragione, agli albori del dibattito sull'ipotetica poliedricità della responsabilità civile, si sosteneva che una pretesa funzione anche deterrente dell'illecito aquiliano avrebbe potuto mettere in discussione la titolarità unicamente e esclusivamente statale del potere punitivo.

Una tappa essenziale nell'evoluzione di questo dibattito interpretativo è stata scandita dall'incontro di studi tenutosi a Pisa nel 1984 e avente ad oggetto le "Pene Private", i cui contributi vennero raccolti in un celebre saggio dello stesso anno curato da Busnelli e Scalfi, due tra i più autorevoli pensatori della teorica delle pene private che la dottrina civilistica possa annoverare[143].

In occasione di questo importante incontro di studi vennero presi in considerazione numerosi istituti afferenti tanto alla legislazione speciale quanto a quella codicistica che presentavano appunto le sembianze delle pene private di matrice francese e che per questo sembravano rendere più incerto il confine tra diritto civile e penale. Sul concetto di pena privata e sulla rilevanza dell'istituto in parola in relazione al dibattito sui danni punitivi, ci si soffermerà più diffusamente di seguito (si veda Capitolo III, par. 3.5.).

Basti qui anticipare come, all'esito delle giornate Pisane, venne consegnata all'interprete una visione fresca e rinnovata dell'art. 2043 c.c e delle pene

[143] BUSNELLI – SCALFI, *Pene Private,* Milano, Giuffrè, 1985: l'opera raccoglie i contributi dell'incontro tenutosi a Pisa nei giorni del 30 e del 31 marzo del 1984.

private: un istituto autenticamente civilistico ma che, pur non rifiutando dei connotati tipicamente sanzionatori, riusciva a mantenere una sua autonomia dogmatica senza, per questo, sottrarre spazi applicativi al diritto penale.

Una considerazione preliminare è tuttavia d'obbligo. Sebbene le costruzioni teoriche sorte intorno alla funzione deterrente mostrino una sorta di assottigliamento dei confini tra diritto civile e diritto penale, il definitivo riconoscimento di un obiettivo anche sanzionatorio al risarcimento del danno non è di fatto mai realisticamente passato attraverso la legittimazione di forme di indulgenza verso quelle manifestazioni di "giustizia correttiva" retaggio di un'epoca ormai passata; una giustizia in qualche modo cieca che non si occupa di indagare il sostrato da cui è originato il fatto dannoso; che non differenzia qualora sia stato "un uomo dabbene a derubare un mascalzone o un mascalzone a derubare un uomo dabbene"[144].

Quando si parla di funzione deterrente della responsabilità civile, infatti, il riferimento immediato va alla dissuasione dal compimento di una determinata condotta. Del resto, il problema della funzione sanzionatoria dell'illecito aquiliano viene in considerazione in tutti quei casi in cui l'ordinamento sembra accordare una tutela risarcitoria slegata dal danno economico patito dalla vittima.

Secondo un orientamento interpretativo, i casi in cui la tutela aquiliana sembra sconfinare oltre gli argini di una funzione puramente compensativa possono essere fondamentalmente ridotti a quattro espressioni fenomenologiche essenziali. Si tratterebbe, in primo luogo, dei casi di lesione di beni afferenti la sfera non patrimoniale ma personale dell'individuo (l'esempio del danno non patrimoniale è quello che tradizionalmente è stato portato avanti proprio allo

---

[144] QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile,* in *Danno e Resp* n. 1/19 che riporta il celebre e esemplificativo passo di Aristotele, Etica Nicomachea, Libro V.
SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e del Principles Of European Tort Law,* Milano, 2011.

scopo di dimostrare la pretesa fondatezza di una costruzione anche deterrente dell'illecito civile) [145].

Secondariamente verrebbero in rilievo tutti quei casi in cui si ravvisi la necessità di cancellare le conseguenze positive dell'illecito tutte le volte in cui lo stesso sia ridondato in una forma di arricchimento per il danneggiante per un importo considerevolmente superiore al danno inferto. A questo specifico aspetto si ricollegano le tematiche del risarcimento mediante fatto illecito e del *disgorgement*, di cui si dirà diffusamente nel corso della trattazione.

Questa casistica è strettamente collegata ad una terza fondamentale che è quella relativa agli illeciti che generino elevati costi sociali: si pensi agli esempi degli illeciti di tipo industriale o che impattano considerevolmente in materia ambientale.

Infine, a mente di questo indirizzo dottrinale, si potrebbe discorrere di funzione anche sanzionatoria della responsabilità civile nei casi in cui vengano in rilievo gli illeciti c.d. bagatellari.

Indubitabile, in tutti i casi presi in considerazione, come il discorso sulla funzione repressiva della responsabilità civile intanto possa prendere corpo e consistenza in quanto alla base sussista la possibilità di muovere un rimprovero per colpa allo stesso autore della violazione. Del resto, come anticipato, alla base della responsabilità penale da cui la funzione deterrente dell'illecito mutua, inevitabilmente, alcune caratteristiche fondamentali, vi è il basilare principio di colpevolezza alla luce del quale nessun rimprovero può essere mosso all'autore del reato se il fatto non sia stato commesso con coscienza e volontà.

Questa premessa permetterebbe quindi di sgombrare il campo del dibattito sulla funzione sanzionatoria dell'illecito da tutti i casi di responsabilità oggettiva

[145] CLARIZIA, *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite - danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur.it,* n. 10/2018.

o senza colpa in cui il fatto viene ricondotto all'autore a prescindere dalla possibilità di rintracciare la sussistenza dell'elemento soggettivo.

In realtà si tratta di un percorso argomentativo che è stato valorizzato dai detrattori della pretesa polifunzionalità dell'illecito aquiliano per il tramite della considerazione per cui nella sistematica della responsabilità civile, la presenza di ipotesi di responsabilità senza colpa non permetterebbe di ammettere la funzione repressiva che, come detto, è legata a doppio filo al principio di colpevolezza.

A parere di chi scrive non si tratta tuttavia di un argomento determinante per poter escludere in radice la valenza sanzionatoria dell'illecito extracontrattuale dovendosi invece, per converso, ammettere la possibile coesistenza della sistematica dell'illecito così come condensata nelle norme del Titolo IX del codice civile con disposizioni che, pure se altrove collocate, contribuiscono a definire i contorni e i connotati della responsabilità civile da fatto illecito.

Del resto, è proprio sulla base di queste disposizioni, si allude ai già citati art 709 ter, alle norme in materia di responsabilità processuale aggravata, a quelle condensate nel codice della proprietà industriale, solo per citarne alcune, che verrà costruito il percorso argomentativo della giurisprudenza che ha preparato il campo alle SS.UU. del 2017 e di questa stessa fondamentale pronuncia.

Infatti, i fautori della funzione anche repressiva della responsabilità civile hanno, in plurime occasioni, evidenziato l'inconsistenza del percorso argomentativo che fa leva sull'assenza di una espressa previsione legislativa per concludere nel senso dell'inammissibilità di danni punitivi nel nostro tessuto ordinamentale.

Pur mancando un'espressa rubricazione dei danni puntivi, la loro rintracciabilità tra le pieghe di altri istituti fondamentali, permette di raggiungere il medesimo risultato teorico e dogmatico.

Chiariti i connotati essenziali della funzione deterrente dell'illecito aquiliano, un breve accenno fa fatto ad una peculiare variante di questa teoria che richiama più da vicino le acquisizioni proprie della dogmatica penalistica in relazione agli scopi e alle funzioni della pena.

Si tratta della funzione retributiva della responsabilità civile votata a rispondere al male arrecato con l'inflizione di un altro male e che quindi non tiene in considerazione, al fine della parametrazione del *quantum* risarcitorio, della misura del danno arrecato concretizzando in tal modo uno scopo, in ultima istanza, deterrente[146].

Che quindi la funzione deterrente e sanzionatoria dell'illecito aquiliano non rappresenti più, soprattutto all'indomani della pronuncia a Sezioni Unite del 2017 (ma forse non abbia mai realmente rappresentato) una chimera o una costruzione teorica priva di riscontro pratico e fattuale, è un dato ormai incontrovertibile.

Del resto, le prese di posizione contrastanti con questi dati normativi sarebbero frutto, come efficacemente sostenuto, di un "normativismo patologico che opera sul piano di un riduzionismo tecnico e che sempre si mostra incapace di comprendere quelle mutazioni giuridiche che sono tali proprio perché si fondano su esigenze che invece tecniche non sono"[147].

La disamina sin qui condotta delle diverse e molteplici funzioni di volta in volta ricondotte all'istituto dell'illecito aquiliano testimonia l'insufficienza e l'insostenibilità di una teoria della responsabilità civile monofunzionale, in quanto esclusivamente compensativa.

Infatti «l'aspetto riparatorio non è infatti sufficiente ad esaurire la spiegazione dell'istituto. Non tutti i danni ingiusti, infatti, sono in concreto risarcibili, giacché la legge subordina il risarcimento alla ricorrenza di uno dei criteri di imputazione. L'esigenza di riparare il danno ingiusto non è sufficiente: occorre altresì la sussistenza di una ragione ulteriore che ne giustifichi la traslazione a un soggetto diverso dalla vittima»[148].

---

[146] RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole* operative, in *Resp. civ e prev. n. 6/2018*

[147] GRONDONA, *L'auspicale via libera ai danni punitvi,* p. 19 e ss., cit.

[148] SALVI, *La Responsabilità civile,* in *Trattato di diritto privato,* IUDICA – ZATTI, Milano, Giuffrè, 2005 p. 3 e ss.

2.3. *La responsabilità oggettiva nel prisma delle teorie sulle funzioni dell'illecito aquiliano: l'oggettivizzazione della responsabilità civile quale nuova forma di deterrenza o quale strumento di attenuazione della sanzione?*

Il recupero di una funzione di *deterrence* dell'illecito, abbandonata per le ragioni storiche e socio-economiche già evidenziate all'indomani dell'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, assume un significato e un rilievo peculiare in un'epoca che vede l'incessante proliferare di forme di responsabilità vicaria o oggettiva.

È proprio alla nascita di queste peculiari forme di responsabilità che si riallacciano gli ulteriori orientamenti interpretativi sulle diverse funzioni che di fatto possono ricondursi all'illecito extracontrattuale. Si allude alla teoria della funzione organizzativa o regolativa dell'illecito che consacra una concezione, in un certo qual modo, laica della responsabilità civile in quando privata e depurata da tutte quelle sfumature etiche e morali rintracciabili in alcuni icastici principi quali quello del *pacta sunt servanda,* per ciò che attiene, chiaramente, al precipuo ambito della responsabilità di tipo contrattuale, o al principio penalistico *nessuna responsabilità senza colpa.*

Si tratta, evidentemente, di principi che se pure continuano, per forza di cose e in ragione della necessità di assicurare tenuta e coerenza del sistema, a mantenere la loro cogenza nell'ambito dell'illecito contrattuale o nel contesto del diritto penale, la loro trasposizione *tout court* nella sistematica della responsabilità civile andrebbe inesorabilmente a stridere con l'emersione di forme di illeciti senza colpa.

Se la responsabilità civile può sussistere anche a prescindere dalla rimproverabilità soggettiva di una determinata condotta al suo autore, questo è possibile intanto, in quanto si possa arrivare a riconoscere come l'illecito aquiliano svolga un compito di organizzazione dei comportamenti umani; una forma di responsabilizzazione individuale in un conteso in cui ciascun attore della

scena economica e giuridica sia perfettamente consapevole degli effetti e delle conseguenze delle proprie azioni, anche qualora le stesse si rivelino, alla prova dei fatti, appunto, come incolpevoli[149].

In tal modo la funzione organizzata sembra essere quella meglio in grado di rispondere ai nuovi processi di industrializzazione delle attività produttive nel contesto delle quali, il più delle volte, l'impossibilità di individuare l'autore di un determinato evento di danno – si pensi, tipicamente, agli accadimenti lesivi derivanti dall'esercizio di attività considerate come pericolose -, ha portato con sé la necessità di creare un sistema alternativo di valutazione del rischio. Un particolare modello organizzativo in cui ogni attore della scena economica e industriale fosse pienamente consapevole delle conseguenze delle proprie azioni e dell'estrinsecazione delle proprie attività produttive, assumendosi il rischio dell'eventuale produzione di un danno in conseguenza delle stesse.

Per comprendere meglio le interferenze tra l'emersione di queste nuove forme di responsabilità senza colpa e il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile e, più in particolare, sull'ammissibilità dei danni puntivi, non pare superfluo ricostruire brevemente l'evoluzione storica e interpretativa che ha accompagnato la nascita e lo sviluppo di queste forme di responsabilità di tipo vicario.

L'industrializzazione e la tecnologicizzazione del tessuto sociale hanno portato inevitabilmente alla nascita di nuovi danni e di nuovi strumenti di tutela che, nella maggior parte dei casi, si sono tradotti nella teorizzazione di forme di responsabilità senza colpa.

Questo processo è stato reso possibile in considerazione dell'estrema difficoltà, quando non, addirittura, assoluta impossibilità, di individuare l'autore primario del danno. Si pensi, tra tutte, all'industria dell'*automotive*[150].

---

[149] CARRA', op. cit. p. 59.

[150] Per una disamina in punto di implicazioni tra *automotive* e responsabilità civile si veda PELLEGATTA *Automazione nel settore automotive: profili di responsabilità civile* in *Contratto e*

Si tratta di nuove forme di responsabilità che allontanano l'illecito dal terreno della colpa per portarlo nell'*habitat* del rischio[151].

Del resto, come è stato efficacemente sottolineato, la questione della responsabilità di tipo oggettivo ha rappresentato uno dei maggiori problemi teorici che ha impegnato gli studiosi dell'illecito civile nell'area della *civil law*[152].

L'impostazione liberistica dell'800 e l'idea del primato della volontà del soggetto di diritto, padrone assoluto delle proprie scelte, che aveva inevitabilmente consacrato un modello di responsabilità in cui l'unico valido criterio di imputazione era quello fondato sulla colpa, comincia ad incrinarsi all'inizio del XX secolo.

L'inarrestabile crescita della civiltà delle macchine aveva posto in risalto un nuovo e più urgente problema: l'individuo non poteva più realisticamente considerarsi come unico e solo centro di imputazione delle proprie vicende economiche e inter-private. Se la realizzazione di un determinato prodotto era divenuta frutto dell'interazione uomo – macchina, quando non anche - in determinati contesti tecnologicamente maggiormente evoluti - prodotto esclusivo dei macchinari programmati per operare senza l'apporto umano, il problema dell'imputazione dei fatti dannosi si ricollegava ad un'impostazione depersonalizzata degli illeciti.

Se infatti un determinato bene viene interamente realizzato da un macchinario, non potrà essere più avvertito come giusto ed economicamente accettabile che il peso del danno venga a cadere sull'individuo che pure sia, in ipotesi, dipendente o titolare dell'impresa che ha immesso sul mercato quel determinato prodotto. Infatti, in questo rinnovato contesto, è evidente come «non ha più senso chiedersi se il fatto dannoso sia dovuto ad un comportamento

---

Impresa n. 3/2013 e AL MUREDEN, *Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo,* in *Contratto e Impresa* n. 3/2013.

[151] BRICOLA, *Teoria generale del reato,* Torino, 1974 p. 53 e ss.

[152] CASTRONOVO, *La Responsabilità civile,* Milano, 2018.

negligente del lavoratore individuo che operi all'interno dell'impresa o esigere che almeno ricorra la colpa del titolare dell'impresa stessa: a ben vedere l'oggettivizzazione dei criteri di ascrizione della responsabilità si mette in luce come corrispondente alla desoggettivizzazione che caratterizza il prodotto»[153].

Il passaggio tuttavia non è stato semplice. L'abbandono del principio del primato dell'imputazione di tipo colposo ha posto il problema teorico e pratico di individuare una coerente e sistematica normativizzazione di queste nuove istanze.

Il codice civile del 1942, con le norme dal 2047 al 2054 c.c., ha saputo dare risposta al problema demandando tuttavia all'interpretazione pretoria e dottrinale il compito di definire in maniera puntuale il perimetro applicativo di queste disposizioni. Nell'assolvimento di questo difficile compito, la dottrina ha dimostrato una straordinaria capacità di stare al passo con i tempi[154].

---

[153] CASTRONOVO, op. cit. p. 440. L'autore continua sottolineando come "*l'esplosione della civiltà delle macchine, che nello stesso tempo diviene civiltà delle masse, è venuta gradualmente mettendo in evidenza l'insufficienza dell'idea di un individuo che nel bene e nel male sia l'unico centro di imputazione della propria vicenda esistenziale. Il lavoro negli opifici industriali si concretizza in opere e prodotti alienati, prima che in senso marxiano, da un punto di vista meramente materiale: essi sono il frutto di un'interazione ormai imprescindibile tra l'uomo e la macchina, e di una collaborazione altrettanto inevitabile tra i vari operatori di una realtà in cui l'azione di ciascuno ha senso in quanto partecipe di quella degli altri*".

[154] Sempre Castronovo sottolinea ed elogia la pronta reazione della dottrina giuridica al mutamento del tessuto giuridico ed economico intervento agli inizi del XX secolo. Infatti, il frutto delle pressioni dottrinali anche internazionali ha permesso al legislatore del 1942 di consegnare una versione del codice civile al passo con i tempi: significativo come proprio in questo momento sia stata dettata per la prima volta la disciplina delle attività pericolose condensata nell'art. 2050 del codice. La rubrica della norma ha il seguente tenore letterale: "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno". Secondo l'autore tuttavia, seppure la codificazione dell'art. 2050 c.c. abbia rappresentato un importante passo in avanti per il superamento del principio dell'imputazione di tipo colposo, nondimeno la formulazione, non scevra di ambiguità, non è riuscita a compiere il definitivo passo in avanti per la classificazione della stessa come responsabilità – a tutti gli effetti – oggettiva; compito che sarà demandato poi alla dottrina. Il limite era rappresentato appunto dal non definitivo abbandono di un'impostazione di tipo soggettivistico proprio nella misura in cui si era rifiutata una categorizzazione della stessa come responsabilità di tipo oggettivo a causa della definizione di una peculiare prova liberatoria: non il caso fortuito, non la forza maggiore, bensì

La disciplina, tra le varie, delle attività pericolose risulta quella maggiormente emblematica in quanto, normativizzando il principio del *cuius commoda eius et incommoda,* mostra di dare definitiva conferma della recezione di quelle istanze volte al progressivo superamento del principio di supremazia della colpa[155].

---

l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno. Ciò si spiegherebbe in quanto, a parere dell'autore, il titolo IX del libro IV del Codice del 1942 sarebbe "*figlio della fase crepuscolare del modello ottocentesco piuttosto che germoglio di un'età nuova… In questa cornice la responsabilità da attività pericolose, alla quale viene dedicata una regola, ignota ai codici precedenti contenuta nell'art. 2050 c.c., assume un valore emblematico: l'esigenza pur avvertita di superare lo schema ricevuto non riesce ad aprire una breccia nella cittadella della colpa*". In questo scenario "*l'art. 2050 c.c. è una delle norme più deludenti dell'intero codice civile del 1942…. Si prospetta la categoria delle attività pericolose con il solo intento di superare il muro della colpa, ma si rimane inevitabilmente entro uno schema di imputazione soggettiva proprio in quanto si rifiuta positivamente la responsabilità oggettiva*".

[155] Particolarmente significativa è la relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al codice civile in relazione a questa specifica disposizione; vi si legge: "*795. Ma la vera innovazione sta nel trattamento delle attività pericolose (art. 2050 del c.c.). Il principio consacrato nell'art. 120 del testo unico delle disposizioni per tutela delle strade e per la circolazione 8 dicembre 1933, n. 1740, riprodotto nell'art. 2054 del c.c. del quale si dirà tra poco (n. 796), è stato esteso a tutte le attività che possono creare pericolo per i terzi. Sulla materia non si è creduto di adottare alcuna delle soluzioni estreme: né quella che ammetterebbe a tali attività una responsabilità oggettiva, nè quella che vi ricollegherebbe l'ordinaria responsabilità per colpa. Si è adottata invece una soluzione intermedia per la quale, sempre mantenendo la colpa a base della responsabilità, non solo si è posta a carico del danneggiante la prova liberatoria, ma si è ampliato il contenuto del dovere di diligenza, che è posto a suo carico. Nell'esercizio di un'attività pericolosa, la prevedibilità del danno è in re ipsa e il soggetto deve agire tenendo conto del pericolo per i terzi. Gli obblighi inerenti alla normale diligenza sarebbero in tal caso insufficienti perché, dove la pericolosità è insita nell'azione, vi è il dovere di operare tenendo conto del pericolo; il dovere di evitare il danno, come si e già rilevato (n. 571), diviene più rigoroso quando si opera con la netta previsione della sua possibilità. Il Soggetto dunque deve adottare, anche a prezzo di sacrifici, tutte le misure atte ad evitare il danno. Quali debbano essere tali misure, diranno le particolari norme, tecniche o legislative, inerenti alle singole attività, o le regole della comune esperienza; certo è che le lesioni evitabili debbono essere risarcite. Soltanto per le lesioni assolutamente inevitabili è esclusa la responsabilità, la quale peraltro non vi parrebbe essere, nella particolare ipotesi, se non adottando il principio della pura causalità: questo principio non si è accolto perché ritenuto ingiusto, antisociale e antieconomico, e tale da scoraggiare attività e iniziative feconde*". Il principio espresso dalla norma di cui all'art. 2050 c.c. rappresenta infatti un'importante innovazione in quanto non era stata presentata nel progetto del 1936 e neppur nel successivo del 1940. Fu, come anticipato, soprattutto per merito della dottrina del tempo che tuttavia, almeno inizialmente, non aveva fatto riferimento al carattere pericoloso di una determinata attività giungendo ugualmente alla conclusione per cui il titolare della stessa, in caso di danno e sia pure in assenza di colpa, dovesse risponderne.

Si tratta, tuttavia, di un'affermazione non unanimemente condivisa. A ben vedere, infatti, l'imputazione di tipo colposo non sarebbe stata del tutto abbandonata nel disegno dell'art. 2050 c.c.: il dato innovativo sarebbe solo la previsione di una colpa presunta a tutto vantaggio del danneggiato. Ma l'innovatività non riesce tuttavia a recidere del tutto il legame con la colpa dovendo il danneggiante comunque provare, seppure in via negativa, l'assenza della stessa con la conseguenza che allo stesso continua, per altra via, ad essere mosso un rimprovero di tipo colposo[156].

Come si vedrà, la devalutazione del criterio dell'imputazione colposa, dato caratterizzante la responsabilità di tipo oggettivo, troverà la sua massima esplicazione nelle teorie del *Law and Economics* già anticipate e suggestionate dalle acquisizioni di alcuni importanti giuristi di fine Ottocento: si allude, in particolare, al pensiero di K. Binding e di Mataja[157].

Il fulcro dell'impostazione in parola è consistito nel riconoscere come determinate attività pericolose non possono essere, in quanto tali, proibite *tout court* dal diritto, questo in quanto i benefici che dall'esecuzione delle stesse ne deriverebbe potrebbe essere comunque superiore agli eventuali danni[158].

In particolare, secondo Mataja il principio del primato della colpa, lungi dal caratterizzarsi come strumento posto a baluardo e presidio del risarcimento del danno, finirebbe per risultare del tutto inadeguato tanto in relazione alla sua efficacia disuassiva (con ciò anticipando le considerazioni svolte a proposito della

---

[156] COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità.* In *Riv. Dir. civ.* 2000, p. 660 e ss.

[157] In realtà è stato ravvisato proprio nella crisi della pandettistica tedesca la matrice del superamento del dogma della responsabilità per colpa. CASTRONOVO nell'opera citata, p. 448 e ss., rintraccia proprio nel pensiero di R. V. Jhering, convinto sostenitore del principio dell'imputazione colposa, l'elaborazione teorica che portò allo sgretolamento della pandettistica e al superamento dell'idee della pandettistica di fine Ottocento.

[158] È proprio alla base di questa idea che Guido Calabresi, nella sua celebre opera *The Cost of Accidents,* fonderà la distinzione tra prevenzione generale e prevenzione speciale: la sistematica dell'illecito sarebbe infatti votata a due obiettivi fondamentali: da un lato prevenire la commissione del danno, dall'altro individuare correttamente l'attore su cui far ricadere la perdita economica.

riconoscibilità di danni punitivi al fine dell'estrinsecazione della funzione deterrente della responsabilità civile), quanto in relazione alla concreta reazione e rimedio a quel tipo di danno[159]. Da qui la crisi della c.d. concezione etica della responsabilità civile che ravvisava la funzione propria della responsabilità extracontrattuale nella repressione di un atto fondamentalmente colpevole[160].

Il passaggio alla concezione cosiddetta tecnicistica della responsabilità civile è avvenuto proprio con il progredire dell'industria tecnologica e con il fenomeno della massificazione dei danni. I danni si moltiplicano esponenzialmente in quanto a moltiplicarsi sono, inevitabilmente, le occasioni di pregiudizio in conseguenza della produzione massiva di beni e servizi. Al cospetto di questo nuovo scenario interpretativo la regola dell'imputazione colposa appare inevitabilmente inadeguata e anacronistica risultando sempre più difficile e arduo per i danneggiati individuare un responsabile. I fronti che si aprono sono essenzialmente due: da un lato, come anticipato, il fiorire di forme di responsabilità oggettiva o aggravata, dall'altro la diffusione di forme di assicurazione di tipo obbligatorio[161].

Il connotato tecnico della responsabilità civile, per il tramite del passaggio dalla crisi del principio di colpevolezza, si estrinseca nella riscoperta dell'ulteriore e peculiare funzione di allocazione dei costi che sarebbe propria dell'illecito aquiliano [162].

---

[159] K.BINDING, *Die Normen und ihre Udertrtung,* I, Leipzig 1916, p. 468; MATAJA V. , *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalokonomie,* Leipzig, 1888, p. 19.

[160] Tra i maggiori sostenitori di questa tesi vi è CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza, Saggio per una teoria dell'illecito civile,* Padova, 1966, che ritiene essenziale, perché possa sussistere l'in sé dell'illecito, la possibilità di muovere un giudizio di riprovevolezza soggettiva al danneggiato.

[161] BIANCA, *La responsabilità civile,* cit. p. 549.

[162] Nell'ambito di questa teoria è possibile distinguere due filoni interpretativi: il primo, quello riconducibile alle acquisizioni proprie del *Law and Economics* depontenzia in maniera radicale il ruolo della colpa essendo l'unico criterio valido quello funzionale ad allocare adeguatamente i costi del danno. Secondo la seconda declinazione interpretativa invece, la colpa pur non potendosi del tutto eliminare dal novero dei criteri di imputazione, riveste un ruolo marginale. Si tratta della tesi sostenuta da TUNC, *Introduction,* in *Enc. Comp. L. XII Torts* p. 63 e ss.

In questo complesso panorama in cui il "*problema della responsabilità civile è quello di reagire ad un danno ingiusto e non più ad un atto illecito"*[163], alla dottrina è stato demandato l'importante e non facile ruolo di recuperare la funzione e il peso della deterrenza[164].

L'effetto deterrente dell'illecito aquiliano, infatti, è stato tradizionalmente e storicamente ricondotto a forme di responsabilità per colpa.

Si è viso infatti che sarebbe proprio l'atteggiamento di *malice,* ossia una condotta estremamente riprovevole e aberrante del danneggiante, quello che maggiormente giustificherebbe e renderebbe meno detestabile la comminatoria di un risarcimento di tipo punitivo da parte dell'ordinamento giuridico.

Ma così argomentando, nel caso speculare in cui si versasse in ipotesi di responsabilità senza colpa - come negli esempi sopra esaminati - che punizione potrebbe esserci? È proprio questo il punto di intersezione tra il problema della responsabilità di tipo oggettivo e quello della funzione anche sanzionatoria dell'illecito aquiliano.

Per comprendere al meglio il punto di congiunzione tra questi due piani è utile richiamare il modello di responsabilità per esercizio delle attività pericolose così come codificato nell'ordinamento statunitense.

Un modello che sebbene distante da quello positivizzato nel corpo dell'art. 2050 c.c., per merito della successiva e recente evoluzione interpretativa pretoria e dottrinale, ha subito un accostamento alla costruzione dogmatica dell'istituto così come consacrata negli ordinamenti di *civil law* per ciò che precipuamente attiene al riconoscimento di una funzione deterrente dell'illecito, e - per questa via, arrivando al dibattito teorico attuale - dei *puntive damage*.

La migliore e più funzionale formulazione della corrispondente norma nel contesto dell'ordinamento giuridico statunitense, trova conferma proprio

---

[163] COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile,* 1965, p. 32 e ss.

[164] AA.VV. *La funzione deterrente della responsabilità civile*, SIRENA op.cit. p. 90.

nella mancanza della previsione di una prova di tipo liberatorio: il soggetto agente ne risponde anche nel caso in cui abbia adottato tutta la diligenza possibile per evitarlo[165].

Tuttavia, a ben vedere, sarebbe proprio per il tramite degli scorci lasciati aperti dalla perdurante previsione di una prova liberatoria che, anche alla responsabilità intesa in forma oggettiva, può e va riconosciuto un ruolo di *deterrence.* L'idea che colui che crea e determina la situazione di pericolo debba risponderne, si basa sull'assunto per cui lo stesso soggetto, nel realizzare quell'attività da cui è derivato un danno, pone in essere una condotta contraria all'ordinamento giuridico quindi passibile di una risposta di tipo sanzionatorio.

Se è il pericolo ad essere riprovato dall'ordinamento allora ben si comprende la funzione di *deterrence* insita nella regola di cui all'articolo 2050 c.c.

Si potrebbe certo discutere, come anticipato, che il concetto di attività pericolosa e la conseguente reazione ordinamentale in caso di danno, così come disposto dalla norma in parola, presenti dei connotati non sufficientemente chiari e sicuri per poter assurgere a modello univoco dell'istituto della responsabilità di tipo oggettivo; tanto più se ci confronta, e non ci si può esimere dal farlo, con il dato testuale che rifiuta di positivizzare il concetto di responsabilità di tipo oggettivo.

Purtuttavia, è del pari innegabile, come l'art. 2050 c.c abbia avuto il merito di innescare il meccanismo che avrebbe poi, di li a pochi anni, portato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale a confrontarsi con l'idea moderna di responsabilità oggettiva. Si deve infatti necessariamente riconoscere come la norma sull'esercizio delle attività pericolose abbia aperto una breccia per la costruzione di una nuova dogmatica della responsabilità civile che cominciava ad affrancarsi da un'imputazione di tipo esclusivamente colposo.

[165] Si tratta dei paragrafi 519 – 520 dello statunitense Restatement of Torts 2d sulle *abnormally dangerous activities.*

In queste fattispecie di responsabilità – quelle codicisticamente previste sono (artt. 2047 – 2054 c.c.) l'esercizio di attività pericolosa, il danno da circolazione di veicoli, il danno cagionato da cose in custodia, quello cagionato da animali o da rovina di edificio, a cui si affiancano le ipotesi alle volte definite di responsabilità vicaria, altre volte di responsabilità indiretta condensate nelle norme relative al danno cagionato dall'incapace, alla responsabilità dei genitori tutori e precettori e a quella dei padroni e dei committenti –, in tutte queste ipotesi il danno va risarcito solo per il fatto di essersi verificato, ossia indipendentemente da un comportamento negligente, imprudente o imperito dell'autore e ciò in quanto questi abbia realizzato, come nell' esempio di cui all'art. 2050 c.c., un'attività rischiosa e per ciò soltanto.

Il proliferare di forme di responsabilità in forma oggettivizzata segna dunque un vero e proprio spostamento dell'illecito civile dal terreno della colpa, e più in generale dell'elemento soggettivo, verso il rischio; ciò confermerebbe proprio la valenza multifunzionale della responsabilità extracontrattuale e, per tale via, varrebbe a distinguere l'illecito civile da quello penale.

È stato infatti efficacemente scritto che "nel diritto privato sono sempre state e sempre saranno indispensabili forme di responsabilità diverse da quella colpevole, mancando quell'aspirazione caratteristica del diritto penale che risponde all'affermazione della colpevolezza come esigenza essenziale e irrinunciabile"[166].

Questa impostazione non depotenzia la funzione di scoraggiamento dal compimento dell'illecito, tutt'altro.

L'obbligo risarcitorio resta un costo per l'agente e questo prescinde dallo stato soggettivo e dalle intenzioni dell'autore al momento della commissione

[166] Così, MAZZACUVA, op. cit. p. 145.

del danno quindi, in ipotesi, anche se lo stesso non avesse agito con dolo o colpa.

Il peso del risarcimento e il timore dello stesso, tuttavia, lo indurranno a predisporre tutto quanto in suo potere per contenere il rischio e evitare, *pro futuro*, il danno.

Conclusivamente il ruolo della *deterrence* nelle forme di imputazione oggettiva della responsabilità è essenziale in quanto, se il peso del danno deve essere traslato sull'autore dell'illecito a prescindere dal suo *animus*, in quanto soggetto che meglio può sostenerne i costi in una prospettiva economica sociale e comunitaria, lo stesso dovrà assumere tutte le cautele e misure idonee ad evitarlo.

È, del pari, chiaro che per assurgere a vero e proprio strumento sanzionatorio in tutte le forme di responsabilità senza colpa, il risarcimento dovrà essere a tal punto in grado di incidere sul patrimonio dell'agente dal disincentivarlo dalla commissione futura di un fatto pregiudizievole.

Pertanto, un risarcimento che sia unicamente parametrato alla perdita subita dal soggetto passivo dell'illecito, difficilmente potrà assumere anche una funzione deterrente e dissuasiva. Del resto, come anticipato, la storia della responsabilità civile ci ha consegnato la consapevolezza che l'effetto di *deterrence*, e quindi lo scopo preventivo, sono intimamente correlati a forme di responsabilità per colpa in cui cioè sia possibile muovere un rimprovero all'autore dell'illecito.

Per tale ragione l'evoluzione del sistema, unitamente al passaggio a forme di responsabilità senza colpa, ha portato ad un cambiamento del modo di concepire la *deterrence*.

In questo nuovo panorama è solo un corretto e ponderato bilanciamento del rapporto tra costi e benefici a coniugare nuove forme di responsabilità oggettiva con l'assolvimento di una funzione anche disincentivante della sistematica aquiliana. Se l'illecito resta un fatto sconveniente per il suo autore, nel senso che non viene a rappresentare per lo stesso un'occasione di guadagno - come nei

casi in cui il risarcimento da corrispondere alla vittima primaria sia comunque inferiore all'incremento di ricchezza di cui sia riuscito profittare il danneggiante commettendo l'illecito – il ruolo di deterrenza, lungi dall'essere attenuato, risulterà anzi amplificato e potenziato.

Non è mancato, in punto di rapporto tra danni puntivi e responsabilità oggettiva, il contributo illuminatante della dottrina civilistica più attenta e sensibile alle tematiche in esame: in particolare è stato sottolineato come proprio la responsabilità oggettiva abbia avuto un ruolo di rilievo nella definizione dei confini della funzione disincentivante della responsabilità civile.

In particolare, il progressivo sdoganamento dei *punitive damages* avrebbe, secondo un'opinione diametralmente opposta rispetto a quella fino ad ora descritta, seguito un andamento esattamente inverso rispetto al progressivo diffondersi di ipotesi di responsabilità oggettiva. La responsabilità oggettiva infatti avrebbe, attenuato e non incrementato l'anima deterrente della responsabilità civile dovendosi disconoscere la possibilità che venga demandato al mercato la regolazione e perimetrazione dell'ambito delle attività pericolose[167].

Si tratta di un'impostazione che, come sopra anticipato, costituirà la base della teoria della *Law and Economic* e che restituisce alla sistematica dell'illecito aquiliano una funzione propriamente regolativa e ridistributiva, traslando e allocando correttamente il peso del danno[168].

---

[167] ALPA, *Le funzioni della responsabilità` civile: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione, in Contratto e Impresa, 2017*, p. 1084.

[168] Sul punto si veda VOLPE, *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi* in *I danni punitivi, Tavola rotonda - Cagliari 9 maggio 2018* a cura di CRISTIANO CICERO. Secondo l'autore "La funzione sanzionatoria e quella deterrente, al contrario, si espandono, fino a prevalere sulla funzione riparatoria, quando il costo dell'illecito è superiore al beneficio tratto dall'illecito stesso: l'obbligo di risarcire il danno in misura superiore al vantaggio derivato dalla condotta dannosa produce un effetto di prevenzione. Il rischio di una responsabilità che comporta l'assunzione di un'obbligazione risarcitoria di importo superiore all'utilità tratta dal danneggiante è un disincentivo certo alla commissione di un fatto illecito. Per il danneggiante un tale risarcimento diviene una sanzione; e per il danneggiato può comportare una compensazione addirittura

Del resto, all'interno del dibattito che ha accompagnato la disamina delle funzioni della responsabilità da illecito aquiliano e in particolare dell'efficacia deterrente della stessa, la valutazione del coefficiente di compartecipazione psicologica alla commissione di un illecito ha costituito un indicatore fondamentale per la qualificazione, in termini di sanzione, di una determinata disposizione giuridica.

È stato in particolare sottolineato come, quanto più l'ordinamento tenda a devalutare il dato relativo alla riprovevolezza della condotta dell'agente, come accade tipicamente nelle ipotesi summenzionate di responsabilità oggettiva o semi- oggettiva, tanto più la funzione redistributiva del risarcimento viene ad accentuarsi a scapito della funzione deterrente e dissuasiva.

Né, del resto, potrebbe altrimenti sostenersi solo laddove si consideri come, nelle ipotesi di responsabilità senza colpa manchi, in radice e sul piano logico, la possibilità di muovere un rimprovero in termini di disvalore dell'*agere.*

In tutti questi casi la condanna risarcitoria diviene, senza ombra di dubbio, un chiaro strumento di allocazione dei costi della responsabilità[169].

---

superiore al danno effettivamente subito (*cd. overcompensation*). Questo si verifica con i danni punitivi. Il rapporto tra costi e benefici dell'illecito condiziona l'evoluzione delle funzioni della responsabilità civile, fino a palesare la funzione principe dell'illecito civile essenzialmente in quella organizzativa o regolativa. La r.c. diventa un meccanismo sociale per la traslazione dei costi. In condizioni ottimali il risarcimento del danno assume il senso di disincentivo per determinate condotte".

[169] Questa considerazione è alla base della celebre opera di CALABRESI, *The Costs of Accidentes. A legal and Economic Analysis,* New Haven and Lindi, 1970, 135 e ss. Si tratta, per vero, di una concezione piuttosto risalente nel tempo. Già Melchiorre Gioia aveva avuto occasione di sostenere come, in caso di incapienza del patrimonio del danneggiante con conseguente insoddisfazione della parte lesa il danno avrebbe dovuto gravare sulle casse dell'erario: M. GIOIA, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i tribunali civili,* Milano, 1829. Si tratta di una sorta di socializzazione dei costi derivanti dal danno.

2.4. *Funzione sanzionatoria e punitiva nello specchio del risarcimento del danno alla persona: la lunga parabola del danno non patrimoniale*

Il dibattito sulle funzioni della responsabile civile, in particolare sulla funzione sanzionatoria dell'illecito aquiliano e sull'ammissibilità dei *punitive damages* all'interno del nostro ordinamento, ha inevitabilmente coinvolto l'istituto del danno non patrimoniale. Fin dalla sua introduzione, l'art. 2059 c.c. è stato considerato da sempre la norma maggiormente votata a spiegare la funzione anche deterrente della responsabilità civile.

L'evoluzione interpretativa, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, che l'istituto in parola ha conosciuto del tempo, è sintomatica della centralità che allo stesso è stata riconosciuta nella ricostruzione di una sistematica plurifunzionale della responsabilità civile.

L'ambito del risarcimento del danno alla persona infatti, in considerazione dell'intrinseca e inevitabile attitudine a sfuggire ad una quantificazione monetaria che possa in alcun modo considerarsi esattamente parametrata all'ammontare del danno arrecato – tornano a tal proposito alla mente le parole dell'ordinanza della Corte di Cassazione del 2016 "*quando l'illecito incide su beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce*"[170] – è quello che più di altri si è prestato alla giustificazione di risarcimenti ultracompensativi.

L'intima connessione tra danno non patrimoniale e funzione sanzionatoria dell'illecito aquiliano emerge già chiaramente dalla formulazione della disposizione dell'art. 2059 c.c.: tra i casi stabiliti dalla legge in cui risulta ammissibile il risarcimento del danno non patrimoniale vi sono i reati. Ma è la stessa relazione al Codice Civile che fuga ogni dubbio interpretativo in ordine alla portata della norma in questione.

[170] Cassazione civile, sez. I, ordinanza 16/05/2016 n° 9978.

Volendo infatti ripercorrere, brevemente e senza pretesa di esaustività, le tappe essenziali dell'evoluzione storica dell'istituto del danno non patrimoniale, il punto di partenza imprescindibile andrà sicuramente ritrovato proprio nella Relazione al Codice Civile del 1942 c.c.[171].

Il riferimento al disposto dell'art. 185 del codice penale a mente del quale "ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui" è già un primo e inequivocabile indizio della natura affatto peculiare dell'istituto del danno non patrimoniale, suggestivo di una certa tendenza dello stesso a strizzare l'occhio ad istanze dalle sfumature deterrenti. La *ratio* del richiamo all'art. 185 del c.c. si spiega, riprendendo le parole del Ministro Guardasigilli Dino Grandi, in ragione del fatto che, in caso di reato, l'offesa al bene giuridico è avvertita come più intensa e a tal punto grave da rientrare nel novero

[171] Relazione al Codice Civile n. 803; Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942: "Circa il risarcimento dei danni cosiddetti morali, ossia circa la riparazione o compensazione indiretta di quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale, si è ritenuto di non estendere a tutti la risarcibilità o la compensabilità, che l'art. 185 del c.p. pone soltanto per i reati. La resistenza della giurisprudenza a tale estensione può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica. Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Il nuovo codice si è perciò limitato a dichiarare che il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi determinati dalla legge, presente o futura, e nelle forme, eventualmente diverse da una indennità pecuniaria, da essa stabilite (art. 2059 del c.c.)". Significativa, inoltre, la Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale - Libro delle Obbligazioni 1941): "40 I danni non patrimoniali non rientrano sempre e necessariamente nel contenuto della prestazione di risarcimento (art. 24). La soluzione negativa così data ad un vecchio dibattito, m'è parso discendesse decisa come conseguenza del sistema adottato per il risarcimento dei danni patrimoniali, che vuole temperare ogni eccesso, ponendo limiti là dove la concreta prestazione deve liquidarsi su basi induttive. Il danno non patrimoniale ha fonti meno sicure del lucro cessante: e, poiché il suo risarcimento dovrebbe procurare al soggetto leso soltanto una soddisfazione che lo ripaghi del dolore subito, la sua riparazione si appalesa giustificata solo nel campo dei reati, per rafforzare l'efficienza della sanzione afflittiva comminata per essi, o quanto meno può avere luogo solo in via eccezionale all'infuori del reato, quando, cioè, la legge ritenga, per la natura della lesione, di consentire la particolare sanzione, o sotto forma di indennità, o sotto una forma diversa (ad esempio, pubblicazione della sentenza di condanna)".

di quelle ipotesi tipiche giustificanti la comminatoria di una forma di risarcimento economico.

Nelle fattispecie di reato, infatti, la coscienza giuridica avverte come necessario e giusto un *surplus* di repressione in quanto, in tali situazioni, è avvertita come particolarmente grave e meritevole una tutela rafforzata del bene giuridico leso. Ciò a migliore dimostrazione di come la responsabilità civile possa concorrere con quella penale al fine di stigmatizzare la condotta del danneggiante e di rendere giustizia al danneggiato.

Dunque, nella fase storica immediatamente successiva all'emanazione del codice civile, il danno non patrimoniale reputato risarcibile coincideva con il solo danno morale, il c.d. *pretium doloris,* il puro danno psichico transitorio con esclusione, dunque, della possibilità di considerare risarcibile qualsivoglia forma di lesione all'integrità fisica dell'individuo: il danno alla salute era infatti, in questo momento, considerato un pregiudizio di natura eminentemente materiale.

Il primo passo verso il progressivo disancoraggio da una concezione meramente economica del risarcimento del danno, per lasciare spazio alla considerazione dei valori fondamentali della persona umana, diversi da quelli meramente materiali, è stato compiuto con la storica sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 14 luglio 1986, meglio nota come sentenza Dell'Andro che ha, altresì, affermato la risarcibilità del danno biologico in quanto tale, a prescindere dunque dalle eventuali ricadute economiche negative dello stesso. Ciò sarebbe possibile per il tramite del collegamento con l'art. 32 della Carta Costituzionale che tutela la salute come bene e diritto fondamentale tanto nella sua manifestazione individuale quando nella sua estrinsecazione quale valore della collettività[172].

[172] Corte. Cost. n. 184 sentenza 30 giugno - 14 luglio 1986: "3. - La scelta legislativa operata con l'emanazione dell'art. 2059 c.c. (tra le opposte tesi della totale irrisarcibilità del danno morale subiettivo e della risarcibilità, in ogni caso, del medesimo) discende dall'opportunità di sanzionare in modo adeguato chi si è comportato in maniera vietata dalla legge. Certo, ritenere che la responsabilità civile abbia carattere esclusivamente o prevalentemente sanzionatorio sarebbe oggi

In questa fase, tuttavia, tale collegamento opererebbe non con l'art. 2059 c.c., bensì con la norma generale sull'illecito dell'art. 2043 c.c. allo scopo di dare vita ad un sistema non più duale, dato per l'appunto dal binomio danno patrimoniale – danno non patrimoniale, bensì trilaterale che andrebbe ad affiancare a questa costruzione l'istituto del danno biologico. Un danno dunque di natura non materiale ma ricondotto e allevato sotto l'egida dell'art. 2043 c.c. Il merito della pronuncia in parola è stato comunque quello di aprire una breccia al risarcimento di pregiudizi afferenti al fare aredditiuale della persona in ipotesi diverse e distinte da quelle costituenti reato.

La tappa successiva è scandita dalle storiche sentenze gemelle del 2003 n. 8827 e 8828[173]. Il sistema tripolare individuato dalla sentenza Dell'Andro viene, con queste pronunce, superato. La sistematica del danno alla persona potrebbe infatti essere ricondotta a due soli poli dogmatici: il danno patrimoniale e quello di tipo non patrimoniale nel cui alveo sarebbero ricompresi il danno alla lesione dell'integrità psico – fisica dell'individuo: il danno biologico -, il danno morale soggettivo, così come tradizionalmente inteso e, infine, il danno da lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona, o anche detto esistenziale.

Il definitivo avallo di questa rinnovata impostazione pretoria è avvenuto per merito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 233 del luglio del 2003 che ha dato la stura al definitivo riconoscimento della categoria del danno esistenziale per il tramite di una riconsiderazione sistematica del quadro normativo: la disciplina del danno alla sfera aredittuale dell'individuo – sia che si tratti di danno

---

infondato oltreché antistorico. Ma 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".

[173] Con nota di SCARPELLO, *Danno esistenziale e sistema del danno alla persona: la Cassazione, la consulta e l'art. 2059 cod. civ.*in *Nuova Giur. Civ. Comm* n. 2/2004.

alla salute o di danno esistenziale - viene infatti più correttamente ricondotta nell'alveo dell'art. 2059 c.c. , norma che ammette il risarcimento sì nei casi previsti dalla legge (con ciò confermando la sua tradizionale vocazione alla tipicità specularmente, invece, al carattere atipico dell'illecito extracontrattuale patrimoniale di cui al disposto dell'art. 2043 c.c.) ma con un'interpretazione di questo stesso principio di tipicità e legalità la cui portata verrà definitivamente chiarita dalle celebri sentenze di San Martino del 2008 (Cass. civ., Sez. Un., sentenza 11 novembre 2008, n. 26972; 26973, 26974, 26975)[174].

Alla base delle sentenze gemelle del 2008 vi è una riconduzione totale del danno non patrimoniale all'interno dell'art. 2059 c.c. attraverso un'operazione di *reductio ad unitatem*: l'ingiusta lesione di un interesse della persona, che sia costituzionalmente garantito, per poter accedere alla soglia del risarcibile, non richiede che sia soddisfatto lo stretto principio di riserva di legge ancorato al disposto dell'art. 185 c.p., quindi nei soli casi costituenti reato.

Il rinvio ai casi in cui la legge consente l'accesso alla soglia risarcitoria può e deve essere riferito invece, all'indomani dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale, anche alle fondamentali disposizioni della Costituzione stessa che, nella misura in cui riconoscono e garantiscono la tutela dei diritti fondamentali e inviolabili della persona di rango non patrimoniale e contestualmente ne ammettono e ne esigono la tutela attraverso la riparazione del danno.

Si viene così a configurare proprio uno di quei casi determinati dalla legge, e al massimo livello di protezione, trattandosi di norme di rango costituzionale, di riparazione del danno non patrimoniale[175].

---

[174] Tra i principali commenti alle pronunce si possono ricordare 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 *Contratto e Impresa* n. 3/2009 e DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?* In *Corriere Giuridico n.* 3/2009.

[175] CENDON, *Esistere o non esistere*? in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000, 1251 ss.

L'altro fronte su cui hanno operato le Sezioni Unite del 2008 ha invece riguardato più da vicino il problema quantificatorio e il tentativo di scongiurare le duplicazioni risarcitorie. A questo specifico aspetto si ricollega la *reductio ad unitatem* operata dalle sentenze gemelle, un'operazione di sfrondamento che ha avuto come obiettivo primario di riconoscere una sola categoria di danno non patrimoniale, quello previsto dal 2059 c.c., riducendo a nozioni puramente descrittive quelle del danno biologico, del danno morale e del danno esistenziale.

Si tratta di un'impostazione, la cui forte portata rivoluzionaria è, secondo molti, risultata solo apparente: le successive pronunce tanto di merito quanto anche di legittimità hanno mostrato, per converso, di riconoscere piena dignità ontologica al danno morale ritenendolo un pregiudizio affatto diverso dal danno biologico e, in quanto tale, meritevole di piena e autonoma considerazione.

Conclusivamente, oggi la giurisprudenza di legittimità, pur sottolineando la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie del danno non patrimoniale, ha riconosciuto l'esistenza del danno morale e, di conseguenza, la sua piena ristorabilità nei casi previsti dalla legge e secondo un concetto, come visto, lato di legalità e tipicità[176].

---

[176] Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28407 ha chiarito che "l'autonomia ontologica del danno morale rispetto al danno biologico, in relazione alla diversità del bene protetto, appartiene ad una consolidata giurisprudenza di questa Corte, che esclude il ricorso semplificativo a quote del danno biologico, esigendo la considerazione delle condizioni soggettive della vittima e della gravità del fatto e pervenendo ad una valutazione equitativa autonoma e personalizzata".
Sul punto, inoltre, non appare superfluo richiamare l'intervento del legislatore con il d.p.r. 3 marzo 2009, n. 37 ed il d.p.r. 30 ottobre 2009, n. 181 che, intervenuti in materie del tutto peculiari, ha di fatto preso le distanze dalle conclusioni delle Sezioni Unite del 2008 : si tratta del regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi militari nazionali, a norma dell'articolo 2, commi 78 e 79, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. E del regolamento recante i criteri medico-legali per l'accertamento e la determinazione dell'invalidità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice: si veda l'articolo 6 della legge 3 agosto 2004, n. 206.

Non sono mancati anche alcuni tentativi da parte della dottrina di effettuare un raffronto tra art. 2043 c.c. e 2059. c.c. in punto di delimitazione del reciproco ambito funzionale[177].

Mentre infatti l'art. 2043 c.c. manterrebbe il ruolo di norma centrale del sistema della responsabilità civile che si riferisce a qualsiasi tipologia di danno, patrimoniale o non patrimoniale, data la sua ampia formulazione, l'art. 2059 c.c., avrebbe il precipuo compito di assolvere ad una funzione sanzionatoria nei soli casi di danno morale soggettivo da reato, in quanto in tali casi l'interesse leso ha una maggiore pregnanza e rilevanza per l'ordinamento giuridico[178].

Il problema del risarcimento del danno non patrimoniale e l'intima connessione con la funzione sanzionatoria della responsabilità civile si misurano soprattutto in relazione alla problematica schiettamente quantificatoria di questa tipologia di danno. Si tratta di un argomento assai controverso in quanto l'accostamento di due entità assai diverse tra loro, ossia la sofferenza umana e il denaro, ha da sempre impegnato gli studiosi della responsabilità civile. Il nodo problematico ha riguardato soprattutto la tematica del *pretium doloris*, ossia della quantificazione monetaria della sofferenza. Infatti "*tutta la storia - dottrinale, giurisprudenziale, legislativa – dell'ammissibilità di una reazione giuridica ad una figura di pregiudizio particolare quale è quello non patrimoniale, è costellata di incertezze, di disagi sistematici, di riconoscimenti affermativi e di contestuali negazioni, e la radice di dette contrastanti opinioni è sempre l'immancabile, intuitiva perplessità che nasce dall'accostamento tra entità disomogenee quali il dolore, che del danno non patrimoniale si è sempre ritenuto il più genuino e costante esponente, ed il denaro"*[179].

E' significativo, tuttavia, come al netto della nebulosa natura riconoscibile all'istituto di cui all'art. 2059 c.c. nonché della innegabile inclinazione dello

---

[177] GRASSI, *I danni non patrimoniali ed il "doppio" art. 2043 c.c.*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 943 ss.

[178] PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile,* Napoli, 20015, p. 85.

[179] BONILINI, *Il danno non patrimoniale,* Milano, 1983 p.4.

stesso verso istanze di stampo sanzionatorio, più di recente non sono mancati arresti giurisprudenziali che hanno cercato di ricondurre nelle maglie della generale sistematica dell'illecito extracontrattuale anche il danno non patrimoniale, togliendo qualcosa alla malcelata e pretesa funzione punitiva dello stesso per aggiungerne un'altra alle esigenze proprie di un sistema storicamente votato ad un risarcimento di tipo compensativo. Si allude alla sentenza della Cassazione Penale n. 33001/2015 secondo cui "*il danno da reato, patrimoniale e non patrimoniale, risarcibile ex art. 185 cod. pen. non può essere identificato nel mero fatto nell'avvenuta integrazione dell'illecito previsto dalla fattispecie incriminatrice, con la conseguenza che il giudice penale, quando afferma la effettiva sussistenza del danno, non può motivare la condanna, anche generica, al risarcimento con affermazioni da cui è desumibile che il pregiudizio è ravvisato "in re ipsa*"[180].

A parere di chi scrive si tratta di una conferma, più che una rinnegazione, della natura ibrida dell'istituto in parola che sostiene e rafforza l'idea di una responsabilità civile polisemica e polivalente[181]

---

[180] Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud. 27-03-2015) 28-07-2015, n. 33001, in Pluris.com.

[181] Dopo le Sentenze Gemelle del 2008 si è aperto un ampio dibattito nelle Corti di merito in relazione ai criteri di determinazione del punto delle tabelle normalmente utilizzate per la liquidazione del danno biologico al fine di poter riconoscere anche la voce riconducibile al danno morale. Secondo l'impostazione seguita dal Tribunale di Milano, soprattutto alla luce dell'ampia diffusione e seguito a livello nazionale delle Tabelle per la liquidazione del danno alla persona elaborate dal presidente della Terza Sezione Civile del Tribunale, Dott. Damiano Spera, il c.d. criterio del punto pesante, permette di comprendere nel punto una liquidazione congiunta deii valori riferibili al danno biologico ed a quello morale. In particolare, l'Osservatorio per la giustizia civile di Milano ha elaborato le tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale complessivamente inteso, con le quali viene proposta la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale quale lesione dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico legale, sia nel suo aspetto "statico", vale a dire la lesione in sé e per sé considerata, sia nel suo aspetto "dinamico", vale a dire dei risvolti anatomo-funzionali e relazionali, e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "sofferenza soggettiva".
I successivi termini del dibattito sull'esatta portata del danno non patrimoniale in relazione alla funzione anche sanzionatoria della responsabilità civile hanno coinvolto la figura del danno tanatologico (come verrà approfondito nel paragrafo 4.1.) e, ancor più di recente e soprattutto in relazione alla perimetrazione esatta dei criteri di liquidazione del danno alla persona, con il

2.4.1. La peculiare vicenda del danno tanatologico: ascesa e tramonto di un danno non patrimoniale dai connotati punitivi

Anche il dibattito innescato dall'evoluzione giurisprudenziale sul danno tanatologico, culminato con la pronuncia della Sezioni Unite del luglio del 2015, ha portato alla ribalta la problematica dei risarcimenti punitivi o ultracompensativi.

La pretesa compatibilità del danno tanatologico con la sistematica della responsabilità civile è stata costruita attorno alla considerazione per cui non può essere più conveniente uccidere che ferire.

Tale assunto esaltato nell'sentenza della Cassazione n. del 2014, la meglio nota sentenza "Scarano" dal nome del giudice estensore[182], è stato rovesciato dalle SS.UU. dell'anno successivo che hanno ritenuto come ormai del tutto superata quella peculiare impostazione della responsabilità civile di stampo eminentemente soggettivo così come divisata dall'interpretazione che del danno da morte era stata avanzata dai giudici remittenti e da una parte cospicua dell'interpretazione pretoria; una responsabilità, dunque, legata ad una prospettiva autorale che guarda al risarcimento del danno come ad una forma di sanzione comune e vicina a quella penale.

Per comprendere la reale portata del problema occorre fare un passo indietro e ripercorrere a grandi linee i termini del dibattito pretorio e dottrinale sul danno da morte.

---

decalogo di San Martino del novembre del 2019: si tratta di dieci sentenze (evocativamente individuate come sentenze San Martino Bis (Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28985 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28986 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28987 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28988 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28989 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28990 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28991 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28992 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28993 | Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28994 |; tra i più autorevoli commenti si veda PONZANELLI, *risarcimento del danno alla persona: san martino 2019 - si allontana da san martino 2008 e conferma gli equilibri - risarcitori del 2018* in *Danno e Responsabilità* n. 1/2020; FRANZONI M., *Spigolature sulle sentenze di San Martino* in *Danno e Responsabilità* n. 1/2020.

[182] Cass., III sez., 23 gennaio 2014, n. 1361 con nota di PONZANELLI, *Alcune considerazioni sulla decisione «scarano* in *Nuova Giur. Civ. comm.*n. 5/2014.

Danno tanatologico, danno catastrofale, danno biologico terminale, danno da morte; si tratta di diversi appellativi con cui di volta in volta sono stati identificati pregiudizi accomunati da un dato comune essenziale: il verificarsi dell'evento morte e la conseguente domanda risarcitoria intentata dagli eredi del defunto *iure* proprio e/o *iure hereditatis.*

Riguardo alla prima ipotesi, quella della richiesta di risarcimento avanzata *iure proprio*, non paiono sussistere particolari e complessi nodi interpretativi trattandosi di domanda dispiegata dagli eredi per la sofferenza correlata alla perdita del proprio e personale rapporto con il congiunto – una peculiare figura di danno che, all'esito di un annoso dibattito pretorio in relazione all'individuazione esatta delle regole quantificatorie, è culminato con l'elaborazione dei noti criteri liquidativi così come recepiti dalle Tabelle del Tribunale di Milano[183].

Tutta la *querelle* interpretativa si è, invece, concentrata attorno alla domanda risarcitoria compiegata a titolo ereditario*,* in relazione dunque al danno patito direttamente dalla vittima primaria e trasmesso, al sopraggiungere della morte, agli eredi.

Si tratta quindi del danno consistente nella perdita del bene primario, il bene vita. Il problema che si è venuto a porre ha riguardato la conciliabilità del concetto di danno da perdita della vita con la questione della capacità giuridica necessaria da doversi riconoscere in capo al *de cuius* perché lo stesso potesse assimilarne e patirne le conseguenze dannose.

Che un fatto illecito esiziale produca un danno non può certamente essere revocato in dubbio; ma che questo danno insista sulla sfera giuridica del soggetto che di fatto è deceduto perdendo definitivamente il godimento del bene *maximum*, è un assunto più complesso e arduo da dimostrare quantomeno nelle ipotesi in cui la morte intervenga contestualmente e istantaneamente rispetto

[183] PINTO, *Quantificazione del danno secondo le tabelle milanesi e calcolo degli interessi compensativi,* in *Danno e Resp.* n. 2/2018.

all'evento lesivo, ovvero entro un lasso di tempo talmente breve da non permettere al danneggiato di accorgersi della perdita stessa.

È il caso delle c.d. morti sul colpo o ancora degli eventi lesivi che determinino il sopraggiungere immediato di uno stato di totale incoscienza, anche se l'*exitus* si verifichi in momento successivo o, addirittura, a distanza di molto tempo dall'evento di danno.

Si viene, quindi, ad aggiungere un ulteriore e determinante tassello nella ricostruzione dell'istituto che ci occupa: la rilevanza e l'importanza ricondotte al fattore temporale nella determinazione della sussistenza del danno da morte.

Se la sentenza "Scarano", andando smuovere un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, aveva ritenuto non corrispondente allo spirito del tempo, così come tramandato dalla svolta interpretativa delle Sentenze di San Martino del 2008, un sistema che non riusciva a trovare la strada per riconoscere tutela risarcitoria in caso di lesione del bene per eccellenza, il bene vita, nondimeno la soluzione proposta e dispiegata dai giudici del 2014 aveva suscitato nuove e più spinose perplessità.

A mente di questa pronuncia, infatti, il risarcimento del danno da perdita della vita si configura come un caso del tutto eccezionale, unico, di danno evento[184]; un danno risarcibile, pertanto, sulla base dell'accertamento del solo nesso di causalità materiale tra fatto dannoso ed *eventus damni*, a prescindere quindi dall'accertamento di eventuali conseguenze dannose che dallo stesso ne siano derivate.

È evidente infatti che di conseguenza dannosa, percepibile in quanto tale, come un *minus,* una perdita da parte della vittima, non si potrebbe parlare proprio in

[184] "Non vi è chi non veda che il ristoro del danno da perdita della vita costituisce in realtà ontologica e imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni conseguenza". Così la sentenza Scarano: Cass. 23 gennaio 2014 n. 1361 con nota di BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo;* in *Resp. Civ. Prev,* 2014 p. 495 e ss.; con nota di PONZANELLI e FOFFA, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile*, in *Danno e Resp.* 2014, 363.

quanto il danneggiato, morendo, perderebbe la capacità giuridica di poter soffrire e patire quello stesso danno.

Nondimeno, secondo il ragionamento della sentenza "Scarano", nel momento stesso del decesso si verificherebbe un'acquisizione, a tutti gli effetti istantanea, del diritto al risarcimento del danno con conseguente trasmissibilità agli eredi: quella posta risarcitoria sarebbe ormai andata a confluire definitivamente nel patrimonio ereditario del *de cuius*.

La conseguenza di questo ragionamento e degli immediati e numerosi rilievi critici che sono da subito stati sollevati è stata che, il tentativo di dare seguito al principio di integralità del risarcimento nei casi di violazione dei valori fondamentali della persona, si è tramutato, per altra strada, nella negazione senza mezzi termini, dei principi scolpiti nelle sentenze gemelle di San Martino della funzione precipuamente compensativa della responsabilità civile cui, nel ragionamento degli Ermellini del 2008, non possono in alcun modo essere ricondotti risarcimenti di tipo punitivo quale si configurerebbe appunto quello da perdita del bene vita.

E' proprio questo il percorso argomentativo che seguiranno le Sezioni Unite del 2015 chiamate a risolvere il contrasto interpretativo sollevato dalla sentenza del 2014[185] : se una conseguenza negativa non c'è, o meglio non può essere avvertita in quanto il titolare del bene leso viene a mancare, l'effetto ultimo del riconoscimento di siffatta posta risarcitoria, nei termini divisati dalla Cassazione del 2014, non sarebbe altro se non quello di punire e sanzionare il colpevole dando finalmente quiete alla coscienza sociale che avvertiva come ingiusto non dare ristoro al danno da perdita della vita[186] .

---

[185] PENTA, *Il danno tanatologico: cronaca - di una morte annunciata,* in *Studium Iuris* n. 4/2016.

[186] A mente delle Sezioni Unite del 2015, (Cass. SS.UU. del 22 luglio 2015 n. 15350 con nota di BUSNELLI, *Tanto tuonò che… non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"* in *Corriere Giuridico n. 10/2015* la precedente Sentenza "Scarano" "avvertita l'esigenza di superare in qualche modo il recepito assunto della irrisarcibilità del danno da perdita della vita, lancia con coraggiosa determinazione l'allarme (il *sasso*) che tale assunto "in realtà rimorde alla coscienza sociale"; ma – qui sta lo sviamento della traiettoria balistica – ciò che rimorde alla coscienza sociale non sarebbe,

Ma è del pari evidente che se un danno da perdita della vita come inteso dal giudice Scarano possa dare adito all'apertura a risarcimenti di tipo punitivo, nella misura in cui sarebbe svincolato dalla produzione di un danno, ciò tuttavia non significa che tutte le strade per l'accesso alla tutela risarcitoria del danno da morte siano precluse.

È da qui il correttivo del criterio temporale introdotto dalle Sezioni Unite del 2015: perché possa configurarsi una conseguenza dannosa in caso di morte è necessario che il soggetto sia rimasto in vita un apprezzabile lasso di tempo che gli abbia permesso di avvertire l'approssimarsi imminente dell'evento morte e di patire, di conseguenza, con angoscia la presa di coscienza della vicinanza dell'*exitus*.

In definitiva dunque il danno da perdita della vita in sé e per sé considerato non può ragionevolmente trovare forma alcuna di ristoro: se la morte interviene subito, oppure a distanza di brevissimo tempo rispetto al verificarsi dell'evento lesivo, alcun danno di tipo non patrimoniale potrà essere riconosciuto a titolo ereditario: si tratterebbe infatti di un danno non trasmissibile perché mai acquisito nel patrimonio del *de cuius*, essendo la morte intervenuta istantaneamente.

Pertanto, l'unica forma di danno risarcibile che lasci impregiudicata la valenza compensativa della responsabilità civile senza strizzare l'occhio a possibili derive deterrenti è il danno biologico di tipo "terminale" determinato dalla lesione del bene salute quale danno – conseguenza consistente nei postumi invaldanti che hanno caratterizzato la durata concreta del periodo di vita del danneggiato dal momento della lesione fino all'*exitus*.

Non, dunque, il danno da perdita della vita in sé e per sé considerato.

---

come è immaginabile che sia per l'uomo della strada, l'offesa per "l'effettivo sentire sociale" e la mancanza di una sanzione civile (il naturale *bersaglio*) quanto piuttosto "il ristoro negato alla vittima". Inoltre, a proposito dell'eccezione relativa alla configurabilità di un'ipotesi eccezionale e unica di danno evento, le SS.UU. sostengono che tale eccezione sarebbe di portata tale da vulnerare la stessa attendibilità

In tal senso si comprende come, affinché la lesione possa ritenersi effettivamente prodotta, è necessario che si sia realizzato quel delta temporale, quell'apprezzabile lasso di tempo.

Il suggello del sistema da parte delle SS.UU. del 2015, al netto di alcuni recenti e interessanti orientamenti giurisprudenziali che hanno provato a dare nuova linfa alle considerazioni argomentative svolte dalla sentenza "Scarano" evidenziando i segnali di debolezza delle conclusioni delle Sezioni Unite del 2015 in uno con le incertezze applicative del criterio temporale del "lasso di tempo apprezzabile"[187], ha trovato definitiva conferma anche nella sistemazione dei criteri di liquidazione del danno alla persona consacrati nelle Tabelle del Tribunale di Milano del 2018[188].

La disamina sin qui condotta della parabola che ha conosciuto l'istituto di matrice giurisprudenziale del danno tanatologico conferma come la responsabilità civile sarebbe sempre più improntata a garantire le più efficaci forme di

---

[187] Si allude alla recente Cassazione del 2018 n. 26727 con nota di BREGOLI, *Il risarcimento del danno tanatologico: una deriva "populista"?* in *Danno e Resp n.* 3/2019 che sembra riprendere lo spirito della sentenza "Scarano" che ha sollevato il problema della debolezza argomentativa del criterio dell'apprezzabile lasso di tempo in distinzione con quello del "brevissimo lasso di tempo" quale differenziazione fondante la possibilità o meno di riconoscere la risarcibilità del danno da morte. A mente di questa recente pronuncia, infatti non sarebbe lo scarto temporale tra la lesione e la morte a poter condizionare l'*an* del risarcimento; resterebbe infatti del tutto priva di riscontro logico la disuguaglianza di trattamento tra il danneggiato che sopravvive solo per poco tempo, magari mezzora, ma in stato di coscienza e chi muore invece, dopo mezzora di incoscienza.
In merito al più recente dibattito pretorio sul tema in questione si veda anche LOCATELLO, *Danno biologico illecito non immediatamente fatale: superamento o mantenimento del criterio "cronometrico"* in *Corriere Giuridico* n. 7/2019 che nell'esaminare gli esiti argomentativi delle più recenti pronunce intervenute sul tema (Cass. n. 26727/2018 e Cass. 32372/2018), sottolinea la perdurante incertezza e divisività del criterio cronometrico in parola. Nel commento, vi si legge "*per avvedersi della fondatezza delle censure della dottrina può essere utile qui ricordare che apprezzabile, ai fini dell'affermazione della sussistenza del danno risarcibile, è stato variabilmente, ritenuto un tempo: di tre, nove, dieci giorni; di sei ore, ma pure di venti minuti. Altrettanto significativo è l'esame della fattispecie su cui è intervenuta la S.C. con le pronunce in epigrafe: con riferimento a una sopravvivenza di due ore, il danno biologico terminale è stato ritenuto insussistente dal giudice del merito la cui decisione è stata confermata dall'ordinanza n. 32372/2018; di converso, in relazione ad una sopravvivenza durata mezz'ora in più soltanto, ne ha ravvisato la sussistenza il Collegio della sentenza n. 26727/2018".*

[188] Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, *Criteri orientativi per la liquidazione del danno c.d. terminale, Tabelle aggiornate "Edizione 2018".*

allocazione dei danni attraverso lo spostamento verso forme di illecito sempre più oggettivizzato.

Non sono mancati, tuttavia, illustri contributi dottrinali che hanno sostenuto fortemente la natura non punitiva del danno biologico terminale[189].

Conclusivamente, i numerosi interventi della giurisprudenza sul tema del danno non patrimoniale, a partire dal 2008 in poi, in uno con i tentativi di porre un freno alla potenzialità espansiva del danno non patrimoniale, confermano proprio una tendenza dell'istituto ad ammiccare a logiche di tipo sanzionatorio.

[189] BIANCA, *Il danno da perdita della vita,* in *Vita notarile,* 2012, p. 1497.

CAPITOLO III - ALL'ORIGINE DEI *PUNITIVE DAMAGES*: IL LUNGO CAMMINO DELLA GIURISPRUDENZA FINO ALLE SEZIONI UNITE DEL 2017 E LA NASCITA DI UN NUOVO CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO

Sommario: ***3.1. Le pene private, il superamento del principio di integrale riparazione del danno e le prime aperture ai risarcimenti punitivi; 3.2. Gli istituti intermedi tra funzione compensativa e funzione punitiva; 3.3. Le prime pronunce italiane in materia punitive damages e il problema dell'exequatur: la (doppia) mancata occasione per il riconoscimento dei danni punitivi nei casi Fimez Spa e Ruffinatti; 3.4. Il problema delle pene private alla luce della sentenza della Cassazione n. 7613 del 2015 e dell'art. 614 bis c.p.c.; 3.5. Pene private, danni punitivi e reato: il triplice volto di un medesimo problema?; 3.6. Focus. illecito civile e illecito penale a confronto: la ratio sottesa alla concezione meramente compensativa della responsabilità civile all'indomani dell'approvazione del codice del 1942; 3.7. Danni punitivi e ordine pubblico: la progressiva nascita di una nuova interpretazione del concetto a cavallo dell'ordinanza di rimessione n. 9978 del 2016; 3.7.1. L'ordine pubblico interno e internazionale: prospettive di armonizzazione sovranazionale e circolazione delle regole giuridiche; 3.8. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601 del 05/07/2017: una sentenza - principio al più alto livello di nomofiliachia; 3.8.1. Premessa. La vicenda sottesa alla decisione delle Sezioni Unite: il valore giuridico del contratto di transazione alla luce dell'istituto americano del potential liability test; 3.9. Le SS.UU. D'Ascola e i principi di legalità e proporzionalità quali "controlimiti" costituzionali: chiaroscuri di un'attesissima pronuncia; 3.10. l'evoluzione legislativa sui danni punitivi nello specchio delle Sezioni Unite del 2017: ipotesi codicistiche e fattispecie previste dalla legislazione speciale; 3.11. L'art. 96 comma 3 c.p.c. e la sistematica della responsabilità processuale aggravata. Pene private e principio di legalità in senso debole; 3.12. L'art. 709 ter e la violazione degli obblighi***

inerenti alla responsabilità genitoriale; 3.13. La clausola penale e caparra confirmatoria; 3.14. Le fattispecie previste dalla legislazione speciale; 3.15 L'art. 12 della Legge sulla stampa (l.n. 47/1948); 3.16. La disciplina in materia di proprietà intellettuale e industriale e la disciplina della retroversione degli utili: i disgorgement damages; 3.17. Le sanzioni in materia di manipolazioni del mercato: l'art.187 undecies TUF; 3.18. La disciplina in materia di depenalizzazione: il d.lgs n. 7/2016; 3.19. Danni punitivi e danno ambientale; 3.20. Alcune considerazioni conclusive all'esito della disamina delle SS.UU. del 2017; 3.21. Un primo bilancio sull'evoluzione giurisprudenziale dal 2007 alle SS.UU. del 2017. La pronuncia del Tribunale di Bergamo del 30 marzo 2018: il caso Ryanair; 3.21.1. La qualificazione delle sanzioni alla luce dei c.d. criteri Engels

3.1. Le pene private, il superamento del principio di integrale riparazione del danno e le prime aperture ai risarcimenti punitivi

Come visto nel capitolo II, il principio di integrale riparazione del danno è stato a lungo - o quantomeno in epoca successiva all'introduzione del codice del 1942, in un momento in cui predominava la pulsione verso la liberazione dalle maglie di una responsabilità intesa quasi come penale - il faro guida degli studi interpretativi sulla responsabilità civile. Infatti, la declinazione della responsabilità civile in chiave deterrente ha sempre portato con sé lo spettro dell'incostituzionalità nella misura in cui poteva tradursi in una delegittimazione della potestà punitiva dello Stato[190].

La distinzione tra danno punitivo e pena privata, non sempre agevole e immediata sul piano dogmatico, può, in prima approssimazione essere

[190] BUSNELLI – SCALFI, *Pene private,* Milano, 1985.

individuata nella circostanza per cui le pene private trovano il loro terreno elettivo principalmente in ambito contrattualistico. Si tratta di obbligazioni, convenzionalmente stabilite, che conseguono alla violazione di una determinata pattuizione e la cui funzione è, per tanto, quella di rafforzare il vincolo contrattuale con la previsione di una punizione in caso di violazione dello stesso.

L'intento riparatorio, come anche nei danni punitivi – ed è questo il punto di contatto tra i due istituti – esula dall'ambito applicativo della pena privata.

Come si approfondirà, infatti, il paradigma delle pene private in ambito civilistico è rappresentato dalla caparra confirmatoria e dalla clausola penale. Il riconoscimento di questo tipo di misure, come confermato dalla loro espressa contemplazione in precipue disposizioni codicistiche, non ha trovato nel tempo peculiari ostacoli.

Le sanzioni civili di tipo punitivo, invece, ossia quelle misure sanzionatorie che non siano state stabilite convenzionalmente ma che conseguano ad una previsione legislativa o giurisdizionale, solo di recente hanno trovato rinnovato vigore e destato l'interesse interpretativo della dottrina in uno con il superamento dell'ostilità che, come già ampiamente approfondito, hanno da sempre accompagnato l'applicazione delle stesse.

Una delle prime occasioni in qui questa problematica venne consapevolmente affrontata fu l'incontro di studi sulle pene private tenutosi a Pisa nel 1984.

In quel contesto si mise in rilievo per la prima volta come tra le pieghe Codice Civile del 1942 si annidassero, più o meno vistosamente, istituti dalla valenza precipuamente punitiva e come nei contesti ordinamentali stranieri i *punitive damages* non rappresentavano più da tempo un istituto sconosciuto. Si pose per la prima volta e in maniera compiuta mente al concetto di pena privata. Un istituto ormai del tutto affrancato dalla sanzione strettamente penale ma che della stessa condivide l'appartenenza all'universo delle sanzioni giuridiche differenziandosene, invece, in negativo. Per usare le parole di Moscati infatti

"*dall'area della pena privata è destinata a rimanere fuori la pena prevista direttamente dalla legge*"[191].

Già quindi intorno alla metà degli anni '80 era chiaro che se uno spazio avesse dovuto essere riconosciuto ai danni punitivi e alle pene private questo si sarebbe dovuto ricavare per sottrazione, essendo lo scopo funzionale delle pene private quello di operare sempre e pur sempre nel contesto del diritto privato senza mai essere tangente con sfera della libertà personale.

Né per questo tale considerazione poteva venire meno per la ragione, che in effetti veniva evidenziata, che alcune pene private non risultano estranee, sia pure indirettamente, ad una forma di controllo sociale ben potendo in alcuni casi essere il frutto di una iniziativa giudiziale.

Tale controllo sociale delle pene private è infatti eventuale e in ogni caso non permette un'assimilazione con la pena di tipo criminale essendo diverse le *rationes* alla base dell'una e dell'altra nonché i differenti beni giuridici che le stesse sono chiamate a tutelare.

Se l'obiettivo doveva essere di dare al danneggiato quanto lo stesso avesse perso e niente di più, in un orizzonte oltre il quale l'illecito aquiliano non poteva spingersi, ben presto tuttavia questo obiettivo, corretto e lodevole nei presupposti (evitare disparità di trattamento attraverso un ingiusto arricchimento del danneggiato da un lato e un atteggiamento repressivo verso il danneggiante), si rivelò cedevole nell'applicazione pratica.

Il proliferare di voci di danno dai profili sfumati cominciava a testimoniare la fallace tenuta della *differenztheorie*. Ci si accorse ben presto che il principio di integrale riparazione non sempre riusciva a rendere giustizia al danneggiato soprattutto nei casi di lesione di valori della persona di tipo aredittuale.

Del resto se la teoria dell'integrale riparazione poteva risultare vantaggiosa per garantire e promuovere lo sviluppo delle imprese e delle industrie

---

[191] MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata* in BUSNELLI – SCALFI, *Le pene private,* Milano, 1985 p. 245 e ss.

(sarebbe stato sconveniente per il mondo imprenditoriale confrontarsi con una realtà giuridica che lasciava consistente spazio ad un sistema di responsabilità civile non prevedibile in quanto non parametrato al *quantum* del danno causato ma basato su criteri di tipo anche sanzionatorio che rendevano incerto in eccesso l'importo della riparazione), ben presto tale sistema risultò disfunzionale non solo, ad esempio, per il privato leso nella sua sfera interiore, ma anche per far fronte alle esigenze di una società moderna[192].

3.2. Gli istituti intermedi tra funzione compensativa e funzione punitiva

Gli ultimi anni segnano invece la chiusura di questo andamento circolare con un ritorno, per altra via, ad una concezione anche sanzionatoria dell'illecito aquiliano pur senza misconoscere le acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali fino all'ora consolidate e ferme nel ritenere il 2043 c.c. una norma primaria.

È come se, raggiunto l'apice, illecito aquiliano fosse andato incontro ad una sorta di parabola discendente al fine di lasciare il posto ad altri istituti in grado di meglio interpretare i rinnovati fenomeni sociali [193].

La parabola della responsabilità civile, già da prima dell'avvento dei danni punitivi era stata descritta da Busnelli sul finire degli anni '80 come espressione di un istituto che ha conosciuto tre fondamentali stagioni: la prima è stata contraddistinta dal tentativo di superare la massima "nessuna responsabilità senza colpa"; nella seconda invece il tentativo degli interpreti si è concentrato sull'obiettivo di allargare la sfera degli interessi protetti: come accennato da una

---

[192] PONZANELLI, *La responsabilità civile,* Bologna, 1992 p. 247.

[193] GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 4. Sull'insufficienza del ruolo dell'assicurazione quale strumento totalmente alternativo alla responsabilità civile, cfr. CALABRESI, *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.

visione estremamente restrittiva che considerava risarcibili solo i diritti assoluti, si è giunti fino a riconoscere la risarcibilità degli interessi di mero fatto, della *chances* e dei diritti di credito; la terza fase ha infine visto un approfondimento dei temi del danno alla persona[194].

In questo andamento circolare della responsabilità civile, prima di arrivare ad analizzare le sentenze che hanno dato la stura al riconoscimento dei danni punitivi ricercando negli istituti civilistici alcune pieghe sanzionatorie, appare interessante soffermare l'attenzione su alcune fattispecie per così dire, intermedie.

La progressiva apertura verso il riconoscimento della polifunzionalità della responsabilità civile non è stata immediata. L'allargamento del sistema è stato possibile grazie al progressivo sviluppo di istituti complementari alla sistematica dell'illecito e funzionali soprattutto a definire il *quantum* del danno e a gestire il cd. costo sociale degli incidenti: il riferimento va alle assicurazioni sociali e al sistema di previdenza[195].

Alla base vi è la presa di coscienza che il principio *tutto il danno e nient'altro che il danno,* lascia francamente insoddisfatti in tutti quei casi in cui, solo per fare un esempio tra molti, il vantaggio e l'utilità conseguita per il tramite della condotta illecita risulti proporzionalmente maggiore rispetto al danno patito dal soggetto passivo dell'illecito.

Si tratta di una problematica che verrà approfondita quando di parlerà di *disgorgement* (vedi paragrafo 3.16 del corrente capitolo) ma che basterà qui accennare solo per sottolineare la *ratio* posta alla base non solo del ritorno in auge dei danni puntivi in tempi recentissimi, ma anche della ragione dell'emersione di questi istituti posti a mezza via tra la funzione risarcitoria e quella riparatoria.

---

[194] Per un'approfondita e illuminante considerazione sul tema si veda il contributo di BUSNELLI, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista* in BUSNELLI – SCALFI (a cura di), *Le pene private,* Milano, 1985; BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private,* in *Le pene private,* op. cit. p. 240.
[195] CALABRESI, op. cit. p. 22 e ss.

Sembra quasi che si stia tendendo verso il superamento di quello che per lungo tempo è stato considerato come il limite invalicabile della responsabilità civile, ossia il principio dell'integrale riparazione del danno basato sulla secolare *Differenztheorie*[196].

3.3. Le prime pronunce italiane in materia punitive damages e il problema dell'exequatur: la (doppia) mancata occasione per il riconoscimento dei danni punitivi nei casi Fimez Spa e Ruffinatti

Nel contesto giuridico italiano il vero dibattito sui danni punitivi, dapprima solo teorico, ha assunto una particolare cogenza nel momento in cui si era fatto sempre più urgente il problema del numero crescente di sentenze straniere, nella maggior parte dei casi statunitensi, recanti condanne a danni punitivi.

Per comprendere questo assunto risulta essenziale una breve premessa sulle origini dei *punitive damages.*

Per quanto l'emersione di istituti con funzione precipuamente punitiva (si veda l'art. 96 comma ter c.p.c.; l'art 709 ter c.p.c., l'istituto della clausola penale, etc.) sia stato anticipato, da istituti per così dire di precursione, i danni punitivi, da intendersi come fattispecie autonoma e autosufficiente, affondano le loro radici nei sistemi di *common law* e in particolare nell'Inghilterra del XIV e XVII.

Sebbene la loro genesi vada geograficamente collocata in Inghilterra, il massimo sviluppo dei danni punitivi, come si vedrà, si è avuto negli Stati Uniti per poi diffondersi anche in altri ordinamentali di *common law*, dove ad oggi hanno raggiunto probabilmente il massimo grado di espansione.

Due sono state le linee di indirizzo che hanno permesso, dapprima nei sistemi di *common law*, lo sviluppo dell'istituto in esame. Da un lato l'emersione di nuove

[196] BUSNELLI – PATTI, *Danno e Responsabilità civile,* Torino, 2013, p. 40 e ss.
.

forme di responsabilità oggettiva; all'estremo opposto, lo sviluppo di una concezione dell'illecito che andava ad esasperare maggiormente l'elemento soggettivo del danneggiante, ponendo l'accento sulla sua *malice,* in modo da poter giustificare l'irrogazione di una condanna con sfumature sanzionatorie e stigmatizzanti.

Si tratta a ben vedere di due linee di indirizzo esattamente opposte e parallele tra di loro che tuttavia sono state, in diversi momenti e con diversi approcci, funzionali alla crescita del dibattito sui *punitive damages*.

Le ragioni che stanno alla base dello sviluppo dei danni punitivi proprio all'interno dei sistemi di *common law* vanno ricercate nella forte commistione, propria di questi sistemi, tra diritto civile e diritto penale, nella consapevolezza che "*i danni esemplari…sono assegnati correttamente ogniqualvolta sia necessario insegnare a chi ne è l'autore che l'illecito non paga"*[197].

In tale contesto il danno punitivo divenne il vero e proprio simbolo di questa mescolanza tra le tue branche del diritto per il tramite di quella che è stata definita come un' "usurpazione" delle regole tipiche del diritto penale da parte del diritto privato al fine di muovere un giudizio di sicuro biasimo nei confronti del danneggiante [198].

Del differente percorso e sviluppo che hanno conosciuto i *punitive damages* nei sistemi di *common law* si dirà meglio nel prosieguo; basti qui considerare come nei sistemi di *common law* la necessità, sempre più avvertita, di tutelare nuove posizioni giuridiche nascenti attraverso l'individuazione di nuovi rimedi risarcitori ha portato inizialmente ad una bipartizione del sistema risarcitorio. Da un lato vi erano i *compensatory damages* risarcimenti deputati ad una piana funzione riparatoria; dall'altro i *non compensatory damages*, che non, essendo

---

[197] MORKESINIS, DEAKIN, *Tort law,* in Oxford University Press, 1994.

[198] MARIOTTI, MASINI, CAMINITI, *Danni punitivi. Profili giuridici e assicurativi dopo la sentenze 16601/2017 delle SS.UU. della Corte di Cassazione,* Sant'Arcangelo di Romagna, 2018, p. 30 e ss.

votati alla riparazione del patrimonio del danneggiato, disvelavano un marcato intento punitivo e deterrente.

La differenza, lungi dal tradursi in effetti meramente economici per le sfere di interesse del danneggiante e del danneggiato finiva, per ripercuotersi anche sul piano dell'*onus probandi*, notevolmente più leggero e snello in relazione ai danni di tipo punitivo che potevano essere comminati, nel loro ammontare, sulla base della discrezionalità del giudicante.

Indubbiamente poi, nel dibattito che ha visto la nascita e lo sviluppo dei danni punitivi nel loro sistema di origine, un'attenzione particolare, come anticipato, è stata dedicata all'elemento soggettivo.

Questa valorizzazione dell'elemento dell'imputabilità e della colpevolezza trova riscontro in quella che è stata definita come la concezione etica della responsabilità civile. Come già anticipato, infatti, alla base di questa teoria riposa l'idea che il dovere di non ledere gli altri sia un vero e proprio dovere morale, un dovere discendente dal diritto naturale e in quanto tale condensato nel sentimento giuridico dei consociati. In tale contesto, intanto potrebbe muoversi un rimprovero all'autore dell'illecito in quanto lo stesso abbia tenuto un comportamento biasimevole e riprovevole e ne abbia percepito il contenuto in condizione di totale libertà e capacità psicologica di discernimento. In altre parole, è solo la volontaria e pienamente consapevole trasgressione del precetto posto dalla legge a fondare la legittimità della repressione. La colpa è evidente, in tale contesto risulta essenziale: essa è null'altro che "*l'assenza di quella tensione dello spirito che l'autore del danno avrebbe dovuto avere"*[199].

---

[199] ESMEIN, citato da BIANCA, *La responsabilità civile,* op.cit. p. 547 e ss.; ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, in Rev. trim. dr. civ., 1933, 647 ss.; Sulla stessa lunghezza d'onda si pone RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilite civile extra contractuelle . these pour le doctorat Special en droit civil presentee et soutenue le 10 avril* 1930, Bruxelles: E. Bruylant ; Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930 Secondo cui la colpa è il perno attorno al quale muove tutta la sistematica della responsabilità civile connotando il risarcimento di una ragione profonda e sostanziale che attinge alla sfera del morale.

L'elemento soggettivo della colpa diviene, alla luce dell'impostazione etica, uno stato psicologico e morale, che emerge quando la tensione morale e naturale dell'individuo ad evitare il danno e a prevederlo, viene meno[200].

Infatti, il verificarsi di un accadimento lesivo determina il consolidarsi di due distinte situazioni giuridiche: una nella sfera del danneggiato, compromesso dalla perdita subita, e l'altra nel sistema ordinamentale nel suo complesso e ciò nella misura in cui la condotta del danneggiante sia risultata violativa di determinate regole giuridiche.

Quest'intima relazione tra punizione e colpevolezza, come è stato efficacemente sottolineato, si pone al crocevia tra funzionalismo e paternalismo[201].

Il nucleo costitutivo della potestà punitiva penale o civile in relazione ai risarcimenti sanzionatori trova la sua ragion d'essere e la sua fonte di legittimazione nel giudizio di colpevolezza che permette di giustificare l'inflizione di una sofferenza all'autore dell'illecito. Si tratta di una concezione laica e liberale del principio di colpevolezza che assolve ad una funzione di garanzia individuale coniugando il "*corretto equilibrio tra scopi dell'ordinamento e tutela della libertà di scelta e di autodeterminazione dell'individuo*"[202].

---

[200] DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 1983, p 464:

[201] MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello Statuto Garantistico,* Torino, 2017.
In particolare, l'autore sottolinea come è proprio la circostanza che la sanzione sia avvertita come un male dal reo che rende imprescindibile la valorizzazione della colpevolezza per il fatto che può essere declinata tanto in senso oggettivo, quale disvalore di evento, se l'accento viene posto sulla lesione del bene; quanto soggettivo qualora l'attenzione venga invece spostata sulla condotta riprovevole del reo (disvalore di azione). In definitiva sarebbe proprio "*la tematica della legittimazione sostanziale cui riferire la pena intesa nel suo contenuto intrinseco di sofferenza legalmente inflitta che rilancia in primo piano il giudizio di colpevolezza":* PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena,* citato dall'autore nt. 85.

[202] MAZZACUVA, OP cit. p. 39.

È proprio l'accento sulla condotta maliziosa del danneggiante che permetteva al giudicante di comminare sanzioni slegate, quantitativamente, dall'esatto ammontare del danno arrecato. Non essendo sufficiente un atteggiamento meramente negligente, lo stato soggettivo atto a giustificare la comminatoria di un *punitive damage* poteva solo ravvisarsi in un comportamento di spregio assoluto dei diritti e della persona del danneggiato, in un atteggiamento che è stato efficacemente definito come "*rekless indifference to the rights of others*[203]. In definitiva doveva emergere un comportamento oltraggioso quanto alla natura dell'atto posto in essere dal danneggiante, alle sue modalità e all'estensione temporale.

Il problema si poneva, chiaramente, in relazione alla fase esecutiva e attuativa di tali pronunce, indispensabile per permettere alle stesse di avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano.

La delibazione delle sentenze rese in ordinamenti giuridici stranieri trova disciplina nell'art. 64 della l. n. 218/1995 "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato" che prevede l'automatica esecutività di una pronuncia giudiziaria straniera all'interno dell'ordinamento giuridico italiano al ricorre di alcuni stringenti requisiti tra cui la sussistenza della competenza dell'organo giudicante, la garanzia del contraddittorio tra le parti e del rispetto dei diritti delle stesse e, soprattutto, la compatibilità delle disposizioni contemplate nella statuizione giudiziale con i principi fondamentali, *rectius* – con l'ordine pubblico dell'ordinamento in cui la stessa è destinata a ricevere attuazione[204].

Da problema tutto made in USA, pian piano la questione della riconoscibilità dei danni punitivi ha cominciato a interessare sempre più da vicino le Corti d'oltre oceano; i risarcimenti sanzionatori infatti cominciavano a "premere alle frontiere" rivendicando un ruolo centrale nelle corti giudiziarie[205].

---

[203] MARIOTTI, op. cit. p. 21.

[204] OSTONI, *Italian rejection of punitive damages in a U.S. Judgment,* 24 J. L. & CoM. 245.

[205] MARIOTTI, ibidem, p. 31.

Nell'esperienza giuridica italiana, molto più che altrove, i danni punitivi hanno tardato ad affermarsi in maniera esplicita divisando, tuttavia una chiara contraddizione sostanziale, tra una dottrina inizialmente granitica nell'affermare che non vi fosse in alcun modo spazio per i risarcimento di tipo punitivo e il dato fattuale che vedeva, ad una più attenta analisi, da un lato, già presenti nel Codice Civile istituti dalla valenza punitiva e, dall'altro, il proliferare nel contesto della legislazione speciale di nuovi istituti dalla natura ibrida[206].

Si trattava di una dottrina ancora fortemente tributaria alle antiche teorie costituzionalistiche che avevano fermamente negato la possibilità di ravvisare altra funzione all'illecito civile che non fosse quella di provvedere all'integrale riparazione del danno.

La sentenza della III Sezione della Cassazione n. 1183 del 2007 è stata una pronuncia di rilievo centrale nel percorso evolutivo che ha interessato i *punitive damages*[207] .

In tale occasione la Suprema Corte ha negato il riconoscimento di una sentenza straniera comminatoria di danni punitivi per manifesta contrarietà all'ordine pubblico. Siamo in Alamaba; il caso è quello di un incidente stradale che coinvolge un motociclista. Per inciso, quello del riconoscimento di danni punitivi all'esito di incidenti stradali o per guasti di dispositivi di sicurezza, come nella vicenda in esame, rappresenterà un *leit motiv* delle sentenze maggiormente commentate in materia di risarcimenti sanzionatori.

---

[206] PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly" excessive",* 1997.

[207] PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice,* in *Danno e Resp.* n. 11/2008;

Si legge nelle pagine della sentenza che questo principio della funzione unicamente compensativa dell'illecito extracontrattuale "*vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per cui il risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa"*; si veda anche OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la cassazione non apre,* in *Nuova Giur. Civ. Comm.* n. 9/2007.

Infatti, nella vicenda Fimez, a seguito dell'impatto al suolo in esito ad uno scontro con un veicolo, il motociclista perdeva il casco protettivo a causa di un difetto della fibbia di chiusura dello stesso riportando lesioni gravissime che di lì a brevissimo tempo lo avrebbero condotto alla morte. La causa veniva intentata dagli eredi presso le competenti Corti dello Stato dell'Alabama con successiva estensione del giudizio anche alla ditta che aveva realizzato il casco indossato dal danneggiato: la Fimez Spa con sede in italia. All'esito di un lungo e complesso *iter* giudiziario terminato con un *General Virdict* (il corrispettivo del nostro principio di diritto formulato dalla Corte di Cassazione) la società veniva condannata a risarcire agli eredi del *de cuius* l'astronomica somma di 1 milione di dollari sulla base dell'assunto per cui il mancato funzionamento della fibbia del casco era in diretta correlazione causale con l'intervenuto decesso. E qui si chiude la parentesi statunitense della vicenda.

Oltre oceano i problemi di tipo esecutivo e applicativo. La Corte di Appello di Venezia, competente in quanto giudice del luogo in cui la sentenza era chiamata ad avere attuazione, aveva ritenuto di non poter procedere all'*exequatur* per asserita incompatibilità del risarcimento comminato dalla Corte dell'Alabama nei confronti della società Fimez. L'appiglio normativo era rappresentato, per l'appunto, dall'articolo 64, lettera g della legge del 31 maggio del 1995 n. 218 che prevede che "la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quanto le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico"[208].

[208] L'art. 64 della legge in parola, rubricato "Riconoscimento di sentenze straniere", testualmente recita: 1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge: d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunziata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunziata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un

Sebbene la Corte USA si fosse ben guardata dal qualificare la condanna - come pure avrebbe potuto fare nulla ostando a tale *nomen* l'articolazione delle norme sulla responsabilità propria dell'ordinamento civilistico USA - in termini di danno punitivo, nondimeno la Corte territoriale italiana era giunta alla conclusione che, nella sostanza, la condanna fosse a tutti gli effetti di tipo punitivo e, in quanto tale incompatibile con l'ordinamento giuridico interno e quindi non passibile di trovare esecuzione[209].

All'uopo venivano valorizzati alcuni peculiari indicatori: il considerevole ammontare del capitale di condanna, la mancata enucleazione dei criteri liquidativi di quella somma, la qualifica soggettiva del convenuto: una società e non una persona fisica. Tutti elementi che hanno fatto ritenere alla Corte Veneta che l'ingresso di una pronuncia di condanna di tal fatta si sarebbe tradotta in una palese violazione dell'ordine pubblico interno nella misura in cui avrebbe permesso la comminatoria di una sanzione a tutti gli effetti di tipo penale senza che tuttavia fosse stato garantito il rispetto del principio costituzionale di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione. Un principio immanente all'ordinamento giuridico e per questo costituente il nocciolo duro dell'ordine pubblico interno.

Per la prima volta viene quindi evocato un concetto, quello di ordine pubblico interno, che costituirà un richiamo costante, anche nelle pronunce giurisprudenziali successive, al fine di giungere alla conclusione dell'incompatibilità dei risarcimenti sanzionatori con l'ordinamento giuridico nazionale.

Nel caso Fimez, dopo la conclusione del giudizio di II grado, veniva proposto ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte di Appello di Venezia:

---

processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico".

[209] Si veda App. Venezia, 15 Ottobre 2001 n. 1359, in Giur.it. 2002, p. 1021.

all'esito del giudizio la Suprema Corte confermava la sentenza di secondo grado sbarrando la strada all'ingresso dei *punitive damages.*

La contrarierà all'ordinamento giuridico secondo la pronuncia del 2007 sarebbe consistita tutta nel fatto che alla responsabilità civile italiana è assegnata una funzione tipicamente compensativa volta a restaurare la sfera del danneggiato. La condanna inferta dalla Corte dell'Alabama presentava, invece connotati unicamente sanzionatori nei confronti dell'Azienda produttrice del casco. Tale funzione sanzionatoria sarebbe, invece, demandata esclusivamente al diritto penale che potrebbe svolgere una funzione repressiva in omaggio ai principi costituzionalmente rilevanti di legalità e tassatività della fattispecie penale; per tale ragione la pronuncia statunitense non ha passato il vaglio prodromico all'*exequatur*. Consentire allo strumento risarcitorio civilistico un margine operativo modulato alla stregua di quello previsto per le fattispecie penalistiche significherebbe andare contro l'ordine pubblico e in specie contro i suddetti precetti di matrice costituzionale.

Si tratta della prima mancata occasione per dare ingresso in Italia ai risarcimenti di tipo sanzionatorio. La decisione in parola non è, infatti, esente da alcune considerazioni critiche: la sentenza infatti, aveva mostrato di ignorare del tutto gli indici normativi di segno contrario all'orientamento negazionista dei danni punitivi per asserita contrarietà all'ordine pubblico.

Tra questi, in particolare, e per citarne solo alcuni, l'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale che condensa la disciplina della retroversione degli utili, e l'art. 158 della legge sul diritto d'autore di cui si dirà diffusamente di seguito.

Non solo. La sentenza ha mancato di prendere in considerazione "il varco aperto (in chiave punitivo/sanzionatoria) nel nostro sistema rimediale dall'azione congiunta di dottrina e giurisprudenza" mostrandosi nient'affatto sensibile al

richiamo, pur suggestivo, di parte ricorrente al danno morale e alla clausola penale[210].

Sulla stessa linea si è posta anche la sentenza della Cassazione n. 15814 del 2008 nell'occuparsi di compensi professionali degli avvocati ha concluso che "*nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo, non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro (nemo locupletati potest cum aliena iactura)"* [211].

Il sistema sembrava, sul finire della prima decade del 2000, definitivamente inespugnabile.

Ma sarà una successiva pronuncia della Cassazione a segnare una tappa importante in questo lento percorso di affrancamento della responsabilità civile da logiche rigidamente ed esclusivamente compensative. Si tratta di una pronuncia del 2012, il celebre caso Ruffinatti[212].

La rilevanza di questa sentenza riposa tutta nella circostanza per cui la pronuncia era intervenuta all'esito delle peculiari conclusioni rassegnate dalla Corte di Appello di Torino nel settembre del 2009. La Corte di merito aveva infatti, ed è stato in effetti uno dei primissimi casi, dichiarato l'assenza di ragioni

---

[210] Così PARDOLESI, cit. 1071 e SCIARATTA, *La Cassazione su astreintes, danni puntivi e funzione della responsabilità civile,* in *Diritto civile contemporeano,* settembre 2015.

[211] Cass. civ. Sez. II, (ud. 17-12-2007) 12-06-2008, n. 15814, in *pluris*, Cedam.

[212] Si tratta di Cass. civ. n. 1781/2017 annotata da PARDOLESI, *La Cassazione i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* in *Corriere Giuridico* n. 8-9/2012; PONZAENELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e Resp.* n. 6/2012. Nelle pagine della sentenza si legge: «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 condotta» (cfr. Cass. n. 1183 del 2007), principio questo specificamente riferito, seppure nella vigenza della pregressa normativa in tema di delibazione di sentenze straniere, alla verifica di compatibilità con l'ordinamento italiano della condanna estera al risarcimento dei danni da responsabilità extracontrattuale.

ostative al riconoscimento della delibabilità di una sentenza dello Stato del Massachusetts recante la condanna della società Ruffinatti al pagamento della somma di 5 milioni di dollari, aumentati fino a 8 milioni a causa di un elevatissimo tasso di interesse.

Le ragioni della decisione erano state, per vero, determinate dalla assoluta peculiarità del caso oggetto di esame: si trattava di un infortunio sul lavoro occorso ad un giovane operaio di una fabbrica di caramelle. Il ragazzo, trentasettenne all'epoca dei fatti, stava lavorando al macchinario di produzione, un'impastatrice per caramelle - ''toffee pulling machine''- realizzato e commercializzato da una società italiana, la Ruffinatti, quando l'avambraccio destro venne risucchiato tra i rulli della macchina e vi rimase intrappolato per oltre tre quarti d'ora, per giunta ad una temperatura molto alta. L'operaio riportò gravi ustioni e fu costretto a sottoporsi a ben 12 interventi chirurgici nei mesi immediatamente successivi, in esito ai quali egli subì comunque la perdita di alcune dita della mano destra, così riportando una invalidità permanente di rilevante entità, suscettibile di produrre danni di varia natura: fisica e di capacità lavorativa, psicologica e alla vita di relazione. Le motivazioni della sentenza di merito si erano attestate su un duplice ordine di rilievi: in primo luogo, le argomentazioni spese dalla Corte del Massachusetts non avevano indicato a quale titolo quella somma esorbitante, superiore a 20 volte quella richiesta dalla parte danneggiata, fosse dovuta.

Nondimeno la carente motivazione della pronuncia non poteva considerarsi motivo di ostacolo in quanto "è da ritenere che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali non rientri tra i principi inviolabili fissati nel nostro sistema normativo a garanzia del diritto di difesa, stabilendo il primo comma dell'art. 111 Costituzione, che siffatto obbligo prevede, un assetto organizzativo della giurisdizione del quale attiene esclusivamente l'ordinamento interno"[213].

[213] "Vale infatti osservare che la sentenza straniera priva di motivazione (anche ''radicalmente'' priva) non preclude per ciò solo il riconoscimento, atteso che tale elemento della sentenza è

Secondariamente l'elevato capitale di condanna aveva trovato una giustificazione "nell'oggettiva gravità del fatto rappresentato dall'infortunio sul lavoro" senza che il giudice americano avesse fatto alcun riferimento ai *punitive damages*; né del resto ve ne sarebbe stato bisogno secondo i giudici torinesi in quanto quell'elevato importo si correlava alla valorizzazione di altre voci di danno: la giovanissima età del soggetto, il danno biologico permanente patito e la radicale riduzione della capacità di lavoro specifica.

Nondimeno gli Ermellini sono rimasti granitici nel riaffermare, sconfessando le conclusioni della Corte territoriale, l'impossibilità di dare esecuzione nel nostro ordinamento alla sentenza pronunciata dalla Corte Nordameriana in omaggio all'incontestabile monofunzionalità della responsabilità civile propria degli ordinamenti giuridici di *civil law.*

Il riconoscimento del *surplus* risarcitorio che i giudici di Appello avevano ritenuto giustificabile, avrebbe invece rappresentato una forma di arricchimento ingiustificato ex art. 2051 c.c. e avrebbe, nella sostanza, tradito un'inclinazione punitiva.

È stato sottolineato come la pronuncia Ruffinatti abbia rappresentato un "notevole scarto all'indietro" della giurisprudenza italiana che, per vero, dopo la sentenza Fimez, aveva cominciato a manifestare alcune timide aperture confluite poi nella decisione della Corte di Appello di Torino del 2009. Un balzo

---

richiesto unicamente nell'ambito dell'ordinamento nazionale e la sua mancanza, nemmeno per quest'ultimo, può di per sé risultare ostativa alla formulazione del giudicato sul ''decisum''. Si è affermato in giurisprudenza (con statuizione riferita al giudizio di delibazione, ma estensibile alla materia del riconoscimento ex l. 218/95) che: ''può essere dichiarata efficace nella Repubblica una sentenza straniera anche se priva di motivazione, nel senso che la relativa mancanza non costituisce condizione ostativa alla delibazione, vuoi perché la motivazione medesima non è compresa nell'art. 797 c.p.c. tra le condizioni per la suddetta declaratoria, vuoi perché, quando il contraddittorio sia stato assicurato e la sentenza sia passata in giudicato (tanto da dover presumere che i fatti e le questioni di diritto posti a fondamento della decisione vengano considerati non più discutibili dalle stesse parti), è da ritenere che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali non rientri tra i principi inviolabili fissati nel nostro sistema normativo…": così Corte Appello Torino , Sent., 29-09-2009.

indietro non solo perché si tratta di una pronuncia in antitesi con il più recente formante dottrinale e giurisprudenziale[214] che aveva iniziato a socchiudere la porta all'istituto d'oltre oceano, ma anche con lo stesso processo di circolazione e condivisione degli strumenti giuridici nel contesto ordinamentale eurounitario[215].

È a dirsi come in questa pronuncia le argomentazioni vengano prevalentemente spese sul crinale degli istituti di matrice civilistica: il risarcimento ultracompensativo darebbe luogo ad una forma di arricchimento senza causa e si porrebbe in contrasto con le previsioni di cui agli art. 1223 e 1226 c.c. applicabili al fatto illecito in virtù del disposto dell'art. 2056, che vincolano il risarcimento del danno alle conseguenze immediate e dirette con esclusione di forme di apertura ai *punitive damages*; laddove nelle sentenze del 2007 e del 2008 il percorso argomentativo della Cassazione era stato condotto prevalentemente attorno alla distinzione tra ambito applicativo del diritto penale, da un lato, e del diritto civile, dall'altro.

Questa prima differenza in punto di motivazione delle pronunce richiamate, sebbene abbia condotto al medesimo risultato finale, comincia a disvelare una prima, seppur timida, apertura all'istituto giuridico straniero.

Disancorare dalle considerazioni fondate sulla distinzione tra sfera civilistica e sfera penalistica, la conclusione nel senso della non ammissibilità dei risarcimenti sanzionatori, significa piano piano consentire piccoli, ma significativi, spazi di apertura.

Non sono più ragioni prettamente costituzionali o di assoluta contrarietà all'ordine pubblico a fondare il diniego in punto di delibazione, bensì la volontà di evitare contraddizioni all'interno dello stesso sistema rimediale civilistico.

---

[214] Sul punto si veda PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali,* Bari, 2012, p. 162 e ss.

[215] PARDOLESI, op. cit. 1704, riporta alcuni interessanti pronunce delle Corti europee utili a comprendere la ricostruzione della problematica.

.

Il risarcimento deve riconsegnare al danneggiato esattamente quello che ha perso e non sconfinare in un arricchimento privo di causa.

Ad ogni modo, in entrambi i casi è stata persa l'occasione per dare ingresso ai danni punitivi nel nostro ordinamento permettendo la circolazione delle regole giuridiche di matrice internazionale e dando, per tale via, definitivamente atto della valenza plurifunzionale dell'illecito aquiliano. In entrambi i casi la Cassazione si è mostrata forse troppo vincolata al limite del concetto di ordine pubblico omettendo di considerare i cambiamenti e le evoluzioni della cultura giuridica che non può, soprattutto all'indomani della partecipazione dell'Italia all'Unione Europa, essere riguardata come un fatto esclusivamente nazionale da proteggere e non contaminare.

3.4. Il problema delle pene private alla luce della sentenza della Cassazione n. 7613 del 2015 e dell'art. 614 bis c.p.c.

Pene private e danni punitivi: un binomio il cui studio risulta imprescindibile per la comprensione del problema del riconoscimento della plurifunzionalità della responsabilità civile.

Punto di partenza è, senza dubbio, la sentenza dell'aprile de 2015 n. 7613 della Corte Nomofilattica che, nel pronunciarsi in relazione dall'insidiosa problematica delle pene private, ha dovuto affrontare il tema del riconoscimento di *astreintes* previste in altri ordinamenti[216].

L'interrogativo ha riguardato, ancora una volta, il problema della compatibilità dell'istituto in parola con il concetto di ordine pubblico. La risposta positiva data dagli Ermellini nel caso in esame è stata la risultante del progressivo superamento

[216] SCIARRATTA, *La Cassazione su astreintes, danni punitivi e (funzioni della) responsabilità civile,* in *Dir. Civ. Cont. 7* luglio 2015.

di un indirizzo dottrinario ancora granitico nell'affermare l'esistenza di una responsabilità civile con funzione solo e soltanto riparatoria[217].

Tra le pagine della sentenza è dato quindi scorgere, sebbene in nuce, alcuni interessanti spunti che verranno sviluppati un anno dopo dall'ordinanza di rimessione del 2016.

Il caso riguardava la comminatoria, da parte dell'ordinamento belga, di un'*astreintes*, ossia di una misura rimediale funzionale a rendere coattivo e cogente l'adempimento di una determinata prestazione attraverso la previsione del pagamento di una somma di denaro in misura proporzionalmente crescente rispetto alla protrazione nel tempo dell'inadempimento[218]. Il giudizio di delibazione veniva incardinato presso la Corte di Appello di Palermo che valutava come pacificamente ammissibili le conclusioni del giudice di Bruxelles ritenendo quindi compatibili con l'ordinamento interno queste forme di coercizione indiretta[219].

La compatibilità di tale misura con l'ordinamento interno derivava, a parere della Corte, dalla presenza nel contesto normativo interno, di norme con analoga funzione.

Il riferimento era, in primo luogo, all'art. 614 bis c.p.c. rubricato "*misure di coercizione indiretta"*. Tale norma prevede che il giudice, con il provvedimento di

---

[217] "*Le astreintes previste in altri ordinamenti dirette ad attuare, con il pagamento di una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento, una coercizione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, non sono incompatibili con l'ordine pubblico italianorinvenendosene nell'ordinamento statale analoghe previsioni, generali e speciali.*". Così Cass. civ. Sez. I, 15/04/2015, n. 7613 con nota di DI MAJO, *Astreinte - i confini mobili della responsabilità civile,* in *Giur. It.,* 2016, 3, 352.

[218] VENCHIARUTTI, *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno e i punitive damages*? in *Resp. civ. prev*., 2015, p. 1889 secondo cui l'istituto in esame si sarebbe sviluppato per merito dell'attività creativa della giurisprudenza dapprima francese, per poi diffondersi in altri ordinamenti come quello Belga.

[219] Nello specifico si era trattato di un ritardo nella consegna al soggetto sequestratario di alcune azioni rappresentative di capitale di una società. Per una disamina della sentenza di Appello si veda DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana delle astreintes,* in *Corr. Mer.* 2009, p.1181.

condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro può fissare, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Tale norma, è stata introdotta dalla novella del 2009 (l.n. 69 del 2009) al codice di procedura civile con la previsione di uno strumento di coercizione indiretta al fine di incentivare l'adempimento spontaneo degli obblighi che non risultano facilmente coercibili. La novella in parola, come è stato acutamente osservato, ha trasceso i confini meramente processuali per toccare aspetti importanti di ordine sostanziale[220]. Ma non si tratta dell'unico richiamo operato dalla Cassazione: il riferimento va anche alla legge n. 281 del 2006 in materia di intercettazioni telefoniche, alla normativa in tema di marchi e brevetti, alle misure in materia di responsabilità processuale aggravata ex art. 96, comma 3 c.p.c. Ma su queste ipotesi ci si soffermerà diffusamente quando si analizzerà nel dettaglio la motivazione delle Sezioni Unite D'Ascola del luglio del 2017.

A parere della Suprema Corte, la presenza degli istituti in questione all'interno del tessuto ordinamentale allontanerebbe le censure di incompatibilità dell'*astreinte* oggetto di impugnazione con il concetto di ordine pubblico di cui la sentenza ripercorre i tratti essenziali: l'ordine pubblico è un concetto che va interpretato restrittivamente, sulla scorta dell'insegnamento più volte rassegnato dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, identificando lo stesso con i principi cardine dell'ordinamento posti a fondamento della struttura etico-sociale dello Stato.[221] Lo scopo ultimo sarebbe quello di favorire e non ostacolare il processo di integrazione tra Stati. Non basterebbe, pertanto, a fondare un possibile *vulnus* all'ordine pubblico costituito una mera diversità di disciplina

---

[220] CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Il Corriere giuridico* n. 6/2009.

[221] Tra le principali pronunce della Corte di Giustizia si veda: Sent. Del 18 marzo 2000, C-78, Krombach e Sent.dell'11 maggio 2000, C-38/98,

Questa parziale apertura tuttavia non ha permesso alla Corte quell'atteso salto in avanti, che già in questa fase ci si poteva legittimamente aspettare: "*l'ordinanza di condanna all'astreinte, posta a corredo di un obbligo di consegna, non risulta contraria all'ordine pubblico interno dell'ordinamento italiano: l'istituto di derivazione francese ha, infatti, una finalità meramente coercitiva e non punitiva, in quanto è volta a favorire l'adempimento a tutela del creditore e dell'interesse generale all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari*". In definitiva, la presunta compatibilità dell'*astreintes* prevista dall'ordinamento belga non equivale a riconoscere come implicitamente ammissibili nel nostro ordinamento i danni punitivi[222].

Sullo sfondo sono quindi ancora forti gli strascichi delle conclusioni rassegnate nei casi Ruffinatti e Fimez.

Diversamente dai due granitici precedenti, tuttavia, è possibile scorgere in questo arresto del 2015 un piccolo cambio di direzione: la presenza nel nostro contesto ordinamentale di strumenti di coercizione indiretta, non solo il citato art. 614 c.p.c, ma anche l'art. 96 comma 3 cpc. in materia di responsabilità processuale aggravata, l'art. 709 ter in tema di violazione degli obblighi derivanti dalla responsabilità genitoriale, o ancora la disciplina in materia di intercettazioni telefoniche, permetterebbero di guardare al panorama normativo e all'orizzonte della responsabilità civile in maniera diversa e più aperta, senza dover necessariamente riconoscere *sic et simpliciter* l'esistenza di danni punitivi.

Un primo tassello, per il tramite del richiamo a questi istituti, al fine di permettere una riconsiderazione della responsabilità civile in termini più aperti e meno vittimologicamente orientati passa attraverso la distinzione che la cassazione fa tra *astreintes* e danno punitivo.

---

[222] CORSI, *Il sì della Suprema Corte all'astreinte straniera - il commento* in *Danno e Responsabilità n.* 12/2015, p. 1155.

Se infatti risulta innegabile la distanza concettuale e ontologica tra la funzione ripristinatoria e compensativa dell'illecito aquiliano rispetto alla funzione di coercizione indiretta propria delle *astreinte*s, tale differenza sarebbe maggiormente sfumata con riguardo all'istituto dei *punitive damages.*

Entrambi gli istituti, infatti, presentano quale punto di contatto la circostanza di avere come obiettivo primario quello di generare una coazione all'adempimento.

Tuttavia, mentre con l'*astreinte* il risultato pratico sarebbe solo quello di minacciare una conseguenza pregiudizievole in caso di inadempimento di un dato obbligo già posto all'interno dell'ordinamento, nel caso del danno punitivo la garanzia di un adempimento futuro non deriva da un precetto positivo (*positum*, in quanto già previsto dall'ordinamento) ma dalla sanzione per il responsabile.

In altre parole, nel danno punitivo la coazione all'adempimento non costituisce il *proprium* dell'istituto come invece accade nelle astreintes. Nei danni puntivi infatti, mancando un'obbligazione da adempiere, ciò che resta è solo il danno da risarcire[223].

Sebbene tra le righe della sentenza la differenza tra i due istituti, chiara sul piano teorico, risulti meno definita e certa nell'applicazione pratica, il merito della pronuncia, come anticipato, sta tutto nel disvelare, forse davvero per la prima volta, un orizzonte diverso per la responsabilità civile; e ciò, nonostante la Suprema Corte si soffermi sulla disamina di un istituto in parte altro e diverso rispetto a quello dei *punitive damages*.

Tuttavia, proprio il *focus* operato da questa pronuncia sulle misure coercitive indirette permette di apprezzare un primo percorso evolutivo della giurisprudenza della Suprema Corte che sembra voler tributare allo strumento risarcitorio una straordinaria potenzialità espansiva[224].

---

[223] LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei danni punitivi,* in *Danno e Resp.* N. 4/2017.
[224] SCIARRATTA, op. cit. p. 3.

La pronuncia, come vedremo, ha il pregio di rappresentare un vero e proprio ponte di passaggio tra il vecchio e il nuovo permettendo una prima apertura della giurisprudenza verso l'universo dei risarcimenti sanzionatori.

3.5. Pene private, danni punitivi e reato: il triplice volto di un medesimo problema?

Alla luce di quanto evidenziato appare dunque chiaro come il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui danni punitivi non possa non prendere in considerazione l'istituto delle sanzioni punitive private o pene private, non foss'altro in quanto è proprio a partire dall'elaborazione teorica di questo particolare istituto che si sono tracciati i confini tra illecito civile e illecito penale permettendo, per tale via, il permanere in vita del dibattito sui danni punitivi, pure a dispetto degli arresti giurisprudenziali che ne hanno escluso l'ammissibilità[225]. Sgombrato infatti il campo dal pregiudiziale problema qualificatorio delle sanzioni punitive monetarie come vere e proprie sanzioni criminali, è proprio per merito della valorizzazione dell'istituto delle pene private che un dibattito sul tema ha, ad oggi, ragione di esistere[226].

Ma facciamo un passo indietro.

La più autorevole elaborazione scientifica sull'*astreintes* trae, come visto, abbrivio dalla già esaminata Cassazione del 2015 n. 7613.

L'*astreintes*, o penalità di mora, è un istituto mutuato dal diritto francese che prensenta numerosissimi punti di contatto con la tematica dei danni punitivi[227].

---

[225] Per un'illuminante ricognizione dell'istituto in parola si veda PATTI, *Pena Privata,* in Dig. Disc. Priv., Torino, 1995, 349 e ss; MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata,* in *Riv.Dir Civ.,* 1985 pp 511 e ss.

[226] PONZANELLI, *I danni punitivi* in *Nuova Giur. Civ. Commentata,* 2008 p. 25.

[227] In Francia il primo caso emblematico è rappresentato da una decisione del Tribunale di Gray del 1811: qui il giudice aveva condannato la parte convenuta al compimento di una ritrattazione

Affonda le radici nella dottrina di ispirazione liberale di fine Ottocento. Le *astreintes* consistono in un obbligo, imposto dal giudice alla parte inadempiente, al pagamento di una determinata somma di denaro correlata ai giorni per cui perdura l'inadempimento. Le *astreintes* sono quindi collegate ad un dato temporale più che qualitativo. Non assume tanto importanza il requisito della gravità in sé dell'inadempimento quanto la circostanza che lo stesso perduri per un numero determinato di giorni. Per ogni giorno di mancata corresponsione del dovuto, sarà dovuta una penale.

Così qualificate le *astreintesi,* è possibile collocarle tra le forme di coercizione indiretta inducendo le stesse, ex post, all'adempimento. Nello svolgere questa funzione l'istituto in parola finisce anche per assolvere ad un compito di sanzione per l'inadempimento verificatosi. Sanzione e coazione, dunque, nell'*astreinte* vanno a fondersi. La funzione tipicamente riparatoria sembra, ed effettivamente lo è, essere tagliata del tutto fuori.

Nella misura in cui, infatti, terreno di elezione dell'istituto è quello processuale, civilistico o amministrativistico, il valore primario tutelato non sarà più quello dell'integrità patrimoniale del danneggiato, bensì quello dell'effettività della tutela giurisdizionale a fronte o della mancata o intempestiva esecuzione della prestazione da parte del debitore, sul versante civilistico, oppure della mancata esecuzione delle sentenze emesse dal giudice amministrativo[228].

In tal modo la penalità di mora si va ad aggiungere e non a sostituire all'importo risarcitorio da corrispondere al danneggiato. In ambito processuale, il riferimento più prossimo e calzante va, come anticipato, all'art. 614 c.p., laddove nel processo amministrativo è l'art. 114 comma 3 del Codice del Processo Amministrativo a meglio riassumere le caratteristiche fondamentali del fenomeno[229].

---

pubblica e, in mancanza, al pagamento conseguente di una determinata somma per ogni giorno di ritardo.

[228] BOVE, *La misura coercitiva di cui agli art. 614 bis c.p.c.,* in *Riv. Trim. dir. proc.,* 2010, p. 781.

[229] Non si tratta delle uniche misure che l'ordinamento conosce. Al di fuori dell'ambito processualcivilistico si possono riportare diversi esempi di misure funzionali a coartare

Il concetto di pena privata, secondo alcuni, sarebbe un terzo e diverso aspetto del problema.

Come si vedrà quando si analizzeranno gli istituti civilistici della caparra confirmatoria, della clausola penale e della responsabilità processuale aggravata di cui all'art. 96, comma 3 c.p.c, si tratta di sanzioni di tipo patrimoniale che trovano impiego nell'ambito dell'autonomia contrattuale delle parti. Si tratta di istituti peculiari che inglobano caratteristiche coattive, al pari delle misure coercitive indirette riconducibili alle *astreintes*, e caratteristiche sanzionatorie.

Valga qui anticipare come l'aspetto più interessante del problema relativo alla classificazione delle pene pecuniarie private riguarda il rispetto del principio di legalità e se, in particolare, lo stesso debba essere inteso in senso forte o in senso debole. Come autorevole dottrina ha avuto occasione di rilevare, la base giustificativa dell'intervento normativo civilistico riposerebbe non tanto nell'art. 25 della Costituzione quanto invece nell'art. 23 che prevede che nessuna prestazione personale o patrimoniale possa essere imposta se non in base alla legge portando per tale via a concludere che "la disciplina delle pene pecuniarie private – sebbene non soggiaccia al canone di stretta legalità – risulta comunque informata da un vincolo di legalità *tout court,* da un principio di legalità in senso lato. Segnatamente, tale vincolo si esplica nei riguardi del legislatore, imponendogli di enunciare i casi in cui le prestazioni sanzionatorie in parola

---

l'adempimento mediante minaccia di una sanzione economica. Si allude all'ultimo comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in base al quale il datore nelle ipotesi di illegittimo licenziamento, è tenuto al pagamento di una somma parametrata alle retribuzioni dovute dal momento del licenziamento fino a quello dell'effettivo reintegro ordinato del giudice o ancora "L'art. 140, settimo comma, del Codice del consumo, prevede l'applicazione di sanzioni pecuniarie per il caso di inadempimento del professionista a fronte di pronunce rese dal giudice civile su ricorsi proposti dalle associazioni di tutela degli interessi collettivi in materia consumeristica": così VOLPE, op. cit, che cita a proposito dell'art. 140 del Codice del Consumo ARMONE, Aa.Vv., *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, 5a ed., Milano, 2019, p. 1500.

possono essere liquidate e di definire – seppure a grandi linee – i confini della fattispecie illecita”[230].

Questa ulteriore differenziazione, qui solo anticipata, rende ragione della complessità del fenomeno e di come l’orizzonte della responsabilità civile risulti eccezionalmente composito e variegato.

3.6. Focus. illecito civile e illecito penale a confronto: la ratio sottesa alla concezione meramente compensativa della responsabilità civile all’indomani dell’approvazione del codice del 1942

Ad oggi l’art. 2043 c.c. fonda un sistema di responsabilità che ruota attorno al concetto di fatto illecito; la prospettiva di stampo eminentemente soggettivistico ha lasciato nel tempo il passo alla valorizzazione dell’elemento oggettivo del 2043 c.c., ossia il fatto.

Occorre tuttavia fare una precisazione. La stessa prospettiva soggettivistica che ha condizionato e tutt’ora, a ragione, condiziona la concezione della responsabilità civile, ha subito una rivoluzione copernicana.

Se inizialmente, dopo l’approvazione del codice del 1942, l’art 2043 si concentrava sulla figura del responsabile del danno, amplificando il rilievo della colpa e del dolo, successivamente l’approccio è mutato: a venire in rilievo è stato il concetto di ingiustizia del danno arrecato a terzi per effetto della lesione non solo di diritti assoluti ma anche di diritti relativi e persino di interessi di mero fatto.

Tuttavia, quella primigenia concezione soggettivistica si sposava con una prospettiva sanzionatoria plasmata sul modello dell’art. 1151 del codice civile previgente: al centro dell’indagine veniva posto il danneggiante che con il suo

---

[230] DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitvi»,* Milano, 2019 p. 193.

atteggiamento colpevole e quindi da sanzionare aveva realizzato una lesione della sfera giuridica del danneggiato.

Ad essere considerato ingiusto era il fatto e non il danno.

La modifica successiva, con la Relazione del Guardasigilli al Codice Civile e lo stravolgimento dell'impostazione sistematica della norma, ha dato la stura ad un ripensamento della funzione della responsabilità civile ora intesa solo in senso reintegratorio e compensativo.

Da qui l'inarrestabile esplosione dell'istituto a partire dal riconoscimento della sola tutela dei diritti assoluti per arrivare fino alle situazioni di mero credito.

Si è parlato di un vero e proprio "successo della responsabilità civile".

Le ragioni che inizialmente erano poste a sostegno di questa avversione per il riconoscimento di istituti di matrice sanzionatoria si sostanziavano nell'esigenza, all'ora avvertita come centrale, di evitare qualsiasi forma di commistione tra illecito civile e illecito penale.

Non è mancata tuttavia qualche voce fuori dal coro che ha ricondotto già alle intenzioni del legislatore del 1942 la costruzione di una responsabilità polisemica, non per il tramite dell'art. 2043 c.c. ingabbiato da una forte e autorevole impostazione dottrinale che, interpretandolo in termini di pura compensazione, lo aveva costretto in confini piuttosto angusti, ma attraverso le maglie dell'art. 2059 c.c. quale norma di chiusura del sistema.

È proprio a partire da tale disposizione che già all'indomani dell'approvazione del codice civile era stato possibile cominciare a porre le basi di quello che sarebbe stato il futuro dibattito sulla natura polifunzionale, e quindi soprattutto sull'anima deterrente, della responsabilità civile.

Tale norma infatti, nel prevedere un sistema tipico e chiuso di risarcimento dei danni non patrimoniali "nei soli casi previsti dalla legge" avrebbe ammesso implicitamente una forma di repressione con carattere anche preventivo[231].

---

[231] QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile,* in *Danno e Responsabilità* n. 1/2019.

L'art. 2059 c.c. infatti, nel suo originario significato e scopo, aveva l'essenziale e preminente funzione di salvaguardare non tanto la sfera della persona lesa quanto gli equilibri di cui era espressione il potere dello Stato, proprio nella misura in cui l'offesa ai diritti non patrimoniali dell'individuo finiva per tradursi in una violazione dell'ordine giuridico costituito.

Tale offesa se poteva considerarsi tanto più forte nelle ipotesi di reato (il primo rinvio che fa la relazione al codice è proprio all'art. 185 del codice penale) così da giustificare, senza remora alcuna, un fine repressivo che si sarebbe aggiunto a quello perseguibile con la sanzione prevista dal codice penale, manteneva la sua inclinazione quasi delittuosa anche negli altri in casi in cui un reato non fosse venuto in rilievo ma il valore in gioco dei beni lesi, unitamente, eventualmente, ad un comportamento particolarmente odioso del danneggiante, avrebbe ugualmente giustificato la comminatoria di una sanzione punitiva.

I più illuminati fautori della concezione unicamente compensativa della responsabilità civile ritengono che ciò non sia di per sé in antinomia con l'indiretta attribuzione alla stessa norma di una funzione deterrente dovendosi ritenere la compensazione una forma di sanzione per il soggetto danneggiante[232].

È stato iconicamente scritto che Il fascinoso fenomeno giuridico dei "*punitive damages*" sembri collocarsi in una zona di limbo tra i confini propri del diritto civile e quelli del diritto penale[233].

Discutere a proposito del confine tra funzione retributiva e funzione sanzionatoria di una determinata disposizione giuridica significa scomodare un annoso dibattito, risalente alla raffinata elaborazione dottrinale di Norberto Bobbio, sulle reazioni che l'ordinamento giuridico è in grado di predisporre in caso di violazione dei precetti che dallo stesso sono stati posti[234].

---

[232] TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* Milano, 1961, p. 34 e ss.

[233] OWEN*, The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, 705; ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, in *S. Cal. L. Rev*., 1982-1983.

[234] BOBBIO, *Sanzione,* in *Noviss, Dig,, XVI,* Torino, 1969.

All'indomani dell'opera interpretativa volta ad affrancare definitivamente l'illecito penale da quello civile si assiste, più di recente, ad una commistione e compenetrazione di istanze tipicamente punitive nella sistematica del risarcimento del danno da illecito civile.

Sull'altro versante è possibile, del pari, registrare la progressiva implementazione di strumenti di contrasto a varie forme di criminalità minore di tipo compensativo più che repressivo.

Si tratta di un'osservazione ripresa in tempi più recenti e basata sulla considerazione per cui la differenziazione tra punizione, teoricamente appannaggio del solo diritto penale, e compensazione afferente invece alla sistematica civilistica del risarcimento del danno, sarebbe, per l'appunto, solo dogmatica dovendosi confrontare nella pratica con la presenza di misure civilistiche dai connotati palesemente afflittivi, come lo stesso danno non patrimoniale[235].

Questa peculiare configurazione di alcune sanzioni civili spiega come le stesse a più riprese siano state approfondite dalla stessa letteratura penalistica[236].

Resta inteso come, sebbene questa tendenza alla commistione di istituti giuridici nel civile e nel penale risulti innegabile, non di meno risulta essenziale individuare dei tratti distintivi che mantengano le sanzioni civili pur sempre nel contesto del diritto privato. Diversamente ragionando, se cioè anche determinate misure risarcitorie potessero essere considerate alla stregua di pene, dovrebbero, per poter continuare a sopravvivere nel panorama giuridico ed essere compatibili

---

[235] QUARTA, op. cit. p. 57 e ss. che ripercorre quelle tesi che pongono in risalto, nel contesto dell'illecito civile, la colpa al fine di riconoscere all'istituto di cui si discute una finalità afflittiva.

[236] Soprattutto nell'ambito della teorica della prevenzione – integrazione la tematica delle sanzioni civili con connotati penalistici ha trovato terreno fertile. Sul punto si veda FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno,* Milano, 1999, 279 e ss. E ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della prova,* in *Riv. Dir. proc. Pen.* 1987 15 e ss il quale riconosce come l'illecito civilistico assorba in sé, al pari della pena considerata nella sua valenza rieducativa e quindi in un'ottica di prevenzione generale, la capacità dissuasiva volta a orientare in senso positivo, per il futuro, la condotta dei consociati. Non solo. Al risarcimento del danno sarebbe ascrivibile anche una funzione di prevenzione speciale nella misura in cui crea un momento di confronto tra autore del danno e vittima.

con la Costituzione, rispettare i principi posti a presidio della materia penalistica: si tratta, come noto, del principio di legalità, di tassatività e di determinatezza che della legalità stessa costituiscono i corollari.

Infatti, se la sanzione civile, pur quando connotata da sfumature deterrenti, ha come obiettivo fondamentale la *restitutio in integrum* del danneggiato, ben si comprende come la funzione repressiva sia una funzione in qualche modo solo riflessa e collaterale rispetto al primario scopo compensativo. A determinare un momento distintivo infatti, sarebbe il rango dell'interesse leso: se si tratti di un diritto fondamentale e inviolabile o di un diritto di tipo patrimoniale.

Detta in altri termini, il risarcimento del danno in sé considerato non potrebbe svolgere una vera e propria funzione punitiva in quanto, tanto le modalità di aggressione al bene giuridico tutelato, quanto la tipologia del bene stesso, non inciderebbero sul *quantum* risarcitorio[237].

Laddove invece questo collegamento venisse meno e il risarcimento finisse per essere parametrato *in toto* al disvalore del fatto, allora il carattere punitivo tornerebbe ad essere preminente e di illecito civile in senso proprio non si potrebbe più parlare con evidenti conseguenze anche sul piano degli interessi moratori[238].

La disciplina degli interessi moratori è, come noto, prevista a tutela del danneggiato che sia rimasto privato della possibilità di godere delle utilità

---

[237] QUARTA, ibidem, p.66

[238] GAETANO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione,* luglio 2010*;* MAZZACUVA, op. cit. p. 143 e ss. L'autore in particolare richiama la disciplina dettata in materia di sanzioni amministrative dal d.lgs. n. 472 del 1997, rubricata "Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell'articolo 3, comma 133, della legge 23 dicembre 1996, n. 662" che all'art. 2 comma 3 prevede che "la somma irrogata a titolo di sanzione non produce interesse", sebbene la disciplina prevista dalla legge 698 del 1981 di fatto riconosca, per altra via, gli interessi moratori prevedendo una forma di maggiorazione semestrale. L'art. 27 comma 6 recita infatti "Salvo quanto previsto nell'art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti".

derivanti dalla disponibilità della somma di denaro, quale bene fruttifero, che gli spetterebbe in conseguenza del danno patito e avendo maturato il diritto al risarcimento. A venire in rilievo non è tanto il disvalore del fatto quanto la necessità di ristorare la vittima anche delle ulteriori conseguenze connesse all'illecito. Il presupposto è pertanto la sussistenza di un rapporto duale e sinallagmatico tra danneggiante e danneggiato in virtù del quale il secondo avrebbe ragione e titolo di pretendere dal primo la corresponsione della somma parametrata alla perdita subìta e maggiorata degli interessi moratori.

Fatte queste considerazioni preliminari e dato atto dei tentativi di separazione tra le due sfere, nonostante la chiara presenza di elementi di commistione, non è superfluo sottolineare come il danno punitivo trovi terreno fertile proprio in quei contesti ordinamentali e in quei sistemi giudiziari in cui la distinzione tra diritto civile e diritto penale risulta labile e sfumata e l'un rimedio implementa e arricchisce l'altro[239].

Il recente intervento normativo scolpito dalla legge n. 67/2014 ha dato una spinta al processo di apertura alle sanzioni punitive civili. La legge in esame rubricata "deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili" ha previsto la comminatoria di sanzioni civili per determinati reati, quindi depenalizzati.

Non pochi hanno sottolineato come questo intervento si fosse configurato come una vera e propria truffa delle etichette nella misura in cui tali sanzioni, a tutti gli effetti, mal celavano un chiaro intento repressivo in quanto risultavano, da un lato, slegate dall'entità del danno patito dal danneggiato e, dall'altro, connesse a caratteristiche di stampo soggettivo quali la personalità e le condizioni economiche del reo; di fatto finivano per essere parimenti afflittive, alla stregua della previgente previsione penalistica. La declinazione, poi nei fatti solo

[239] SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile,* Torino, 2018.

nominale, di tali misure in senso civilistico sarebbe valsa più che come indicatore della natura di tali istituti, solo a segnalare la necessaria iniziativa di parte e la competenza in capo al giudice civile[240].

La giurisprudenza in materia di sanzioni irrogate dalla Consob è in tal senso esplicativa. In un'altalena interpretativa che ha visto queste sanzioni ora ricondotte nei dettami della pena ora in quelli della sanzione civilistica, i più recenti interventi sembrano qualificarle proprio alla stregua di danni punitivi[241].

Sul versante specularmente opposto a quello che vede una sempre maggiore crescita e espansione di istituti civilistici dai connotati repressivi e sanzionatori, a sfumare maggiormente i confini tra esigenza punitiva e repressiva, interviene il tentativo di individuare tecniche di politica criminale alternative e sostitutive delle pene di tipo detentivo. Si tratta infatti di misure tipo riparatorio e compensativo a tutto beneficio dell'efficacia dissuasiva e della accettazione sociale delle stesse. Su questo versante si muovono le acquisizioni della giustizia riparativa che affronta le esigenze di politica criminale muovendo dall'assunto per cui il migliore esercizio della potestà punitiva si attaglierebbe alla comminazione di misure essenzialmente riparatorie.

Tra questi istituti promossi dalla *restorative justice* si possono annoverare quello previsto dall'art. 162 – ter o l'art. 322 quater c.p., nonché l'istituto della messa alla prova.

Individuato il quadro interpretativo di riferimento non appare, a questo punto, superfluo soffermarsi su quell'orientamento dottrinale secondo cui lo "sdoganamento" delle sanzioni punitive civili rappresenterebbe un'altra e diversa via del processo di depenalizzazione. Tale aspetto ha fatto sì che la tematica dei

---

[240] Per tale assorbente ragione, la depenalizzazione non avrebbe fatto venire meno l'esigenza di uno stretto ancoraggio ai principi posti a presidio della materia penale quale quello di colpevolezza e legalità.

[241] DELLA VECCHIA, *Il nuovo sistema sanzionatorio bancario e finanziario: abrogazione dell'obbligo di regresso e irretroattività della lex mitior,* in *Le Società* n. 8-9/2018.

punitive damages impegnasse il lavoro interpretativo non solo degli studiosi dell'illecito aquiliano, ma anche dei penalisti[242].

Non è del resto un caso che alcuni tra i più illustri penalisti si siano occupati con grande attenzione del tema delle pene pecuniarie denunciando "*il desolante contrasto, nel nostro ordinamento, tra le astratte ingenti potenzialità e le concrete miserie applicative*"[243].

Occorre però sgombrare il campo da un equivoco: nello specifico settore del diritto penale parlare di pene pecuniarie, da un lato, e di risarcimento del danno con funzione punitiva, dall'altro, non equivale a trattare di medesimi istituti giuridici appellandoli con nomi diversi.

Il risarcimento del danno per il diritto penale non è una pena e questo lo si può affermare anche all'indomani delle SS.UU. del 2017 che, lo si sottolinea ancora una volta, hanno cambiato tutto per non cambiare in realtà nulla.

Significativo come ancora all'inizio degli anni '60 fosse avvertita come indispensabile la necessità di operare *un'actio finium regundorum* tra illecito penale e illecito civile: l'illecito penale consisterebbe in quel comportamento disapprovato in quanto tale dall'ordinamento e sanzionato con la punizione personale dell'autore dello stesso; quello civile, invece assumerebbe rilievo per gli effetti prodotti nella sfera dell'ordinamento giuridico e del danneggiato, effetti che devono essere neutralizzati.

In ottica prettamente penalistica la pena pecuniaria è venuta ad assumere un ruolo di maggiore rilievo nei sistemi penali moderni in tutti quei casi in cui la comminatoria della sola sanzione detentiva non si fosse rivelata efficacemente dissuasiva.

Per tale ragione, se comminata unitamente alla pena detentiva principale ha assunto, e tutt'ora assume la funzione principale di "rinsaldare il precetto" per

---

[242] LANDINI, *La condanna a danni punitivi - tra penale e civile: la questione rimane attuale* in *Diritto Penale e Processo* n. 2/2017.

[243] ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi,* in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emillio Dolcini,* Milano, 2018, 503.

raggiungere tanto lo scopo della prevenzione generale quanto quello della prevenzione speciale[244]. Ma anche qualora comminata da sola, in conseguenza della commissione di un reato, può non di meno assumere un'importante funzione, soprattutto in punto di deflattività dell'istituto carcerario. In determinati settori del diritto penale, si pensi ad esempio al settore del *market abuse,* infatti, la pena pecuniaria può costituire un valido surrogato della detenzione in carcere collocandosi così nel *trend* che auspica il declino o, quanto meno il progressivo affievolimento, della pena carceraria[245].

Si comprende a questo punto come l'ipertrofia del sistema penalistico vada di pari passo con l'emergere di istituti civilistici con funzione punitivo – sanzionatoria.

Il ricorso a modelli sanzionatori di tipo compensativo e non repressivo si riconnette in maniera consequenziale alla progressiva "autoriduzione del diritto penale". Tra gli strumenti che storicamente sono stati destinati a quest'obiettivo, il principale è, chiaramente, quello della depenalizzazione.

Le problematiche sin qui esaminate permettono di soffermarsi su un dato essenziale: la tradizionale rigida e sicura ripartizione tra diritto civile e penale non ha più quel carattere di tendenziale graniticità che poteva esserle riconosciuto un tempo. In epoca moderna l'esatta perimetrazione dei confini risulta sempre più ardua in un contesto che, come visto, vede la continua mescolanza tra strumenti riparativi e repressivi unitamente al proliferare di esigenze correlate ad una più moderna politica criminale. In questa prospettiva il criterio incentrato sulla valorizzazione della preminente funzione restitutoria o afflittiva resta quello guida con la consapevolezza, tuttavia, che la progressiva e costante emersione di rimedi a contenuto patrimoniale, a fronte di illeciti di tipo penale, richiede un'attenta considerazione, basata su un approccio casistico, delle varie misure che di volta in volta vengono in considerazione al di là del loro *nomen iuris.*

---

[244] ROMANO, cit. p 502.

[245] CONFALONIERI, L*e nuove sanzioni amministrative in materia di market abuse (prima parte)* in Le Società n. 5/2019.

Del resto, la considerazione del problema con lo sguardo del penalista permette di valutare come "*laddove la responsabilità civile si distacca dalla funzione meramente riparatoria o di riequilibrio economico ed oscilla "verso il polo più strettamente sanzionatorio" si pone il problema della conformità ai principi costituzionali di legalità, tassatività e personalità che normalmente caratterizzano solo la responsabilità penale*"[246].

3.7. Danni punitivi e ordine pubblico: la progressiva nascita di una nuova interpretazione del concetto a cavallo dell'ordinanza di rimessione n. 9978 del 2016

3.7.1. L'ordine pubblico interno e internazionale: prospettive di armonizzazione sovranazionale e circolazione delle regole giuridiche

Il percorso pretorio sin qui analizzato ha visto il ripetersi costante di un concetto centrale, che si è sin qui volutamente solo richiamato per poterlo approfondire, più opportunamente, in questa sede: si tratta dell'ordine pubblico interno e internazionale. Un *leit motiv* che ci accompagnerà fino alle Sezioni Unite del 2017 e la cui interpretazione ha condizionato il modo stesso di concepire e interpretare la responsabilità civile. L'obiettivo, in questa sede, sarà quindi quello di verificare come sia mutato e si sia sviluppato nel tempo questo concetto.

La sentenza della Prima Sezione della Corte di Cassazione del 2016 ha dato la stura ad una importante e raffinata rimeditazione dell'interpretazione dell'ordine pubblico interno e internazionale: come verrà definitivamente evidenziato da

---

[246] Così SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale* in *Riv. Dir. civ.* 1/2018 che nel riprendere le argomentazioni di uno dei maggiori studiosi e teorici del diritto penale, Franco Bricola, nel suo lavoro *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista,* in BUSNELLI – SCALFI (a cura di), *Le pene private,* cit. p. 51, riporta come il celebre studioso riconoscesse la possibilità che la responsabilità civile andasse esente, a differenza di quella penale, da vincoli di tipo costituzionale ciò, tuttavia, solo laddove la stessa fosse rimasta confinata ad una funzione unicamente compensativa.

questa importante pronuncia – si tratta dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 9978 del 2016 - nella giurisprudenza più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione interna[247].

Nel ripercorrere le caratteristiche essenziali del concetto in parola l'ordinanza ha rimesso al Primo Presidente la questione di massima importanza della riconoscibilità dei danni puntivi nel nostro ordinamento per contrasto con l'ordine pubblico[248].

Il caso a monte era, ancora una volta, quello della comminatoria di un risarcimento di tipo sanzionatorio all'esito di una vicenda che aveva visto coinvolta una società italiana, la AXO, produttrice di un casco rivelatosi difettoso e la società americana, NOSA, rivenditrice del prodotto. Ancora una volta quindi, un incidente stradale con coinvolgimento di un motociclista statunitense. La causa era stata

---

[247] Tra i numerosi e più autorevoli commenti all'Ordinanza n. 9978 del 2016 meritano di essere segnalati: MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioi Unite*, in *Danno e Resp.* 8-9/2016, GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale,* cit., PONZANELLI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite - possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitiv*I in *Danno e Resp.* n. 8-9/2016; SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? Aspettando la decisione delle Sezioni Unite,* in *Dir. civ. cont.* 7 marzo 2017 NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui "danni punitivi",* in *Dir. Civ. Cont.,* 30 gennaio 2017.

[248] *"Esistono ragioni che inducono la Corte, ex art. 374, 2° comma, c.p.c., a rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite in ordine al tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. Va considerata non solo l'evoluzione del concetto di "ordine pubblico", anche alla stregua della normativa comunitaria (ordine pubblico internazionale) nonché il fatto che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensativi, non assurge a valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento. In aggiunta ha osservato la Corte che numerose sono le norme che, nel nostro ordinamento, prevedono rimedi risarcitori con funzione non riparatoria ma sostanzialmente sanzionatoria*": si veda DI MAJO, cit., 1845.

decisa da una corte della Florida con il riconoscimento della condanna al pagamento di una somma pari a circa 1 milione e mezzo di dollari[249].

Caso del tutto analogo a quello deciso nelle vicende Fimez e Ruffinatti, soluzione del tutto all'avanguardia: la statuizione approda, infatti, alla Corte di Appello di Venezia, giudice competente per la delibazione della stessa che, nel superare le argomentazioni della società AXO costruite, come prevedibile, soprattutto attorno alla pretesa incompatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico interno, ritiene di dare attuazione alla pronuncia americana in quanto l'asserita violazione dell'art. 64 della legge n. 218 del 1995 non verrebbe neppure in considerazione nel caso di specie. La società italiana sarebbe infatti tenuta al pagamento in forza dell'obbligo di tenere indenne e manlevare la sosietà NOSA[250].

La vicenda giunge all'attenzione della prima sezione civile della Cassazione a seguito del ricorso presentato alla AXO: tuttavia la "massima e particolare importanza" della questione ne ha suggerito l'assegnazione al primo Presidente ai fini dell'eventuale rimessione alle Sezioni Unite[251].

La raffinatezza argomentativa della pronuncia si misura tutta nella disamina dell'evoluzione del concetto di ordine pubblico: a mente dei giudici remittenti, infatti, deve darsi atto di come la giurisprudenza di legittimità abbia realizzato nel

---

[249] In realtà il giudice americano nel disporre la condanna della società NOSA rivenditrice del casco aveva riconosciuto il diritto della stessa ad essere manlevata dalla società italiana.

[250] Nel ripercorrere le tappe essenziali della vicenda e la statuizione del giudice veneto, l'ordinanza di rimessione afferma che la Corte di Appello "…*ha escluso che la sentenza straniera contenesse una statuizione di danni punitivi, senza verificare la causa dell'attribuzione patrimoniale, le regole legali e/o i criteri applicati dal giudice americano nella liquidazione delle diverse voci di danno (neppure esplicitate) e, in definitiva, la ragionevolezza e proporzionalità del risarcimento. E ciò, nonostante che l'importo liquidato fosse elevato, si aggiungesse ad un altro dovuto dall'importatrice del casco e fosse il risultato di una proposta transattiva del danneggiato che conteneva i danni punitivi*". La Società AXO aveva infatti contestato un vizio nella sentenza veneta "per non avere valutato la totale omissione di motivazione della sentenza americana, quanto ai criteri seguiti per la determinazione del danno".

[251]La norma di riferimento sulla cui base è stato reso possibile questo procedimento è l'art. 374 comma 2 c.p.c. ai sensi del quale "inoltre il Primo Presidente può disporre che la Corte pronunci a Sezioni Unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza".

tempo una progressiva evoluzione interpretativa del principio di ordine pubblico: il concetto era originariamente considerato quale espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, quale complesso di principi e regole che ne rappresentano il cuore pulsante e "concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico"[252] .

Il passo successivo è consistito nella differenziazione tra ordine pubblico interno, nel caso in cui la sentenza da delibare avesse riguardato cittadini italiani; specularmente a venire in rilievo sarebbe stato l'ordine pubblico internazionale tutte le volte in cui la statuizione avesse riguardato cittadini stranieri.

Gli orientamenti più recenti della giurisprudenza, invece, mostrano una tendenza alla valorizzazione del concetto di ordine pubblico internazionale, "*da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"*[253]. Una nuova e moderna concezione dell'ordine pubblico che permette una apertura verso il prodotto giudiziale straniero e i valori e i principi elaborati in altri ordinamenti giuridici, con il limite, questo è imprescindibile, del rispetto dei principi fondamentali dello Stato di destinazione.

Tali principi, tuttavia, non potranno più essere anacronisticamente considerati alla sola stregua dei principi desumibili dalla Carta Costituzionale. E ciò soprattutto all'indomani del progressivo completamento del processo di integrazione europea. Si tratterà infatti dei principi desumibili "*anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, indirettamente, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (si è osservato, in dottrina, che il nostro ordinamento si propone, in tal modo, di salvaguardare la stessa comunità*

---

[252] Il riferimento è alla pronuncia della Cassazione n. 3881 del 1969 e n. 818 del 1962, che aveva escluso che il principio andasse inteso in senso internazionale, astratto o universale.

[253]Numerose le pronunce giurisprudenziali richiamate tra cui Cass. n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002, n. 2788 del 1995)

internazionale che trova la sua difesa anche negli ordinamenti interni dei vari Stati). Se ne ha conferma nella normativa comunitaria, che esclude il riconoscimento (ora previsto come automatico) nei soli casi di "manifesta" contrarietà all'ordine pubblico (vd., ad es., l'art. 34 del regol. CE 22 dicembre 2001 n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l'art. 26 del regol. CE 11 luglio 2007 n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l'art. 22 e 23 del regol. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l'art. 24 del regol. CE 18 dicembre 2008, n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari)".

È qui che si misura la vocazione internazionale della pronuncia in esame: in definitiva i principi posti a baluardo del concetto di ordine pubblico presuppongo, perché si possa discutere di una violazione dello stesso, che si manifesti una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società (vd. Corte giust. VE, 4 ottobre 2012, C-249/11), per giustificare le deroghe alla libera circolazione delle persone invocabili dagli Stati membri.

In definitiva a parere dei giudici remittenti, per comprendere in maniera funzionale la problematica dell'ammissibilità di un istituto di matrice straniera, occorre avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera che si vorrebbe recepire; neppure sarebbe opportuno valutare la correttezza giuridica della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano: bisognerebbe invece guardare "ai suoi effetti" in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori di un dato ordinamento da cui quella soluzione si pretende trasporre[254]. In altri termini, l'ordine pubblico non si identifica con quello esclusivamente interno, poiché, altrimenti, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di disposizioni

[254] CORSO, *L'ordine pubblico,* Bologna, 1979.

materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato[255].

Ciò rende ragione della progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico, tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici. Alla progressiva condivisione dei valori internazionali tende invece la sistematica del diritto internazionale privato con il solo limite della potenziale aggressione ai valori fondamentali dell'ordinamento interno da valutarsi, tuttavia, alla luce e conformemente a quelli della comunità internazionale[256].

L'ordinanza quindi conclude che "in questa prospettiva non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario a valori essenziali della comunità internazionale (e, quindi, all'ordine pubblico internazionale) l'istituto di origine nordamericana dei danni non risarcitori, aventi carattere punitivo: un istituto di tal genere, per come descritto nelle pagine precedenti, potrebbe essere confliggente, in astratto, solo quando la liquidazione giudiziaria sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle "circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito".

Sullo sfondo delle argomentazioni della Cassazione risultano evidenti gli echi delle acquisizioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si è fatta promotrice della diffusione di un concetto armonizzato e condiviso di ordine pubblico: non un ostacolo, ma anzi un veicolo per il processo di integrazione tra gli Stati dell'Unione Europea funzionale a permettere il maggior

---

[255] Si allude alla normativa di diritto internazionale privato Legge 31 maggio 1995, n. 218.

[256] L'ordinanza continua "si comprende quindi come il giudice della delibazione, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali valori, desumibili direttamente da norme e principi sovraordinati (costituzionali e internazionali), dovrà negare il contrasto in presenza di una mera incompatibilità (anche se temporanea) della norma straniera con l'assetto normativo interno, quando questo rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale, quale risulti dall'esercizio della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico".

grado possibile di ampliamento dei diritti riconosciuti ai cittadini dell'Unione in quanto "*un singolo ordinamento che rifiuti di tutelare un determinato diritto qualificato altrove come fondamentale dovrà cedere, e proprio per ragioni di ordine pubblico, perché quella lacuna è inaccettabile all'interno del quadro assiologico lungo il quale si è assestato lo sviluppo storico di una società che in tanto avanza in quanto riconosca i diritti fondamentali dell'essere umano*"[257].

Si tratta di un momento cruciale nel percorso di ascesa dei danni punitivi e di definizione del perimetro dell'ordine pubblico: il dibattito sul concetto di ordine pubblico va a toccare la questione fondamentale della tutela dei diritti fondamentali della persona umana nella prospettiva della circolazione delle regole giuridiche e del dialogo tra giurisdizioni che ambisca non tanto a superare e scavalcare la peculiarità insite in un determinato ordinamento giuridico, quanto a limare le possibili divergenze che si frappongono alla migliore tutela delle libertà fondamentali avvertite come incomprimibili dalla coscienza sociale di quel dato momento storico[258].

In questa nuova e armonizzata prospettiva che vede la progressiva apertura degli ordinamenti di altri paesi membri dell'Unione (è il caso, come si vedrà quando si analizzerà l'istituto in prospettiva comparatistica, della Francia o della Germania) ai risarcimenti di tipo sanzionatorio e ad una visione a tutto tondo del rimedio risarcitorio, appare non più conforme e rispondente allo spirito del tempo la perdurante negazione di una funzione anche sanzionatoria della sistematica dell'illecito.

---

[257] 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 *Diritto civile contemporaneo,* settembre 2016.

[258] CAPPELLETTI, *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia, e Dimensioni costituzionale e transnazionale della giustizia*, in ID., Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato, Bologna, 1994, 11, 39.

È proprio a partire da questa preliminare considerazione che si sviluppa il ragionamento della Cassazione e la conclusione per cui la Corte di Appello di Venezia bene aveva deciso nel confermare la delibabilità della sentenza USA[259].

Ma se è ancora (per quanto sin qui argomentato e per quanto ancora si dirà) vagamente dubbio che la funzione riparatoria- compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, sia davvero l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio e se sia ancora condivisibile la tesi che ne esclude, in radice, qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente, sarebbe del pari incerto se al riconoscimento di statuizioni risarcitorie straniere, con funzione sanzionatoria, possa opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno.

Del resto per argomentare nel senso della valenza monofunzionale dell'illecito aquiliano, si dovrebbe dimostrare che la funzione del rimedio risarcitorio in termini esclusivamente compensatori, assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento, rispetto al quale non sarebbe consentito neppure al legislatore ordinario di derogarvi.

Si tratta tuttavia di un assunto che neppure le già citate Sezioni Unite n. 15350 del 2015 in materia di danno tanatologico, icastiche nel ribadire - per il tramite della negazione della configurabilità del danno tanatologico come da evento ex se risarcibile - che "la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza", sono riuscite a sostenere.

Queste, in sintesi, le argomentazioni che costituiscono il cuore pulsante dell'Ordinanza di rimessione e che inducono il Collegio a giudicare opportuno un

---

[259] Si legge tra le righe dell'ordinanza della Corte Veneta ha infatti "*escluso che la sentenza straniera contenesse una statuizione di danni punitivi, senza verificare la causa dell'attribuzione patrimoniale, le regole legali e/o i criteri applicati dal giudice americano nella liquidazione delle diverse voci di danno (neppure esplicitate) e, in definitiva, la ragionevolezza e proporzionalità del risarcimento. E ciò, nonostante che l'importo liquidato fosse elevato, si aggiungesse ad un altro dovuto dall'importatrice del casco e fosse il risultato di una proposta transattiva del danneggiato che conteneva i danni punitivi".*

intervento delle Sezioni Unite sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

In costanza di questo confuso e convulso panorama giurisprudenziale autorevole dottrina aveva parlato di "grande freddo" per alludere al clima di sistematica diffidenza verso il prodotto giudiziale straniero che portava con sé la granitica affermazione di incompatibilità dello stesso con il concetto di ordine pubblico nazionale[260].

E così l'ordinanza n 9978/2016 della Prima Sezione della Corte di Cassazione ha infine restituito alle Sezioni Unite della Suprema Corte l'onere di pronunciarsi definitivamente sull'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento.

La pronuncia come visto, constatando "un'evoluzione della interpretazione del principio di ordine pubblico unitamente a un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia frapposto, tradizionalmente dall'ordinamento interno all'ingresso di istituti di matrice straniera", mostra dunque di discostarsi apertamente da quelli che fino ad allora erano considerati i *leading case*s in materia - i casi Fimez e Ruffinatti - per concludere come questa nuova prospettiva valutativa rappresenti "*il segno della dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali*".

Gli indici normativi di tale segno sono rappresentati da diversi istituti, citati dalla stessa sentenza e che costituiranno il cuore pulsante delle argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite del 2017 e che in quella sede verranno nel dettaglio analizzati (si veda 3.15 del presente capitolo): si tratta della L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma "in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato"; dell'art. 96 c.p.c., comma 3, che prevede la condanna della parte

[260] PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi* in *Il Foro Italiano,* 2000.

soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo; ancora dell'art. 709 ter c.p.c. in materia di responsabilità genitoriale; della L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158 e, soprattutto, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125 (codice della proprietà industriale), che riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto maggiore rispetto all'entità perdita subita dal danneggiato; il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3 - 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di alcune sanzioni pecuniarie civili.

Non sono mancati tuttavia pareri discordanti sulla reale portata innovativa dell'ordinanza in questione[261].

In particolare, è stato notato come gli esempi riportati dagli Ermellini al fine di confermare la presenza nell'ordinamento interno di ipotesi di *punitive damages,* in realtà costituirebbero *a contrario* la riprova del contrasto del prodotto giudiziale straniero con l'ordine pubblico interno. Infatti, le varie fattispecie richiamate dalla Suprema Corte non rappresenterebbero altro che "tecniche mediante le quali il diritto organizza il sociale" risultando del tutto estranea rispetto a queste tecniche normative l'istituto del danno non risarcitorio[262]. Sarebbe contraddittorio disquisire in ordine ad un rimedio pensato per il risarcimento del danno, prescindendo da esso, e ciò con evidenti conseguenze afflittive.

Che infatti il risarcimento non sia strumento di reazione ad una condotta antigiuridica, obiettivo invece proprio del diritto penale, troverebbe riscontro, a

[261] MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione* in *Diritto Civile Contemporaneo,* marzo 2017.
[262] MONTANARI, ibidem.

mente di questo orientamento maggiormente restrittivo, proprio sulla base di alcune disposizioni del codice civile.

Lo stesso esempio dell'art. 1225 c.c., norma dettata in tema di responsabilità contrattuale, che prevede che qualora l'inadempimento sia sorretto dal dolo la conseguenza sarebbe l'estensione della responsabilità al pregiudizio imprevedibile, mostra come il risarcimento manterrebbe la sua propria funzione di compensare il soggetto che ha subito la violazione del programma obbligatorio. Un atteggiamento doloso, di per sé quindi maggiormente riprovevole, non permette allo strumento risarcitorio di mutare la sua natura in un qualcosa di assimilabile allo strumento di reazione tipico del diritto penale.

Il dolo, in questo caso, avrebbe come unico scopo quello di spostare dal danneggiato al danneggiante il costo del pregiudizio imprevedibile.

Conclusivamente i detrattori della portata innovativa di tale pronuncia in questione individuano nelle pieghe delle argomentazioni svolte dalla Sezione remittente dei meri (e inutili) tentativi di ricondurre l'illecito aquiliano ad una dimensione, quella penalistica, da cui lo stesso si era affrancato da tempo. Per tale ragione l'ordine pubblico finirebbe per essere violato due volte: in primo luogo in quanto la trasformazione dell'illecito in una forma di repressione della condotta del danneggiante, colorandosi di sfumature deterrenti e pubblicistiche, finirebbe per confondere i confini tra pubblico e privato. In secondo luogo, perché, così argomentando, il risarcimento del danno finirebbe per smarrire la natura che gli è propria non solo assumendo connotati propri del diritto penale ma finendo per atteggiarsi a strumento di arricchimento del danneggiato.

In tale contesto, l'esistenza di istituti con funzione sanzionatoria, alla stregua degli esempi riportati dall'ordinanza di rimessione, rappresenta, anche e soprattutto in considerazione della loro peculiare configurazione sistematica al di fuori delle norme civilistiche dedicate al risarcimento del danno, una conferma più che una smentita della funzione solo compensativa dell'illecito aquiliano e della contrarietà all'ordine pubblico dei danni punitivi.

A parere di chi scrive, tale impostazione non può essere condivisa: l'innegabile emersione e riscoperta di un numero sempre crescente di istituti con funzione deterrente imprime alla responsabilità civile, nel suo complesso considerata, una "curvatura sanzionatoria" che risulta ancora più evidente in tutti quei casi in cui il riconoscimento di un ruolo meramente riparatorio all'illecito aquiliano non risulti adeguato allo scopo per le più diverse ragioni.

Potrebbe, a titolo meramente esemplificativo, risultare difficoltoso provare la perdita di un'utilità da parte del danneggiato, soprattutto nei casi di lesioni di lieve entità che tuttavia profittano all'autore dell'illecito un ingente vantaggio economico; potrebbero venire poi in rilievo situazioni peculiari che vedono emergere la condotta gravosa del danneggiante che, nonostante la sua *malice,* rischia di non essere dissuaso abbastanza dal contenimento del risarcimento in una prospettiva puramente compensativa; infine, e si tratta dei casi più frequenti, potrebbero venire in considerazione tutte quelle situazioni in cui il vantaggio profittato al danneggiante in conseguenza dell'illecito sia di gran lunga maggiore rispetto al costo del danno da risarcire con la conseguenza che la funzione dissuasiva sarebbe totalmente annullata.

La sentenza conclude in questi termini "*la funzione compensativa della responsabilità civile è, sì, prevalente, ma non per questo esclude la configurabilità di un diverso scopo sanzionatorio e di deterrenza. Né tantomeno è scontato che la suddetta natura meramente riparatoria possa essere assurta a rango di principio fondamentale di ordine pubblico, tale da impedire l'ingresso nell'ordinamento italiano di un giudicato straniero che legittimi la condanna ad un risarcimento punitivo. È per tali ragioni che va rimessa all'esame del Primo presidente della Corte di cassazione, affinché ne investa di nuovo le Sezioni Unite, la questione della non riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi per contrarietà all'ordine pubblico*"[263].

[263] BARONE, *Punitive damages e ordine pubblico - punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?* In *Giur. It.* n.6/2017.

Con queste conclusioni ben si comprende il clima di straordinaria attesa e fermento che ha preceduto la pronuncia delle Sezioni Unite del successivo luglio del 2017.

3.8. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601 del 05/07/2017: una sentenza-principio al più alto livello di nomofiliachia

3.8.1. Premessa. La vicenda sottesa alla decisione delle Sezioni Unite: il valore giuridico del contratto di transazione alla luce dell'istituto americano del potential liability test

"*In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo – riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni) che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente - dissuasiva) e quella sanzionatorio – punitiva".*

Queste le argomentazioni svolte nella parte centrale, nel vero e proprio cuore pulsante della pronuncia; questo quanto affermato dai giudici estensori che lasciano, senza mezzi termini, intendere come la sentenza toccherà problematiche di importanza determinante per i futuri sviluppi della responsabilità civile.

Come è stato sapientemente detto, il tema dei danni punitivi è un "problema di quantificazione del danno, riducendosi alla questione se sia ammissibile determinare la misura del risarcimento a un livello superiore rispetto al danno effettivamente patito dalla vittima"[264]. Della sentenza D'Ascola molto, tanto, è stato scritto[265].

---

[264] ROPPO, *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi*), in Q*uest. Giust.,* 2018, 1, 111, in www.questionegiustizia.it.

[265] Tra i più autorevoli commenti si possono riportare: ALPA, *Il dibattito intorno ai danni punitivi le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della*

Indubbiamente essa si pone come un precedente internazional-privatistico di estremo rilievo, destinato anche ad avere effetti civilistici interni; con altrettanta certezza si può affermare come essa appaia divisare una visione polimorfa della responsabilità civile[266].

Non di meno, non pare del tutto superfluo sottolineare, come, all'indomani della pubblicazione della sentenza, il dibattito degli studiosi si sia diviso tra quanti hanno gridato all'avvenuto sdoganamento dei risarcimenti all'americana e quanti già guardavano a questo arresto giurisprudenziale come un possibile "cavallo di Troia" in grado di ribaltare integralmente la sistematica della responsabilità aquiliana[267] e quanti, infine, si sono attestati sul "niente di nuovo sotto il sole" a testimonianza della composita e tutt'altro che univoca visione giurisprudenziale e dottrinale sulla tematica *dei punitive damages*[268]. La sentenza, come meglio si dirà, ha indubbiamente avuto il merito di aver tentato di risolvere i nodi del passato, non certo aprendo in maniera indiscriminata ai *punitive damages*, bensì individuando dei punti fermi per ammettere il riconoscimento di sentenze straniere comminanti sanzioni civili di stampo repressivo e non compensativo.

---

suprema Corte di Cassazione in *Contratto e Impresa n. 4/2017;* PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno* in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 10/2017*; FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico,* in *Rivista di Diritto Civile n.* 1/2018; SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio,* in *Resp.civ. e Prev.* n. 4/2017; PATERNICÒ, *Responsabilità civile e punitive damages: la Cassazione apre al risarcimento del danno punitivo,* in www.studiocastaldi.it, 7 luglio 2017.

[266] CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana* in *Contratto e Impresa* n. 1/2018.

[267] Nel numero del Sole24ore pubblicato il giorno successivo alle SS.UU. si potevano leggere titoli dal tenore "*Dalla Cassazione via libera ai risarcimenti dei «danni punitivi», come negli Usa*". "*Si sgretola il muro che sinora aveva impedito il riconoscimento in Italia di sentenze straniere che ammettevano i danni punitivi. Le Sezioni unite civili, in una di quelle sentenze destinate a costituire un punto di riferimento, la n. 16601, depositata ieri, hanno infatti rivisto l'orientamento fino ad adesso seguito, ripensando anche la nozione di ordine pubblico. Un netto cambio di paradigma in materia di responsabilità civile che avvicina il nostro ordinamento a quello anglosassone".*

[268] ALPA, *L'intervento – Occorre valutare bene anche le conseguenze economiche,* in *www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com*, 7 luflio 2017.

Che le SS.UU. in questione costituiscano il perno attorno al quale ruota il presente lavoro, nella misura in cui consentono di sviluppare, quasi a raggiera, numerose problematiche tangenti la responsabilità civile, è un dato certo e incontrovertibile. La polifunzionalità della responsabilità civile è solo uno, sebbene il più importante, tra questi temi. Se ne possono elencare, sulla scia di quanto magistralmente evidenziato da Mauro Grondona, molti altri: tra questi il dialogo tra giurisdizioni, il concetto di *legal transplant,* il problema del ruolo sociale della responsabilità civile[269].

Certo è che nel biennio che va dal 2016, con la pubblicazione dell'ordinanza di rimessione, al 2017 con la decisione di luglio delle Sezioni Unite, il dibattito dottrinale italiano è letteralmente esploso, inondato da numerosissimi commenti e contributi sulla portata della pronuncia, sulla polifunzionalità della responsabilità civile e sulla perimetrazione degli esatti confini dei *punitive damages*[270].

Si tratta di una sentenza - principio in quanto la decisione resa dal Supremo Consesso travalica il caso concreto per esprimere una decisione secondo una "linea di politica del diritto" che ha il sapore di quello che è stato definitivo come"obiter ex cathedra"[271]. A ben vedere la problematica del riconoscimento dei *punitive damages*, c'entrava ben poco con la pronuncia in questione che era invece stata chiamata a dirimere, primariamente, una problematica afferente il contratto di transazione stipulato tra danneggiante e danneggiato; l'occasione è apparsa subito quella ideale per permettere al Supremo Consesso di mettere un punto fermo sui risarcimenti puntivi. In estrema sintesi, infatti la società AXO aveva contestato la decisione della Corte di Appello di Venezia laddove non aveva ritenuto contraria all'ordine pubblico la condanna della ricorrente, ancorché il giudice americano avesse pronunciato contro la società AXO in forza dell'applicazione dell'istituto del *potential liability test,*

---

[269] GRONDONA, *La Responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale,* op. cit. p. 106

[270] DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva* in *Giur.it, 2017,* p. 1787; SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalita`costituzionale*, in *Riv. dir. civ.,* 2018, p. 313; AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. Comm*., 2018, 995*;*

[271] CONSOLO -BARONE, *Postilla minima di messa a giorno di inizio luglio 2017,* in *Giur.it.,* 2017, p. 1365 e ss.

senza tuttavia verificare il fondamento della domanda di garanzia. Infatti, la società americana rivenditrice del casco aveva valutato come maggiormente conveniente addivenire ad un accordo transattivo con il motoclista, per il tramite dell'accettazione dell'offerta formulata *banco iudiciis;* il giudice americano, e qui il nodo problematico, aveva ritenuto tuttavia che la società Nosa dovesse essere integralmente manlevata dalla società italiana produttrice.

La società AXO contestava tuttavia la compatibilità di questo *potential liability test* (un giudizio sommario e probabilistico relativo alle ragioni di opportunità correlate al pagamento da parte della società Nosa) in base al quale, allorquando il garantito (nel caso di specie la società americana) addivenga, con il danneggiato, ad una composizione transattiva del giudizio, il garante viene posto davanti all'alternativa di approvare la transazione stipulata *inter alios*, subendone gli effetti, ovvero assumere la difesa del garantito. Quest'ultimo pertanto risulterebbe comunque vittorioso, semplicemente dimostrando che al momento della stipula dell'accordo vi era ragionevole probabilità di un esito a sé sfavorevole del giudizio. Il contrasto, secondo la società italiana, sarebbe con l'art. 1304 c.c. secondo cui "*la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare. Parimenti, se è intervenuta tra uno dei creditori in solido e il debitore, la transazione non ha effetto nei confronti degli altri creditori, se questi non dichiarino di volerne profittare*".

Le SS.UU., ricollegandosi alle conclusioni della Corte di Appello di Venezia, hanno respinto il motivo di ricorso ritenendo che la responsabilità nei confronti della società americana garantita non fosse sorta in assenza di possibilità di difesa, ma dopo che era stata offerta alla società italiana la possibilità di intervenire in giudizio e sostenere la posizione del venditore del casco, che vantava nei suoi confronti la garanzia per i vizi del prodotto acquistato e rivenduto al motociclista.

Considerata la premessa della citazione, AXO avrebbe potuto difendere la propria posizione di produttore assumendo la difesa del rivenditore ma aveva deciso di non farlo.

Questo in sintesi il *casus belli,* altro, invece, il vero cuore pulsante della pronuncia: la statuizione in merito ai danni puntivi.

Nella specifica fattispecie posta all'attenzione degli ermellini il ricorso non è stato considerato meritevole di accoglimento. Ad ostare sarebbe stata quella rinnovata concezione di ordine pubblico come efficacemente riassunta nell'ordinanza di rimessione del 2016, e dunque un "veicolo di promozione della ricerca di principi comuni agli Stati membri, in relazione ai diritti fondamentali" e ciò almeno a partire dalla famosa sentenza Krombach della Corte Edu del 2002 con l'avvio di quello che è stato definito quale vero e proprio processo di comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale[272].

Ma è il terzo motivo di ricorso che fornisce alla Cassazione lo spunto per un approfondimento della problematica dei *punitive damages*: a ben vedere secondo il Supremo Consesso il caso di specie neppure, di fatto, si era tradotto in una condanna ad un risarcimento sanzionatorio.

Il terzo motivo denunciava infatti la violazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, e vizio di motivazione in quanto la Corte veneziana non avrebbe ravvisato che la sentenza della Corte USA riguardava un indennizzo corrisposto al danneggiato anche a titolo di danni punitivi, perché la proposta transattiva NOSA, accettata dal motociclista, fissava l'importo "*a titolo di composizione integrale di tutte le pretese risarcitorie del sig. D., comprese quelle per punitive damages*".

La Corte di appello ha respinto questo profilo delle difese di parte AXO, ritenendo che la sentenza non abbia specificato quali danni sono stati indennizzati perché ha recepito "l'importo della transazione con il danneggiato", senza contare che la società italiana si era avvantaggiata di tale transazione. A parere delle Sezioni Unite tuttavia tale motivo risulta inammissibile "giacché è imperniato su un presupposto insussistente: la configurabilità, nella condanna addebitata al garante, di una

[272] Si tratta della sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, Sez. III, 13/02/2001, n. C.-29731/96 - Pres. Fuhrmann - Giudici Costa, Loucaides, Kuris, Tulkens, Jungwiert, Bratza - Krombach (avv. Serres) c. Francia; per un approfondimento si veda SEATSU, *Diritto alla difesa, ordine pubblico dello stato richiesto dell'exequatur e convenzione di Bruxelles del 1968,* in *Nuova Giur. Civ. Comm.* N. 6/2001.

liquidazione di "danni punitivi" in favore della vittima del sinistro" dovendosi invece ritenere che la transazione stipulata fosse proprio un accordo alla rinuncia a future pretese a titolo di danni punitivi[273].

Quanto alla pretesa per cui la sentenza americana sarebbe stata veicolo di una liquidazione di danni punitivi, sul presupposto dell'abnormità del risarcimento accordato al danneggiato e, in quanto tale, insuscettibile di trovare attuazione nell'ordinamento italiano per contrasto con l'art. 64 della legge n 218 del 1995, le Sezioni Unite ritengono che "*nel caso di specie, a fronte di grave pregiudizio alla persona….la liquidazione, peraltro su base transattiva, di un importo di un milione di Euro … non è definibile di per sé abnorme. L'apprezzamento di fatto reso sotto questo profilo dalla Corte di Appello non è sindacabile in questa sede, perché la Corte di Appello ha valorizzato la considerazione della sentenza americana circa la ragionevolezza della transazione e ha osservato, a chiusura, che un ulteriore somma era stata aggiunta a quell'importo con la transazione diretta AXO-motociclista*"[274].

La pronuncia in definitiva si è risolta nella conferma della correttezza della negazione, operata dalla Corte Veneziana della sussistenza, nel caso di specie di una comminatoria di risarcimenti sanzionatori. La partita poteva chiudersi qui. La declaratoria totale di inammissibilità del gravame proposto non ha tuttavia impedito alle Sezioni Unite di andare oltre e di formulare una pronuncia ai sensi dell'art. 363 comma 3 c.p.c. "il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza". Il principio di diritto viene qui formulato proprio in relazione al motivo di ricorso, ritenuto inammissibile, e contenente il riferimento ai *punitive damages* [275].

---

[273] Né del resto la pronuncia della Corte di Appello risulta viziata, come pure sostenuto dalla società italiana ricorrente, da omesso esame di alcun fatto decisivo, nel senso voluto dalla riforma dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

[274] Punto 4.2. della sentenza.

[275] Punto 5 della sentenza: "*l'inammissibilità dell'ultimo motivo dà tuttavia alle Sezioni Unite la facoltà di pronunciarsi sulla questione in esso dibattuta, potendosi interpretare l'art. 363 c.p.c., comma 3, nel senso che l' enunciazione del principio di diritto è consentita anche in relazione a inammissibilità di un*

Per quanto dunque affidata ad un *obiter,* la statuizione si veste di importanza centrale soprattutto sul piano della politica del diritto[276]. Si tratta infatti della più alta manifestazione della funzione nomofilattica del Supremo Consesso.

Siamo in definitiva al cospetto di una pronuncia di importanza determinante per diverse ragioni: in primo luogo in quanto la Corte nomofilattica, per riprendere, con la speranza di risolvere in via definitiva, il problema della delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di *punitive damages* si protende nello sforzo di individuare lo strumento che meglio si possa armonizzare con i limiti e i principi opposti dall'ordinamento interno quali quello dell'ordine pubblico e della riserva di legge.

In secondo luogo, in quanto rappresenta lo spunto per riapprofondire istituti, per vero già tempo oggetto di considerazione dottrinale con alterne fortune, che presentano marcate connotazioni afflittive e sanzionatorie.

---

singolo motivo di ricorso che involga una questione di particolare importanza, ancorché il ricorso debba nel suo complesso essere rigettato. Nella specie le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema e dalla stessa ordinanza di rimessione, stimolata dalla sagacia espositiva delle parti".

Il rigetto dei motivi di ricorso prospettati dalla società AXO fornisce alle Sezioni Unite anche lo spunto ideale per soffermarsi sul concetto di ordine pubblico processuale: "*In tema di riconoscimento di sentenze straniere si è detto (Cass. 11021/13) che il concetto di ordine pubblico processuale è riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie, e ciò in ragione delle statuizioni della Corte di Giustizia le cui pronunce (non solo il dispositivo, ma anche i motivi "portanti" della decisione) costituiscono l'interpretazione autentica del diritto dell'Unione Europea e sono vincolanti per il giudice "a quo". Ne consegue che anche il diritto di difesa tenuto conto degli orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. (sentenza 2 aprile 2009, causa C-394/2007, Gambazzi) - non costituisce una prerogativa assoluta ma può soggiacere, entro certi limiti, a restrizioni*". Un'interessante riflessione è quella di CANZIO, *Nomofiliachia e diritto giurisprudenziale,* in *Contratto e Impresa* n. 2/2017.

[276] Così BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema* in *I danni punitivi, Tavola Rotonda Cagliari,* 2018, p. 18 e ss.

3.9. Le SS.UU. D'Ascola e i principi di legalità e proporzionalità quali "controlimiti" costituzionali: chiaroscuri di un'attesissima pronuncia

Il cuore pulsante della sentenza riposa, come subito si dirà, non tanto e non solo nella riaffermazione della valenza multifattoriale dell'illecito aquiliano ma anche nella peculiare configurazione che viene prospettata dei principi di legalità e di proporzionalità della pena: "*già da qualche anno le Sezioni Unite (cfr. SU 9100/2015 in tema di responsabilità degli amministratori) hanno messo in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più "incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato latu sensu sanzionatorio al risarcimento*". Il riferimento a questa pronuncia delle Sezioni Unite del 2015 riveste importanza centrale nell'evoluzione del percorso argomentativo della sentenza D'Ascola. La decisione del 2015 ha infatti precisato che questo connotato sanzionatorio non è ammissibile al di fuori dei casi nei quali una "*qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*. *Se si completa quest'avvertenza con il richiamo, altrettanto pertinente, all'art. 23 Cost., si può comprendere perchè mai, perfino nello stesso ambito temporale, ritornino (l'esempio più significativo: SU n. 15350/15) dinieghi circa la funzione sanzionatoria e di deterrenza della responsabilità civile. Essi risalgono, quando non si tratta di meri arricchimenti argomentativi, alla esigenza di smentire sollecitazioni tese ad ampliare la gamma risarcitoria in ipotesi prive di adeguata copertura normativa*".

Questi ciclici riferimenti alla pretesa monofunzionalità della responsabilità civile non possono valere tuttavia, a parere degli Ermellini, ad obliterare quanto è emerso "dalla traiettoria che l'istituto della responsabilità civile ha percorso in questi decenni" di cui nella stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale è possibile trovare conferma e riscontro: il riferimento va, tra tante, a Corte Cost. n. 303 del 2011

in relazione alla normativa in materia laburistica (L. n. 183 del 2010*),* per cui il Giudice delle Leggi ha chiarito che trattasi di una novella "diretta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione", avente "l'effetto di approssimare l'indennità in discorso al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza".

Verrebbe inoltre in rilevo la sentenza della Corte Cost. n. 152 del 2016, che era stata investita di questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 96 c.p.c., del quale ha sancito la natura "non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflattive". In definitiva vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile "la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale".

I giudici estensori, per il tramite di questi richiami alla giurisprudenza più significativa mostrano di comprendere quindi, come l'attenzione vada da subito spostata sulla disamina non tanto delle conseguenze, quanto dei presupposti che la condanna ai danni punitivi deve avere per essere importata e trapiantata nel nostro contesto ordinamentale.

Questi presupposti devono necessariamente porsi in continuità con i principi e i valori che informano tale peculiare materia e che sono riconducibili a due fondamentali precetti di rango costituzionale: le norme di riferimento sono infatti gli art. 23 e 25 della Costituzione[277].

A mente dell'art. 23 Cost. infatti "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

L'art. 25 scolpisce invece il principio di legalità: "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Principio che, come noto e come chiaramente delineato dal precetto stesso, costituisce un

[277] Interessanti gli spunti di riflessione forniti da SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale,* in *Riv. Dir. Civ.* 2018, 313.

unicum con il principio di retroattività della legge (penale). La specificazione è d'obbligo. L'art. 25 Cost. costituisce il pilastro portante del principio di legalità in materia penale. Tuttavia, la peculiare natura assegnata ai danni punitivi che, a tutto concedere, sono un ibrido tra diritto civile e diritto penale, non può che rendere l'art. 25 della Cost. necessariamente e doverosamente declinabile anche in relazione ai risarcimenti sanzionatori.

In definitiva, dunque, l'apertura del nostro sistema a condanne straniere a danni di tipo punitivo dovrà essere conforme a questi "controlimiti" costituzionali[278].

Alla stessa stregua della fattispecie penale, dunque, anche i danni punitivi devono essere rigorosamente ancorati ad una previsione legislativa.

E qui il primo nodo interpretativo problematico. La difficoltà sta tutta nella delimitazione dell'esatta portata del principio di legalità così come viene proposto dalla Suprema Corte. Deve trattarsi di una legalità *strictu sensu* intesa, ossia riferita alle sole norme dell'ordinamento interno, che siano leggi costituzionali o ordinarie, oppure la si può leggere come una legalità in senso allargato e quindi comprensiva anche delle disposizioni legislative plasmate in ordinamenti stranieri?

Questo aspetto la Cassazione ha la sensibilità di precisarlo in maniera chiara "… *così come si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera…*", per poi continuare *"ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano , che deve solo verificarne la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi*"[279].

Si tratta di una declinazione affatto peculiare del principio di legalità. Una legalità chiaramente a maglie larghe che ingloba non tanto e non solo la necessaria presenza

[278] SESTA, cit. p. 314. Si veda inoltre DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva,* in *Giur.it*, 2017, p. 1793 e ss.

[279] Si veda punto 7 della sentenza.

di una disposizione normativa proveniente dal medesimo ordinamento generatore dell'istituto giuridico di cui si disquisisca, ma che richiede che questa disposizione provenga da "una fonte normativa riconoscibile" che sia parte del tessuto ordinamentale italiano o straniero.

Ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi: "*il principio di legalità postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano*"[280].

Ciò che davvero conta, a mente dell'insegnamento consegnatoci dalle SS.UU. del 2017, è che il Giudice abbia la possibilità di pronunciarsi sulla base di principi normativi adeguati conformi alla tipicità e prevedibilità della fattispecie.

Per fare questo la normativa del Paese da cui proviene la condanna punitiva dovrà aver previsto la fattispecie in maniera puntuale e precisa (ciò in omaggio al principio, fulcro del diritto penale, di tipicità e determinatezza) e individuando esattamente il perimetro delle condanne irrogabili (in omaggio, invece, al principio di prevedibilità).

Il riferimento va, anche, all'art. 49 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione, meglio nota come Carta di Nizza, che è appunto relativo ai principi di legalità e di proporzionalità della pena[281].

---

[280] *Ut supra.*

[281] Art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: "nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine

Si tratta, come è stato magistralmente evidenziato, del necessario passaggio argomentativo fino ad ora mai valorizzato, del necessario salto logico, funzionale a rendere operativa la funzione punitiva dell'illecito aquiliano[282].

Si tratta, in altre parole, dell'individuazione delle regole operazionali destinate a entrare in gioco nei casi di risarcimenti sanzionatori: tale regola riposa nel ritrovamento di "un ancoraggio normativo" per impedire che il danno punitivo sfugga a qualsiasi forma di controllo.

Sul punto la Suprema Corte, chiara a parole, non lo è in punto di considerazione delle possibili implicazioni pratiche di questa soluzione. Questo punto la sentenza D'Ascola non lo esplicita in maniera espressa lasciando così ad una dottrina particolarmente sensibile l'individuazione dei possibili scenari interpretativi[283].

In particolare, è stato osservato come, se da un lato non possa essere revocata in dubbio l'imprescindibilità della base legale di qualsivoglia rimedio di valenza afflittiva, dall'altro il rimando che la Corte opera all'art. 23 della Costituzione non parrebbe essere quello maggiormente funzionale ad assurgere quale regola operativa base: quasi che il danno punitivo possa essere accostato ad una (qualsiasi) prestazione personale o patrimoniale.

A ben vedere infatti un risarcimento di tipo sanzionatorio come quello comminato dalla Corte americana nella vicenda che ha impegnato le Sezioni Unite non può essere paragonato ad una generica prestazione patrimoniale dovendosi invece riguardare quale "rimedio al fatto illecito dannoso".

Ciò in altre parole vuol dire che "l'ancoraggio normativo non abbia tanto bisogno di un'intermediazione legislativa in ossequio all'art. 23 Cost. quanto del richiamo a criteri e/o linee guida, presenti nello stesso armamentario della responsabilità civile e che consentano di orientare la misura risarcitoria con

---

secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

[282] DI MAJO, *Principio di proporzionalità e legalità nel risarcimento con funzione anche punitiva,* in *Giur.Italiana agosto/settembre* 2017.

[283] SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in Riv. dir. civ., 2018, p. 313.

valenza punitiva"[284]. All'uopo potranno essere valorizzati diversi indici e criteri come già avviene in altre esperienze giuridiche: potrà così trattarsi della rilevanza giuridica del danno (il c.d. *legally relevant damage*), dell'aspettativa di tutela del danneggiato o ancora dell'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito.

Quanto invece al principio di proporzionalità pure richiamato dai giudici della Cassazione, valgono le considerazioni, ormai solidamente acquisite e che più diffusamente la giurisprudenza ha sviluppato in passato. Preme nuovamente ricordarlo, infatti, il caso sottoposto al vaglio degli Ermellini non offre, in sé, il destro per particolari spunti critici. Per tale ragione con il richiamo al principio di proporzionalità della pena, devono ritenersi richiamate le conclusioni della già celebre sentenza che aveva scolpito i criteri del superamento della soglia della gravità del danno e della serietà della lesione (Cass. Civ, sez. III, 15 luglio 2014, n. 16133: vd. nota 26).

Su altro fronte si pone invece altra accorta dottrina che nel valorizzare invece come opportuno e coerente il richiamo operato dalle Sezioni Unite agli art. 23 e 25 Cost, che opererebbero quale vero e proprio controlimite all'ingresso di statuizioni straniere in assenza di una normativa interna che possa permetterne un recepimento, ritiene tuttavia meno appropriata la clausola di equivalenza tra norma interna e norma estera lumeggiata dalla pronuncia[285].

---

[284] DI MAJO, ibidem. Analoghe considerazioni vengono svolte in relazione a questo specifico aspetto della riserva di legge da LAMORGESE, op. cit.: "Secondo le Sezioni Unite, il giudice italiano dovrebbe verificare – in forza del principio di legalità (artt. 23 e 25 Cost.) – se nell'ordinamento straniero vi sia "un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi…Il giudice, così` come nelle controversie di diritto interno dovrebbe verificare l'esistenza di una specifica base legale (diversa dagli artt. 2043 e 2059 c.c.) per imprimere al risarcimento del danno una seppur limitata curvatura sanzionatoria-punitiva, analogamente dovrebbe verificare l'esistenza di una specifica base legale nel paese straniero, a fondamento della sentenza di condanna per danni punitivi che si chiede di delibare in Italia. In tal modo, ad essere rimesso al giudice italiano è un inedito sindacato sulla tipicità e prevedibilità – e quindi, in sostanza, sulla legittimità – della condanna secondo i parametri normativi del diritto straniero".

[285] Va da sé che la normativa potrebbe anche essere proveniente da un legislatore straniero ma ciò solo se si tratta di disposizioni provenienti dal Diritto Europeo.

Come anticipato, infatti, le Sezioni Unite mostrano di considerare la riserva di legge come una riserva di legge non interna, bensì (anche) straniera risultando sufficiente "che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero)" vi sia un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi. Ciò in quanto il principio di legalità postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice *a quo* abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Si tratterebbe di una vera e propria "delega in bianco" del legislatore interno a qualsiasi legislatore straniero contestabile a parere di questa dottrina in quanto la materia è e resterebbe coperta da riserva di legge (interna) con la conseguenza che "*il riconoscimento di efficacia della sentenza straniera esige non tanto la possibilità astratta che il legislatore nella sua discrezionalità sia in grado di adottare sanzioni conformi a quelle applicate dalla decisione estera, quanto piuttosto la previa emanazione di una legge nazionale che regoli la materia in modo compatibile con il dispositivo della sentenza"*[286].

Si tratta di un interessante e condivisibile spunto critico che non toglie valore, quantomeno in una prospettiva *de iure condendo*, alle conclusioni cui giungono le Sezioni Unite. La pronuncia mostra infatti di recepire, aggiungendovi considerazioni ulteriori, l'elaborazione del concetto di ordine pubblico così come consegnata dall'ordinanza di rimessione del 2016, nello specifico per il tramite dell'aggiunta del riferimento - come visto, più o meno controverso - all'art. 23 della Costituzione[287].

---

[286] SESTA, op. cit. p. 306

[287] Ulteriori spunti critici vengono formulati da LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi,* in *Rivista di diritto civile* n. 1/2018 che nel sottolineare il pregevole intento delle Sezioni Unite di portare a compimento il percorso argomentativo sviluppato dall'Ordinanza di rimessione del 2016, evidenzian tuttavia alcune contraddizioni in termini nelle pieghe della motivazione sviluppata dalle Sezioni Unite. Ciò che in particolare pare non convincere l'autore è il riferimento alle tradizioni giuridiche degli Stati membri che sarebbe stato ripreso, impropriamente, dalle allusioni che la CGUE ha operato in numerose e rilevanti pronunce, all'uopo (il riferimento è

Al netto dei rilievi critici pure acutamente mossi, ciò che in definitiva conta è la restituzione alle Corti di merito di un importante ruolo di controllo e di garanzia.

Il risultato cui giungono le Sezioni Unite non si traduce, di fatto, in un incondizionato lascia passare per qualsia voglia decisione proveniente da un giudice straniero contenente una statuizione sui danni punitivi. Sarà infatti il giudice di Appello il soggetto a cui sarà demandato il compito di procedere ad una verifica preliminare di proporzionalità tra risarcimento funzionale alla riparazione e risarcimento di tipo punitivo ad esempio attraverso la valorizzazione della condotta contestata all'agente e pur sempre nella consapevolezza che "la proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile"[288].

In definitiva, l'*exequatur* della sentenza straniera recante una condanna a danni puntivi sarà ammissibile solo qualora venga superato vittoriosamente il vaglio del rispetto dei principio proporzionalità e legalità così come più concretamente riguardati alla luce dei possibili criteri che permettano di darne attuazione considerando "*le singolarità di ogni ordinamento, a seconda dell'attenzione portata alla figura dell'autore dell'illecito o a quella del danneggiato, la declinazione dei risarcimenti punitivi e il loro ancoraggio a profili sanzionatori o più*

---

a Corte giust. 6 settembre 2012, C-422/11 e 423/11; 14 settembre2010, C-550/07; 18 maggio 1982, C-155/79) sulla scia di quanto previsto dall'art. 67 del TFUE: ''l'Unione realizza uno spazio di liberta`, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché´ dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". Tale norma tuttavia "non intende valorizzare le diversità nazionali o rafforzare l'autonomia dei singoli Stati membri ma, all'opposto, indicare come missione dell'Unione la reciproca integrazione per la realizzazione dei valori comuni agli Stati…Fondare l'ordine pubblico sull'esigenza di tutelare le "tradizioni giuridiche nazionali" si traduce nella erezione di un inedito "controlimite" di fonte legislativa ordinaria (nonostante gli artt. 11 e 117 Cost.) e di ulteriori barriere alla circolazione dei valori europei, il cui effetto è di ripristinare *de facto* la nozione di ordine pubblico interno che vigeva nel secolo scorso, nonostante la corretta affermazione, dalla quale le Sezioni Unite però non traggono le dovute conseguenze, circa la nuova funzione dell'ordine pubblico di tipo "promozionale" dei valori "essenziali per la vita e la crescita dell'Unione" cui spetta il compito di armonizzarli".

[288] LAMORGESE, *Luci ed ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi,* in *Rivista di diritto civile* 1/2018, 318 e ss.

strettamente compensatori, che risponderà verosimilmente anche alle differenze risalenti alla natura colposa o dolosa dell'illecito"[289].

La consapevolezza della distanza dell'ordinamento italiano rispetto alle acquisizioni, ormai consolidate, del diritto di *common law* in grado invece di dare piena attuazione ai danni punitivi in quanto istituto previsto e ormai consolidato, non viene dimenticata dagli Ermellini che, anzi, espressamente la riaffermano: "*non avrebbe utilità chiedersi se la ratio della funzione deterrente della responsabilità civile nel nostro sistema sia identica a quella che genera i punitive damages. L'interrogativo è solo il seguente: se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione*".

Ecco che, dunque, il piano di indagine si sposta dall'interrogativo, ormai frusto in quanto definitivamente acquisito e risolto, delle funzioni della responsabilità civile nell'ordinamento italiano, a quello della trapiantabilità, *sic et simpliciter*, dell'istituto in parola dando per assodato, è bene ribadirlo, la plurifunzionalità della responsabilità civile italiana.

L'interrogativo che quindi si pone la Cassazione è dunque uno ed uno solamente: "*se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione".*

3.10. l'evoluzione legislativa sui danni punitivi nello specchio delle Sezioni Unite del 2017: ipotesi codicistiche e fattispecie previste dalla legislazione speciale

Di particolare rilievo è la parte della sentenza contenente quello che è stato definito come un vero e proprio "arcipelago di previsioni" atto a dare conferma della

[289] Punto 4 della sentenza.

sussistenza di istituti di matrice punitiva all'interno del nostro contesto ordinamentale[290].

La Corte si limita ad elencarle descrivendole sinteticamente e concludendo che "*non è il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi le vuol sottrarre ad ogni abbraccio della responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto*"[291].

A parere di chi scrive l'affermazione delle Sezioni Unite merita di essere condivisa: le previsioni elencate, lungi dal rappresentare una conferma dell'estraneità dalla sistematica dell'illecito di istituti con valenza sanzionatoria ragionando a partire dalla collocazione delle stesse (al di fuori del capo dedicato alla responsabilità extracontrattuale), costituisce invece la riprova della vocazione plurifunzionale della responsabilità civile. Lo aveva già rilevato l'ordinanza di rimessione del 2016, lo confermano ora, pur senza indulgere in maniera dettagliata sulla descrizione delle stesse, le Sezioni Unite del 2017.

Attesa quindi la centralità, a fini del presente lavoro, degli istituti richiamati, vale la pena soffermarsi sulla disamina di alcuni di essi, i più importanti, nel dettaglio.

3.11. L'art. 96 comma 3 c.p.c. e la sistematica della responsabilità processuale aggravata. Pene private e principio di legalità in senso debole

Tra le disposizioni più frequentemente evocate in senso al dibattito sulla funzione anche sanzionatoria della responsabilità civile vi è la norma del codice di rito dedicata alla responsabilità processuale aggravata.

---

[290] BIASI, *Danni punitivi - il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*, in *Giurisprudenza Italiana n. 10/2018.*

[291] Punto 5.2 della sentenza in esame.

Si tratta dell'art. 96 del c.p.c. rubricato "responsabilità aggravata" e, in particolare del comma 3 c.p.c. introdotto dalla legge n. 69/2009 "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*".

Il comportamento sanzionato dalla norma si concretizza nella mala fede e nella colpa grave della parte che agisce o resiste in giudizio con la consapevolezza dell'infondatezza della propria pretesa o difesa. Si tratta della c.d. lite temeraria che dà l'avvio ad un processo di fatto immotivato al solo scopo, emulativo, di costringere l'altra parte a doversi difendere partecipandovi.

La legge configura questo tipo di responsabilità non solo alla stregua di un illecito (processuale), ma per di più di un illecito aggravato in quanto, in conseguenza della condotta tenuta, l'autore della stessa è tenuto a risarcire tutti i danni che ne siano derivati. La *ratio* è quindi quella di tutelare l'interesse di una delle parti a non vedersi coinvolta ed esposta ad un procedimento giudiziario inutile e attuato in violazione dei doveri di lealtà processuale così come previsti dall'art. 88 c.p.c[292].

A mente del primo comma della disposizione richiamata infatti "se risulta che la parte soccombente ha 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 secondo comma prevede conseguentemente che, nel momento in cui il giudice accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure sia stato dato avvio all'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. Tale disposizione costituirebbe una specificazione della previsione contenuta nel primo comma contenendo un'indicazione puntuale e dettagliata delle attività processuali potenzialmente dannose.

[292] "Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità; In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi".

Ma il comma di maggiore interesse per i fini che qui vengono in rilievo è il terzo: "*in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata*". Si tratta di una norma oggetto di numerosi commenti e interpretazioni avendo dato la stura ad un acceso dibattito dottrinale in ordine alla *ratio* che le è propria[293].

Come anticipato, è stata introdotta dall' art. 45, 12º comma della l. n. 69 del 2009 con lo specifico intento di scoraggiare in maniera più efficace l'uso emulativo, l'abuso, dello strumento processuale.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla portata di quest'ultima disposizione trae origine dalla mancanza di un criterio di determinazione del *quantum* sanzionatorio irrogabile dal giudice. Si tratta in realtà di una *querelle* interpretativa che già prima dell'introduzione del III comma aveva portato alcuni a ritenere che la disposizione in parola divisasse un'apertura ai danni punitivi nella misura in cui avrebbe consentito all'organo giudicante di risarcire un danno di fatto svincolato da l'entità della lesione patita dal soggetto danneggiato.

Tuttavia, la dialettica tra funzione compensativa o sanzionatoria della norma ha trovato la massima espressione proprio all'indomani della novella del 2009. Del resto, la formulazione piuttosto scarna della disposizione ha favorito il proliferare di interpretazioni dottrinali e pretorie sulla sua natura e portata. E così a quanti hanno ricondotto la norma, pure a dispetto della collocazione sistematica, nelle maglie dell'art. 2043 c.c. in quanto il risarcimento del danno sarebbe diretto a

---

[293] Tra i commenti di maggior rilievo alla norma in parola possono qui ricordarsi: DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art.96 c.p.c.: quando, quanto e perché?,* in *Nuova giur. Civ. comm.* 2011, 55; BUSNELLI, D'ALESSANDRO, L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilita` aggravata o ''condanna punitiva''? in *Danno e Resp.,* 2012, 585 e seg. D'ONOFRIO, *Danni punitivi e abuso del processo ex art. 96 comma 3* c.p. in *Dir. Civ. Cont. ,* marzo 2017; QUARTA, Legittimità e operatività dei danni punitivi nell'art. 96, 3° co. c.p.c., in *Giustizia civile.com*, 14 febbraio 2014.
Per un commento della norma alla luce della Sentenza delle Sezioni Unite del 2017 si veda GIGLIOTTI, *Danni punitivi dopo le sezioni unite - danni punitivi e sistema processuale (civile),* in *Giur. It.* n. 10/2018; VANACORE, *Condanna del soccombente al pagamento della somma equitativa: bilancio a quasi un novennio*, in *Danno e Resp.,* 2018, 27 e segg.

vantaggio del danneggiato e non dello Stato[294], si sono contrapposti altri che hanno invece argomentato sull'assunto della natura punitiva della norma in parola: l'inciso "in ogni caso" costituirebbe una conferma del fatto che la norma sarebbe svincolata dalla prova di un effettivo danno.

Ad oggi, alla luce di numerose pronunce giurisprudenziali, può considerarsi ormai come dato acquisito che sebbene debba ritenersi superflua la prova del danno subito, oggetto di specifica prova debba essere invece l'elemento soggettivo della mala fede o della colpa grave del soggetto agente[295].

Ma nonostante la presunta veste sanzionatoria,la norma ha anche superato le censure di incostituzionalità dapprima nel 2016 e poi nel 2019. Sulla legittimità e sulla peculiare natura sanzionatoria della norma *de qua* si era pronunziata una prima volta la Consulta con la pronuncia n. 152 del 23 giugno 2016 affermando la "natura non risarcitoria (o comunque non esclusivamente tale) e, più propriamente sanzionatoria, con finalità deflattive, della disposizione scrutinata"[296]. Ciò in quanto il comma 3 dell'art. 96, a differenza dei primi due commi della stessa norma, prevede una disposizione di carattere non risarcitorio, ma sanzionatorio, e, in quanto tale non è viziata da incostituzionalità, per violazione degli art. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui stabilisce che la condanna debba essere pronunciata in favore della controparte e non dello Stato.

---

[294] DE MARZO, *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile,* in *Foro it.,* 2009, 397 e ss.; del resto l'orientamento che riconduce la norma nelle maglie della sistematica dell'illecito civile sostiene che l'opposta tesi della natura sanzionatoria della norma genererebbe un'ingiusta forma di arricchimento a vantaggio del danneggiato il quale beneficerebbe di un doppio risarcimento ex art. 96 comma 1 c.p.c. e ex art. 96 comma 3 c.p.c..
In senso contrario si colloca altra dottrina che ritiene non assorbente la circostanza che la condanna avvantaggi la parte vittoriosa e non le casse dello Stato: ciò non varrebbe, infatti, a modificare la curvatura sanzionatoria della disposizione che presenta tale forte caratterizzazione in virtù della locuzione "in ogni caso" espressiva del potere dell'organo giudicante di condannare a prescindere dalla manifestazione di un danno a carico della parte soccombente. Così SALVATORI, *Tra abuso del diritto e funzione punitiva: una lettura ricognitiva dell'art. 96, comma 3°, cod. proc. Civ. e prospettive de iure condendo,* in *Nuova giur.civ.,* 2015, 10.

[295] Sul punto si veda Trib. Milano, 2 dicembre 2014 n. 1428 e Cass. 19 aprile 2016 n. 7726.

[296] DI MARZIO, *Responsabilità aggravata: per la Consulta il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. ha funzione sanzionatoria*; in *ilprocessocivile.it*, fasc., 30 GIUGNO 2016.

Tale preponderante aspetto sanzionatorio non escluderebbe, tuttavia anche una concorrente funzione indennitaria nei confronti della parte vittoriosa nei casi, tutt'altro che infrequenti, in cui sia per essa difficile provare l'*an* o il *quantum* del danno subito, suscettibile di formare oggetto del risarcimento di cui ai primi due commi dell'art. 96 cod. proc. civ[297].

Da ultimo la norma in questione ha superato il vaglio di costituzionalità nel giugno del 2019 con la pronuncia della Consulta n. 139[298]. Il Tribunale di Verona con ordinanza del 23 gennaio del 2018 aveva sollevato questione di legittimità costituzionale per asserita violazione degli art. 23 e 25 Cost. nella parte in cui – stabilendo che "in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata" – la norma in parola non contempla e definisce il *quantum* della somma oggetto della condanna.

La Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale in quanto "*la somma, al cui pagamento il giudice può condannare la parte soccombente in favore della parte vittoriosa, ha sufficiente base legale e quindi – ferma restando la discrezionalità del legislatore di calibrare meglio, in aumento o in diminuzione, la sua quantificazione – è comunque rispettata la prescrizione della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost. Il parametro cui far riferimento è pertanto – orientativamente – quello del doppio delle spese di lite*"[299].

Non sono mancate le critiche all'impostazione dottrina che ravvisa nell'art. 96 comma 3 c.p.c. un vero e proprio baluardo di questa nuova funzione attribuibile alla responsabilità civile.

---

[297] GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)* in *Giur. It,* ottobre 2018.

[298] GHIRGA, *Corte Costituzionale e "sanzioni" processuali* in *Giurisprudenza Italiana,* Marzo 2020.

[299] Conclusivamente, merita citare quell'orientamento dottrinario che considera la circostanza che la novella normativa del 2009 abbia consentito che il destinatario della condanna sia la parte processuale come una conferma della tesi privatistica del processo civile. Il processo infatti, lungi dal poter essere considerato un affare pubblico, è uno strumento nelle mani delle parti cui spetta l'esercizio dell'azione, così MONTANARI, op. cit. 2017.

Si è parlato a proposito dell'interpretazione di questa norma alla stregua di un istituto con valenza punitiva, di una vera e propria "fuga in avanti" rispetto alla *ratio* propria della disposizione in parola la cui strutturazione, per vero, farraginosa, avrebbe dato adito allo svilupparsi delle più disparate impostazioni dottrinarie[300].

Questa corrente dottrinaria estremamente critica nei confronti di chi vorrebbe attribuire alla norma un'interpretazione quasi futuristica, fonda il proprio convincimento sulla base di una visione sistematica della disposizione. La stessa, infatti, inserendosi nel capo IV "Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali" del Titolo III del codice di procedura civile dedicato alla disciplina della condotta delle parti e dei difensori nel processo, nel prevedere al 3° comma un nuovo potere in capo al giudice consistente nel condannare la parte soccombente nel giudizio al pagamento di una somma rimessa al suo apprezzamento equitativo - assume connotati differenti a seconda che la si legga in maniera congiunta ovvero disgiunta rispetto al primo comma. Tale comma contiene, come detto, la disciplina della responsabilità per il danno causato alla parte: si tratta pertanto di domandarsi se quanto previsto dal comma 3 condensi qualcosa di altro e aggiuntivo rispetto alla disciplina presta dal comma 1, nella specie se configuri una fattispecie di danno di tipo non risarcitorio.

Ma l'aspetto più interessante della disposizione in parola che non ha mancato di sollevare i più vivaci dibattiti dottrinali, è il tasso di indeterminatezza che la fattispecie presenta laddove prevede la possibilità che dall'agire con colpa grave in giudizio discenda la comminatoria di una sanzione pecuniaria tanto da far parlare di "potere discrezionale assoluto" del giudice[301].

Il salvataggio della norma da censure di costituzionalità in relazione alla violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione si basa sul

---

[300] PROTO PISANI, *La Riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura),* in *Foro.it,* 2009, 221; BUSNELLI – D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?* in *Danno e Resp.,* 2012, 585 e ss.

[301] TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali,* in *Riv. Trim. dir.proc.,* 2012, 123.

rilievo, sostenuto dalla più autorevole dottrina penalistica che vede in Bricola il massimo esponente, per cui la previsione di cui all'art. 25 Cost. sarebbe posta a presidio della materia squisitamente penalistica con esclusione, pertanto dal suo ambito di applicazioni, delle sanzioni pecuniarie civilistiche[302]. Queste ultime infatti troverebbero la loro legittimazione costituzionale nella norma di cui all'art. 23 della Carta Fondamentale. Tale norma non esprime un principio di stretta legalità ma la natura relativa della riserva di legge stessa di cui "non fissa il carattere di tassatività o determinatezza"[303]. Ciò ha trovato conferma nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 139 del 2019 [304] che nel respingere la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 96, comma 3, c.p.c. ha affermato come la riserva assoluta di legge espressa dall'art. 25 comma 2 Cost. si attaglia solo alle sanzioni di tipo penale.

Ciò dovrebbe portare alla conclusione per cui "*la disciplina delle pene pecuniarie private- sebbene non soggiaccia al canone di stretta legalità – risulta comunque informato da un vincolo di legalità tout court, da un principio di legalità in senso lato. Segnatamente, tale vincolo si esplica nei riguardi del legislatore, imponendogli di enunciare i casi in cui le prestazioni sanzionatorie in parola possono essere liquidate e di definire – seppure a grandi linee – i confini della fattispecie illecita*"[305].

Sull'altro versante si collocano quanti ritengono che, più correttamente, la disposizione in parola, andrebbe letta alla luce di una prospettiva meramente processualistica volta a garantire il corretto uso dello strumento processuale e non già secondo una prospettiva privatistica. A suffragare tale convincimento militerebbe, in primo luogo, il riferimento alla pronuncia sulle spese e, in secondo luogo, alla circostanza per cui il giudice possa condannare di ufficio, quindi in

---

[302] BRICOLA, op. cit., p. 50 e ss.

[303] Così BRICOLA, op. cit. p. 56.

[304] GHIRGA, *Spese processuali - corte costituzionale e "sanzioni" processuali,* in *Giur.it* n. 3/2020.

[305] DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie: studio per una teoria dei "danni puniti",* Padova, 2018, p. 192 e ss.

assenza di richiesta di una delle parti, elemento questo che costituirebbe invece presupposto indefettibile per la condanna risarcitoria (anche con connotazioni sanzionatorie)[306]. Quanto al riferimento alla "spese" contenuto nel comma 3, questo varrebbe a collocare la norma accanto alle altre due disposizioni a cui il codice di procedura civile principalmente assegna la funzione di regolare la condotta processuale (scorretta) della parte. Si tratta degli artt. 88 e 92 c.p.c.

La *ratio* di tale comma sarebbe, in definitiva quella di presidiare il corretto uso dello strumento processualistico. Nel comma primo dell'art. 96 c.p.c. la condotta processuale non assume rilievo centrale per lasciare spazio, invece, proprio a quel giudizio di responsabilità fondato sulla verificazione di quale sia il danno provocato dalla parte nel processo e ad individuare su chi debba ricadere il costo di questo illecito.

È pertanto estraneo al campo di applicazione della disposizione un qualsiasi presupposto per la comminatoria di una condanna da parte del giudice che trova invece la sua ragione di essere proprio nel terzo comma.

Conclusivamente, a parere di chi scrive, la norma in parola - al netto del dibattito sulla caratterizzazione pubblicistica o piuttosto privatistica del processo civile[307] – rappresenta forse il principale tra i diversi riferimenti normativi condensati nel codice di rito che manifestano l'apertura della sistematica dell'illecito a risarcimenti di tipo sanzionatorio[308].

---

[306] Così MONTANARI, cit. p. 7 che continua "la possibilità di esperire tale condanna anche di 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".

[307] Per una lettura del processo civile come strumento in mano ai privati si veda SATTA – PUNZI, *Diritto processuale civile,* Padova, 2000, p. 10: si sottolinea come proprio in virtù del principio dispositivo che rimette alla parte l'esercizio dell'azione processuale, la condanna prevista dall'art. 96 comma III non può essere considerata come ridondante a vantaggio dello Stato configurandosi invece come una sanzione pecuniaria a favore della parte.

[308] LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. Civ. Prev*., 2016, 1474.

3.12. l'art. 709 ter e la violazione degli obblighi inerenti alla responsabilità genitoriale

Tra le disposizioni del codice di rito che maggiormente hanno contribuito ad alimentare il dibattito oggetto del presente lavoro vi è la norma di cui all'art. 709 ter del codice di procedura civile dedicata alla soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento della prole.

In base a questa norma, in presenza di ''gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento il giudice può "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". Chiaramente le disposizioni di maggiore interesse per i fini del presente lavoro solo quelle descritte dai numeri dal 2) al 4)[309].

La norma è di recente introduzione: il percorso che ha portato alla sua previsione è culminato con la legge n. 54 del 2006 intervenuta a recepire un annoso percorso giurisprudenziale che da tempo militava per il riconoscimento di una forma di tutela civilistica per i comportamenti illeciti consumati in contesti

[309] Tra i vari e numerosi commenti alla disposizione in parola possono essere citati BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi,* in *Europa e dir. priv.,* 2009, p. 909 il quale sottolinea la centralità della norma che, pur caratterizzandosi come norma processuale ha avuto un impatto notevole sul piano del diritto sostanziale in relazione al dibattito sulle funzioni della responsabiità civile.

endofamiliari, nella consapevolezza della scarsa effettività che avevano dimostrato gli strumenti penalistici[310].

Il dibattito sulla natura giuridica dell'istituto si è diviso, ancora una volta, tra il polo della funzione squisitamente punitiva e quello che invece riguarda la norma come una specie del *genus* riconducibile all'art. 2043 c.c.

In ogni caso non appare realisticamente revocabile in dubbio come l'intero articolato dell'art. 709 ter c.p.c. risulti "funzionale ad assicurare l'attuazione dei provvedimenti giudiziari relativi ai doveri genitoriali"[311]. Lo scopo sarebbe quindi quello di realizzare un vero e proprio *enforcement* dei doveri genitoriali nell'interesse dei figli minori. Tre, in definitiva, le tesi sul campo.

A mente di un primo orientamento la norma rappresenterebbe *lex specialis* rispetto all'art. 2043 c.c. destinata quindi ad intervenire nel precipuo ambito degli illeciti endofamiliari ma a condizione che vengano accertati i presupposti legittimanti la configurazione di un illecito aquiliano.

Una seconda tesi ritiene la disposizione in parola un vero e proprio danno punitivo laddove, infine, un terzo orientamento argomenta nel senso della natura ibrida della norma, a metà strada tra funzione deterrente e funzione risarcitoria.

La tesi della natura sanzionatoria della norma trova conforto in numerose pronunce giurisprudenziali tanto di merito quanto di legittimità e muove dalla considerazione per cui la creazione di un doppio binario di tutela (art. 2043 c.c. in via generale e 709 ter c.p.c. per le ipotesi di illeciti consumatisi all'interno della famiglia) finirebbe per depotenziare la tutela stessa del minore limitandola ai casi previsti dalla norma del codice di rito[312]. E così secondo alcuni la natura punitiva

---

[310] SANTISE, *La sanzione civile tra danni punitivi e misure coercitive* in *Coordinate ermeneutiche del diritto civile,* 2018 p. 1035 e ss.

[311] SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva,* in *Famiglia e Diritto* n. 3/2017.

[312] Tra le più importanti pronunce degne di nota sono Cass. 7 giugno 2000 n. 7713 con nota di PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile,* in *Danno e Resp.* n. 4/2013 ma anche Cass. 22 ottobre 2010 n. 21718 o ancora Trib. Roma 23 gennaio 2015, n. 3203.

della disposizione potrebbe essere ravvisata nella reazione a violazione occasionali del diritto/dovere di visita dei figli minori o del versamento dell'assegno di mantenimento[313].

Secondo autorevole dottrina, infatti il fondamento di questa peculiare norma andrebbe ravvisato negli illeciti propri dei gruppi familiari originando da una peculiare fase storica in cui il responsabile veniva punito permettendo così l'appagamento del senso di rivalsa e vendetta degli altri componenti il nucleo familiare[314].

Altra parte della giurisprudenza propende per la natura risarcitoria della condanna in esame, quanto meno in relazione alle ipotesi previste dai numeri 1), 2) e 3) che non parrebbero potere essere ricondotte, *tout court*, al *genus* delle misure coercitive sul modello dell'art. 614 bis c.p.c. Le argomentazioni di fondo si basano su una differenziazione delle quattro ipotesi previste dal comma 2 della norma: il legislatore avrebbe infatti differenziato la condanna in base al soggetto danneggiato, per il tramite della previsione di due ipotesi diverse condensate nei numeri 2 e 3; alla luce di ciò parrebbe arduo sostenere che la condanna possa essere parametrata alla gravità della condotta realizzata dal genitore e non al danno subito dal minore o dell'altro genitore[315]. Una parte della dottrina propende per il riconoscimento di una funzione di reintegrazione sulla base dell'assunto per cui diversamente argomentando, la determinazione dell'*an* e del *quantum* del risarcimento sarebbe rimessa all'arbitrio dell'organo giudicante[316].

A parere di chi scrive la vocazione coercitiva della norma non può essere realisticamente revocata in dubbio nella misura in cui la stessa risulta funzionale a far cessare il comportamento illecito perpetrato dal genitore inadempiente;

---

[313] Così PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte,* in *Famiglia e Diritto,* 2012, 8 p.853.

[314]PATTI, *Voce pena privata,* in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.,* Torino, 2004, p.3050

[315] Argomenta in questi termini Trib. Catanzaro 23 maggio 2012.

[316] SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorma internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?* In *www.comparazionedirittocivile.it*, marzo 2017.

tuttavia si dovrà del pari riconoscere, nelle pieghe della disposizione in parola, anche una finalità reintegratoria del pregiudizio arrecato sempre nell'interesse primario del minore leso.

3.13. La clausola penale e la caparra confirmatoria

Il dibattito attorno alla natura giuridica degli istituti civilistici della clausola penale e della caparra confirmatoria si è, da sempre, attestato sul binomio funzione sanzionatoria e punitiva da un lato e funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale dall'altro.

Sin dalle prime e più importanti sentenze che hanno sollevato il problema della compatibilità dei danni punitivi con il nostro ordinamento, uno degli argomenti tradizionalmente spesi per argomentare nel senso del "via libera" all'ingresso dei risarcimenti sanzionatori è stato quello volto a rintracciare nelle pieghe di alcuni istituti codificati nel codice civile dei connotati punitivi.

Tra questi proprio gli istituti previsti dagli artt. 1382 e 1385 c.c.

L'evoluzione interpretativa del concetto di pena privata aiuta a fare luce sugli istituti appena richiamati (cfr.par. 3.1. e 3.13).

Per dirla con uno dei principiali studiosi della materia, infatti, "*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*"[317].

Merita, in particolare, di essere considerato quell'orientamento dottrinale che ha individuato una triplice articolazione delle pene private civilistiche: e così si

[317] MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata,* in BUSNELLI - SCALFI (a cura di), *Le pene private,* Milano1985, p. 236.

potrebbero individuare pene private legali, giudiziali e convenzionali e a seconda del tipo di fonte che di volta in volta venga in rilievo e considerazione[318].

Tra le pene private negoziali si dovrebbero annoverare, per l'appunto, la clausola penale e la caparra confirmatoria.

In particolare, l'istituto della clausola penale consente alle parti di convenire che in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento il contraente sia tenuto ad eseguire una determinata prestazione e indipendentemente dalla prova del danno. Il risarcimento sarà quindi limitato alla prestazione oggetto di pattuizione "se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore" (art. 1382 comma 1).

Già nel citato caso Fimez (vd par 3.3.) le argomentazioni spese dalla ricorrente statunitense al fine di convincere gli Ermellini per la delibabilità della sentenza della Corte dell'Alabama recante la condanna della società italiana al pagamento della somma di 1 milione di dollari, hanno fatto leva sulla natura punitiva della clausola penale per concludere per l'assenza di contrasto tra condanne di tipo punitivo con l'ordinamento giuridico italiano.

Gli Ermellini tuttavia respingevano questa conclusione e coglievano l'occasione per ripercorrere i tratti essenziali dell'istituto in parola che "*assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria*". Infatti, ove l'ammontare oggetto di pattuizione "*venga a configurare secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice un abuso o sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta*"[319]. Nessuna funzione, anche solo latamente punitiva, dunque.

In definitiva,se la somma che è prevista a titolo di penale è dovuta a prescindere dalla prova del danno subito e quindi da uno stretto collegamento con *il quantum* risarcitorio, nondimeno risulterebbe del pari da escludere che la clausola penale

---

[318] MOSCATI, *ibidem,* p. 238

[319] OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Resp. civ. prev.,* 2007, 1983.

possa svolgere una funzione punitiva caratterizzante invece le condanne nordamericane. Qui la netta sproporzione tra il danno liquidato e quello effettivamente subito dal danneggiato, mostra il chiaro collegamento a filo doppio alla condotta dell'autore che quindi si pretende di sanzionare e non, invece, alla perdita patita dal soggetto danneggiato.

Ciò troverebbe vieppiù conferma nella previsione del potere ufficio del giudice di ridurre l'ammontare della penale quale potere funzionale alla tutela dell'interesse ad una proporzione ed equilibrio delle contrattazioni[320].

Le argomentazioni della Cassazione nella pronuncia *Fimez* riassumono uno dei due poli del dibattito sulla natura giuridica dell'istituto della clausola penale e, sebbene non pienamente condivisibili nelle conclusioni rassegnate, contribuiscono a gettare luce sulla reale portata del dibattito che ha interessato l'istituto[321].

Sull'altro versante si colloca infatti il diverso orientamento dottrinale e giurisprudenziale che ritiene, invece, in linea con le argomentazioni spese dai ricorrenti nel caso Fimez, che la clausola penale assolva ad una fondamentale e incontestabile funzione sanzionatoria e, per tale ragione, non ci sarebbero ostacoli di sorta a riconoscere l'ingresso dei danni puntivi nel contesto ordinamentale interno. Se la penale è dovuta anche in mancanza della prova del danno subito,

---

[320] FAVA, cit. p. 251 e ss.; PALASCIANO, *La riducibilità ex officio della clausola penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda*, in *Nuova giur.civ. comm.* 2004, I, 555.

[321] Tra i maggiori sostenitori di questo orientamento vi è BIANCA, *La responsabilità*, Vol. V, in *Diritto Civile,* Giuffrè, 2012.

Si tratta di un'impostazione in linea con La Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942): "*632. Il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 del c.c. è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale. Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 cod. civ. del 1865, perciò tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno, di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno (art. 1382, secondo comma). Il risarcimento del danno superiore all'importo della pena é consentito (se le parti lo hanno convenuto), per un avvicinamento al sIstema romanistico che, com'è noto, era contrario alla disposizione dell'art. 1230, secondo comma, cod. civ. del 1865*".

risulta evidente come la stessa assurgerebbe ad una vera e propria forma di autotutela privata a tutto vantaggio del creditore. In ciò presenterebbe maggiori punti di contatto con le pene private piuttosto che con le pene di tipo pubblicistico: "*il carattere sanzionatorio della penale si rivela non tanto nella sua afflittività (caratteristica più propria delle pene pubbliche), cioè nel male che viene a soffrire il debitore inadempiente, quanto piuttosto nel vantaggio che ne trae il creditore, nella sua funzione ciecamente e fatalmente satisfattiva: la penale sarà dovuta anche in assenza di qualsiasi danno*"[322].

La conferma di tale impostazione sarebbe confortata proprio da quanto previsto dal secondo comma della norma a mente del quale la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

La tesi da ritenersi preferibile è quella mediana che riconduce alla clausola in parola una doppia anima: risarcitoria e sanzionatoria. Indubbiamente l'istituto realizza, per il tramite della liquidazione anticipata del danno, un rafforzamento del vincolo contrattuale. Al contempo la sanzione in caso di inadempimento a carico del contraente che non assolve agli obblighi contrattualmente pattuiti realizza una funzione punitiva[323].

Il diverso istituto della caparra confirmatoria, previsto dall'art. 1385 c.c. ha conosciuto un *iter* interpretativo in relazione alla dialettica funzione punitiva – funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale, non troppo dissimile da quello che ha coinvolto la clausola penale[324]. La norma prevede che "1. se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta; 2. se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto,

---

[322] FRATINI, *Compendio di Diritto civile,*Nel Diritto, p. 903; così anche ZOPPINI, *La pena contrattuale,* Milano, 1991p. 160.

[323] CHINE' G, FRATINI M., ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, VIII ed., Nel Diritto Editore, Roma, 2016.

[324] VITI, *I rapporti tra caparra confirmatoria e risarcimento del danno,* in *Giur. It.* n. 2/2014.

ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra".

Dal disposto dei primi due commi dell'art. 1385 c.c. emerge come, *prima facie,* sia triplice la funzione della caparra confirmatoria: in primo luogo alla stessa si potrebbe primariamente ricondurre una funzione di rafforzamento del contratto; secondariamente la stessa genererebbe una forma di anticipo della prestazione dedotta nel vincolo, e infine realizzerebbe una forma di indennizzo preventivo per l'eventuale inadempimento, o per il ritardo. L'orientamento maggiormente seguito in giurisprudenza propende per l'esclusione della funzione punitiva dell'istituto in parola. In particolare, in una pronuncia del 2006 la Cassazione ha stabilito come alla stessa vada ricondotta una primaria funzione di autotutela privata, consentendo alle parti di sciogliersi dal vincolo contrattuale senza ricorrere al giudice, nonché di preventiva liquidazione del danno derivante dal recesso cui la parte è stata costretta a causa dell'inadempimento dell'altra[325].

Tuttavia, a parere di chi scrive, potrebbe discutersi anche in merito ad una possibile funzione compulsiva e coercitiva della caparra almeno laddove la stessa, nel consentire all'*accipiens* di incamerare la somma di denaro dedotta in contratto in previsione dell'inadempimento dell'altra parte, prescinderebbe totalmente dal danno prodotto. Ciò troverebbe vieppiù conferma nel dato, rilevato da una parte della dottrina, per cui la funzione risarcitoria sarebbe invero piuttosto rara se solo

[325] Si tratta di Cass. civ. Sez. III, (ud. 19-01-2006) 16-05-2006, n. 11356: "la caparra confirmatoria si distingue pertanto nettamente sia rispetto alla caparra penitenziale (la quale costituisce il corrispettivo del diritto di recesso: v. Cass., 10/6/1991, n. 6561; Cass., 5/12/1988, n. 6577) sia dalla clausola penale (v. Cass., 13/5/2004, n. 9091). Diversamente da quest'ultima, in particolare, essa non pone un limite al danno risarcibile, ben potendo la parte non inadempiente recedere senza dover proporre domanda giudiziale o intimare la diffida ad adempiere (v. Cass,, 14/3/1988, n. 2435; Cass., 13/11/1982, n. 6047) e trattenere la caparra ricevuta ovvero esigere il doppio di quella prestata a totale soddisfacimento del danno derivante dal recesso, senza dover dimostrare di aver subito un danno effettivo; ovvero - come appunto avvenuto nel caso - non esercitare il recesso e chiedere la risoluzione del contratto e l'integrale risarcimento del danno sofferto in base alle regole generali (art. 1385 c.c., comma 3), e cioè sul presupposto di un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza (v. Cass., 20/9/2004, n. 18850; Cass., 29/1/2003, n. 1301".

si considera che nella maggior parte dei casi l'ammontare della caparra è significativamente contenuto[326].

Pur permanendo degli innegabili tratti distintivi tra i due istituti sarebbe forse più corretto guardare alla caparra confirmatoria come una sanzione contrattuale che opera a favore di una delle due parti contrattuali.

3.14. Le fattispecie previste dalla legislazione speciale

Come sottolineato quando sono stati analizzati nel dettaglio i passaggi argomentativi delle SS.UU. del 2017, il riconoscimento, da parte dell'interpretazione pretoria di una curvatura anche sanzionatoria della responsabilità civile, non è passata per il tramite di una reinterpretazione delle norme condensate nel capo IX del titolo V del libro sulle obbligazioni del codice civile, quanto piuttosto per il tramite del richiamo a numerose disposizioni della legislazione speciale - quindi collocate al di fuori della normazione codicistica - che nel corso del tempo il legislatore nazionale avrebbe introdotto; si tratterebbe di norme tutte collegate tra di loro dal filo rosso della deterrenza.

L'interrogativo che questa interpretazione e valutazione della giurisprudenza in ordine alla genesi e alla *ratio* della funzione anche deterrente dell'illecito, porta con sé è quello relativo alla possibilità di ricondurre *tout court* tali disposizioni nell'alveo delle norme sulla responsabilità civile.

Ciò che sembrerebbe emergere all'esito della lettura delle Sezioni Unite del luglio del 2017 sarebbe un duplice atteggiamento espansivo della responsabilità civile che già diversi anni prima un'illuminata dottrina aveva posto in risalto: "*il primo si concretizza nel graduale accrescersi delle ipotesi di danno risarcibile; il*

[326] Così ROSSELLI, *Clausola generale e caparra. I principi generali e la disciplina delle fattispecie* in *Diritto.it,* 2017.

secondo si manifesta in una tendenza espansionistica di invasione di altri territori dell'ordinamento" [327].

Come già anticipato le norme cui si fa riferimento sono intervenute a regolare settori peculiari quale quello processuale o giuslavoristico o anche il settore della proprietà industriale, per arrivare persino a toccare i confini della depenalizzazione[328].

In tutti i casi che verranno di seguito e nel dettaglio esaminati, la caratteristica precipua consiste nella circostanza per cui, a fronte della violazione da parte del soggetto attivo (e si badi bene, si è evitato opportunamente l'espressione "colpevole" per l'assorbente ragione per cui in talune fattispecie l'elemento soggettivo non assume alcun peso specifico), di un precetto di tipo legale o anche giudiziale, la conseguente condanna al pagamento di una somma di denaro risulta slegata dal danno che ne dovesse essere scaturito e, di conseguenza, anche dalla quantificazione dell'ammontare della prestazione pecuniaria a carico del danneggiante.

Tale *quantum* sanzionatorio verrà, a seconda dei casi, determinato in considerazione del grado di colpevolezza del danneggiante (nelle ipotesi, si intende, in cui l'elemento soggettivo assuma una rilevanza e preponderanza, versandosi per converso, in molte altre ipotesi – forse la maggior parte – in forme di responsabilità senza colpa) oppure in relazione al peso dell'interesse giuridico che la norma violata era funzionale a proteggere e tutelare. In altri casi ancora l'importo della condanna verrà commisurato all'eventuale vantaggio che il trasgressore sia venuto a conseguire in conseguenza e grazie all'illecito commesso.

In alcuni casi, tutte le disposizioni con queste caratteristiche, sono state considerate nella loro autonomia ontologica, vale a dire in maniera

---

[327] CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale,* in *Eur. Dir. Priv.* 2008, p. 315 e ss.

[328] GRANELLI, *In tema di danni punitivi,* in *Resp.civ.* 2014, 1760. Sul punto illuminante l'analisi condotta da DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie: studio per una teoria dei "danni puniti",* Padova, 2018.

dogmaticamente slegata dalla sistematica dell'illecito aquiliano di cui agli artt. 2043 – 2055 c.c.

In altri invece, e da ultimo proprio per voce dei Giudici delle SS.UU. del 2017, queste norme sono state riguardate come altrettante ipotesi di illeciti aquiliani, diversi dal 2043 c.c. ma pur sempre allo stesso in qualche modo riconducibili.

Senza indulgere qui sull'opportunità delle opzioni interpretative portate avanti dall'uno e dall'altro orientamento, basti qui osservare come la settorialità delle norme in parola, spesso collocate addirittura al di fuori di un vero e proprio impianto codicistico (si pensi alla norma di cui all'art. 32, comma 5 della legge del 4 novembre 2010 n. 183 in materia di proprietà industriale), già basterebbe di per sé per escludere una loro riconducibilità senza remora alcuna nelle maglie del 2043 c.c.[329].

Risulta a questo punto di tutta evidenza come il merito delle SS.UU. D'Ascola sia stato anche quello di fornire una ricchissima rassegna delle fattispecie contemplate dalla legislazione speciale presentanti una innegabile funzione sanzionatoria[330].

---

[329] LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi,* in *Riv. Dir. civ.,* 317.

[330] Si riporta il pregevole passo della sentenza contenente tale elencazione:"*a incaricarsi di formare questo elenco, per definizione mai completo, sono state, oltre agli studi dell'Ufficio del Massimario, l'ordinanza di rimessione n. 9978/16 e la sentenza n.7613/15, chiamata a vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle misure di astreintes previste in altri ordinamenti (nella specie in quello belga). Quest'ultima ha recensito: " in tema di brevetto e marchio, il R.D. 29 giugno 1127, n. 1939, art. 86, e R.D. 21 giugno 1942, n. 929, art. 66, abrogati dal D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure dell'art. 124, comma 2, e art. 131, comma 2; il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della "gravità del fatto"; secondo alcuni, l'art. 709 ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; l'art. 614 bis c.p.c., introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, "tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"; il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza." Ha considerato "le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come - accanto alle disposizioni penali degli artt. 388 e 650 c.p. - l'art. 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento*

Non potendosi procedere ad una disamina puntuale di tutti gli istituti citati dalle SS.UU. risulta tuttavia opportuno soffermarsi su alcuni di essi, i principali.

---

dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 31, comma 2, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; l'art. 709 ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; o ancora il D.L. 22 settembre 2006, n. 259, art. 4, convertito in L. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di intercettazioni illegali".L'ordinanza 9978/16 ha menzionato tra gli altri: gli L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, e, soprattutto, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, (proprietà industriale), pur con i limiti posti dal cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158) e la venatura non punitiva ma solo sanzionatoria riconosciuta da Cass. n. 8730 del 2011; - il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 undecies, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria); - "il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3 - 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva". Entrambe le pronunce annettono precipuo rilievo alla L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che prevede una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa e al novellato art. 96, comma 3, c.p.c., che consente la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo l'art. 26, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Mette conto citare anche l'art. 28 del d.lgs n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

E ancora, si vedano l'art. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; il D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 28, comma 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriore norma di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32, commi 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento. L'elenco di "prestazioni sanzionatorie", dalla materia condominiale (art. 70 disp. att. c.c.) alla disciplina della subfornitura (L. n. 192 del 1998, art. 3, comma 3), al ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (D.Lgs. n. 231 del 2002, artt. 2 e 5) è ancora lungo. Non è qui il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi le vuol sottrarre ad ogni abbraccio con la responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto".

3.15 L'art. 12 della Legge sulla stampa (l.n. 47/1948)

La disposizione dell'art. 12 della Legge sulla stampa, rubricata "Riparazione pecuniaria" prevede che nel caso di diffamazione commessa a mezzo della stampa, la persona offesa possa agire oltre che per il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, anche per ottenere una somma a titolo di riparazione. Tale somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato. Il riferimento alla gravità dell'offesa ha indotto larga parte della dottrina a ritenere che si fosse in presenza di una disposizione chiaramente sanzionatoria che "*mira a drenare il vantaggio realizzato mediante la volontaria lesione dell'altrui reputazione, essendo in genere la diffusione dello stampato direttamente proporzionale agli utili conseguiti dal trasgressore*"[331].

Il riferimento all'art. 185 del codice penale costituisce un chiaro indice delle intenzioni del legislatore di slegare la fattispecie in esame dall'ambito strettamente risarcitorio tanto che in passato si è dubitato della stessa valenza civilistica dell'art. 12 per concludere per la natura di vera e propria sanzione penale della stessa. A parere di chi scrive, tuttavia, la norma in parola non può essere espunta dalla sistematica del diritto civile pur nella consapevolezza della natura ibrida della stessa. A far propendere per tale soluzione vi sono una serie di indici che meritano di essere valorizzati: in primo luogo il dato legale e quindi la mancata qualificazione della disposizione come reato; secondariamente, ma probabilmente si tratta del dato che ha il peso specifico maggiore, la necessità di una specifica istanza di parte.

---

[331] BARATTELLA, *Le pene private,* Milano, 2006, p. 297 e ss.; GRONDONA, *Ingiuria e diffamazione, danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi,* in *La Resp. Civ.* n. 12/2010

3.16. La disciplina in materia di proprietà intellettuale e industriale e la disciplina della retroversione degli utili: i disgorgement damages

Il settore della proprietà industriale e intellettuale è quello che ha permesso di registrare con maggiore frequenza il caso del conseguimento da parte del danneggiante di un vantaggio ingiusto e di importo spesso notevolmente superiore rispetto al danno inferto. Si tratta di due settori affatto peculiari in quanto interessati da un forte intervento del legislatore Eurounitario.

In tutti questi casi la reazione dell'ordinamento è stata quella di individuare un rimedio efficace nella consapevolezza dell'insufficienza del solo strumentario risarcitorio funzionale, di per sé, alla riparazione del danno ma non alla risoluzione della situazione di indebito arricchimento del danneggiante.

In materia di proprietà intellettuale la disciplina che viene in rilievo è quella condensata nell'art. 158 della Legge sul diritto d'Autore (legge n. 633 del 1941)[332]. Tale norma prevede che "1. chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. 2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì 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".

---

[332] Tra i più autorevoli contributi sul tema della tutela della proprietà intellettuale si veda FINOCCHIARO, *La tutela cautelare e reintegratoria, in Internet e il diritto dei privati. Persone e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, L. NIVARRA, V. RICCIUTO (a cura di), GIAPPICHELLI, TORINO, 2002; PALMIERI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?* lin Giur.it n. 10/2018.

Si tratta di una formulazione introdotta e innovata dal D.lgs. n. 140 del 2006 di trasposizione della direttiva *enforcement* n. 2004/48/CE che ha disciplinato la c.d. retroversione degli utili di cui si dirà meglio di seguito. Il riferimento agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. e al criterio della perdita dell'utile, rendono ragione di come, si tratti di un risarcimento che strizza l'occhio alla sanzione[333].

Considerazioni in parte analoghe possono essere svolte in relazione alla disciplina della proprietà industriale[334].

La norma di riferimento è l'art. 125 del codice della Proprietà Industriale: anche in questo caso la norma prevede che il risarcimento avvenga secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile ma aggiunge "tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione". Rispetto alla previsione di cui all'art. 158 della legge sul diritto d'autore, il legislatore individua espressamente tra i criteri liquidativi quello parametrato alle conseguenze economiche negative e ai benefici realizzati dall'autore della violazione.

---

[333] Sul punto si veda DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto* in *La Resp. Civile* n. 5/2009. Merita inoltre di essere menzionata la sentenza della CGUE del 25 gennaio 2017, C-367/15, che si è espressa in materia di danni punitivi e lesione del diritto di proprietà intellettuale ed ha così statuito "L'articolo 13 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, ai sensi della quale il titolare di un diritto di proprietà intellettuale che sia stato violato può chiedere all'autore della violazione di tale diritto o il risarcimento del danno subito, tenendo conto di tutti gli aspetti pertinenti del caso di specie, o, senza che detto titolare debba dimostrare il danno effettivo, il pagamento di una somma equivalente al doppio della remunerazione adeguata che sarebbe stata dovuta a titolo di concessione dell'autorizzazione per l'uso dell'opera di cui trattasi."

[334] ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell0art. 125 c.p.i,* in *Riv. Dir, ind,* 2013, Fasc 1- 23.

Ma l'aspetto davvero innovativo è disciplinato dal 3 comma della norma che prevede: "in ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento".

Il meccanismo liquidatorio che il comma disciplina è quello della retroversione degli utili che priva il danneggiante dei benefici derivanti ridondati dall'illecito al fine di disincentivare, *pro futuro*, condotte analoghe e strategicamente finalizzate al conseguimento di un indebito guadagno[335]. Si tratta di un meccanismo introdotto al fine di mitigare l'inefficacia del solo rimedio risarcitorio nella consapevolezza per cui "se il danneggiante è un operatore economico più efficiente del danneggiato, ad esempio perché ha una maggiore capacità imprenditoriale, è molto probabile che il risarcimento a cui sarà condannato per compensare il danno causato sia comunque inferiore rispetto ai profitti tratti dalla lesione"[336].

La norma è ancorata all'idea di comminare un risarcimento al danneggiato in virtù del vantaggio economico che l'autore della violazione ha realizzato ed è, quindi, volta a riparare la sfera patrimoniale del contraffattore piuttosto che quella del danneggiato. Pertanto, tale rimedio risarcitorio sembra esulare dalla tipica funzione compensativa del risarcimento per assumere una funzione sanzionatoria.

Si comprende quindi come la norma abbia sollevato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulle funzioni e la corretta collocazione dogmatica e sistematica dell'istituto. In effetti, la possibilità di ravvisare una funzione punitivo-deterrente della norma si ricollega alla previsione della possibilità di comminare

---

[335] PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti della proprietà industriale,* in *Dir. ind*., 2005, p.37.

[336] EPISCOPO, *Danni punitivi e plurifunzionalità della responsabilità civile,* 2011, p. 115.

una sanzione ulteriore nei confronti del danneggiante per quelle *royalties* ottenute in violazione del diritto di proprietà industriale[337].

Sebbene la relazione governativa al Codice di proprietà industriale aveva cercato di ricondurre la disciplina della retroversione degli utili nell'ambito della sistematica civilistica dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c., in dottrina e giurisprudenza il dibattito è stato piuttosto accesso.

Da un lato, secondo i sostenitori della minoritaria tesi risarcitoria, il beneficio ottenuto dal danneggiante dovrebbe essere assunto a parametro per il calcolo del mancato guadagno del danneggiato in modo tale da non eccedere i confini dell'*actual harm* subito e salvare la funzione compensativa dell'istituto, riconducibile così nelle maglie dell'illecito aquiliano. I fautori di questa impostazione giustificano la previsione di cui all'art. 125, comma 3, C.P.I, quella che in effetti genera le maggiori perplessità in punto di interpretazione in termini risarcitori, come una peculiare forma di restituzione sul modello dell'art. 2041 c.c. ma che dall'azione generale di ingiustificato arricchimento si differenzierebbe per la non necessaria presenza del requisito della diminuzione patrimoniale risultando sufficiente l'estrinsecazione della condotta lesiva del danneggiante e, in aggiunta, per la deroga al criterio di sussidiarietà previsto dall'art. 2042 c.c. [338].

La tesi maggiormente seguita e che, a parere di chi scrive, è quella maggiormente condivisibile, è quella che valorizza il carattere punitivo dell'istituto in parola. Sarebbe proprio la formulazione del comma 3 dell'art. 125 a non lasciare dubbi sul punto: in particolare l'enunciato "in ogni caso" all'incipit del comma non parrebbe lasciare particolari dubbi in merito alla valenza di *punitive damage* della disposizione in parola. Sarebbe infatti possibile ottenere la restituzione degli utili

---

[337] Ciò lo si potrebbe inoltre ravvisare ne nel fatto che il codice di proprietà industriale prevede all'art. 124 una forma di *astreintes* che dà al giudice, attraverso l'adozione di un'inibitoria, il potere di fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza. Così NAPOLITANO, *Danni punitivi in caso di lesione di diritti di proprietà industriale e intellettuale* in *iusinitienere,* 27 giugno 2020.

[338] POLETTI, *Qualche notazione sul risarcimento del danno da lesione della proprietà intellettuale, tra regole speciali e disciplina generale,* in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, 2008, I, Milano, Giuffrè, 339 – 358.

conseguiti per il solo fatto che si sia realizzata una situazione di lesione del diritto di proprietà industriale e, aspetto maggiormente rilevante, a prescindere dalla circostanza che l'autore abbia agito in buona o mala fede[339].

Ciò farebbe comprendere la massima distanza tra l'istituto della retroversione degli utili e la disciplina aquiliana del risarcimento del danno fondata invece sull'imprescindibile sussistenza dell'elemento soggettivo.

Nelle pieghe di questo orientamento è possibile scorgere l'eco dell'impostazione elaborata nei sistemi di *common law* in merito ai c.d. *discorgement damages:* questo tipo di danni che, è bene sottolinearlo, sono limitati ad illeciti di stampo economico, vengono considerati una delle molteplici manifestazioni dei danni punitivi in cui il legislatore avrebbe di fatto riconosciuto all'organo giudicante un potere di condanna a prescindere dalla prova dell'*an* e del *quantum* del danno e, in aggiunta, prescindendo dall'elemento soggettivo[340].

In definitiva a parere di chi scrive la tesi preferibile è quella che, sottraendo l'istituto dalle maglie del risarcimento del danno, ne valorizza la funzione punitiva e deterrente: si badi bene, non si tratta di un'endiadi ma della valorizzazione della duplicità funzionale della fattispecie che penderebbe maggiormente sul versante risarcitorio in tutti quei casi in cui l'autore si mostri del tutto inconsapevole della propria condotta illecita. Diversamente, qualora a venire in rilievo fosse un atteggiamento malizioso e deliberatamente preordinato al conseguimento di un indebito vantaggio, la funzione punitiva dovrà ritenersi quella predominante.

---

[339] FLORIDIA, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale,* in Il diritto industriale n. 1/2012.

[340] PARDOLESI, *Voce Disgorgement,* Enc. Giur., 2005, p. 1 e ss.

3.17. Le sanzioni in materia di manipolazioni del mercato: l'art.187 undecies TUF

Un altro settore che è stato tradizionalmente interessato dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito alle funzioni della responsabilità civile è quello relativo agli abusi di mercato. La norma di riferimento è l'art. 187 *undecies* del Testo Unico sulla Finanza introdotto dalla Legge sul risparmio n. 62/2005.

La stessa riconosce alla CONSOB (Commissione nazionale per la società e la borsa) la facoltà di costituirsi parte civile nei procedimenti per abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione di mercato (si tratta dei reati previsti, rispettivamente dall'art. 184 T.U.F. e 185 T.U.F. [341]); nel fare ciò 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". Anche in questo caso sono due i principali orientamenti in campo: in accordo al primo, suffragato dalla pronuncia della Cassazione penale n. 8588 del 2010, la norma avrebbe una funzione unicamente ripristinatoria e riparatoria dell'integrità del mercato inteso come entità astratta. Il danno infatti, non potrebbe in alcun caso intendersi come riferito alla sfera giuridica della stessa CONSOB[342]. A mente di un secondo e prevalente orientamento, invece, la norma avrebbe chiare finalità punitivo deterrenti: militerebbe per questa ricostruzione il riferimento al grado di riprovevolezza dell'illecito. Al di là dei numerosi aspetti critici della disposizione in parola che adombrerebbe addirittura lo spettro dell'incostituzionalità[343], la materia delle

---

[341] RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del Market Abuse* in *Le Società,* 2005, p. 810 e ss.

[342] Per un commento alla pronuncia citata si veda MAUCERI, *Abusi di mercato e responsabilità civile: danni all'integrità del mercato e danni non patrimoniali agli enti lucrativi lesi dal reato* in *La Nuova Giur. Civ. Comm.,* 2010.

[343] ALESSANDRI *Reati in materia economica* in PALAZZO – PALIERO, *Trattato teorico – pratico di diritto penale,* Torino, 2012, 103

sanzioni CONSOB costituisce l'ulteriore conferma della poliedricità del sistema risarcitorio italiano soprattutto nel contesto della legislazione speciale.

3.18. La disciplina in materia di depenalizzazione: il d.lgs n. 7/2016

Con la legge delega per la "Riforma della disciplina sanzionatoria" (l.n. 67 del 28 aprile 2014) sono stati emanati i decreti attuativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016 allo scopo precipuo di creare un meccanismo deflattivo del sistema sanzionatorio penale[344]. Il risultato è stato quello di depenalizzare alcune fattispecie penali in considerazione del loro limitato grado di offensività per trasformarle, in alcuni casi, in illeciti di tipo amministrativo, in altri casi in sanzioni punitive di tipo civile che si vanno ad affiancare al risarcimento del danno secondo gli ordinari criteri civilistici[345].

La novità introdotta dalla riforma è evidente: infatti, sebbene nel nostro ordinamento si siano registrati altri interventi di "depenalizzazione" con la trasformazione di illeciti penali in illeciti di tipo amministrativo, l'introduzione della categoria della "sanzione pecuniaria civile" rappresenta una novità di assoluto rilievo che potrebbe essere salutata come il vero e principale grimaldello che permetta la definitiva acquisizione della figura propria del diritto anglosassone dei *punitive damages* [346]. Vediamo perché.

Si tratta dell'abrogazione di varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio incidenti su interessi di tipo privato e per questo procedibili a querela di parte: tra questi l'ingiuria (art. 594 c.p.), la

---

[344] PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014))* in *Rlv.it. dir.proc.pen.,* 4/2014, p. 1692.

[345] Per le problematiche di diritto intertemporale si veda SANTISE, op.cit. p.1025 e ss.

[346] Per una illuminante ricostruzione delle pene private da una prospettiva penalistica si veda BRICOLA*, La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, ne *Il Foro Italiano,* 1985, vol. 108, n. 1 (gennaio 1985).

sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.), il danneggiamento (art. 635 c.p.), l'appropriazione di cose smarrite (art. 647 c.p.), nonché alcune rilevanti fattispecie di falsità documentali in materia di scrittura privata (art. 485 c.p.) e di foglio firmato in bianco (art. 486 c.p.).

L'art. 2, comma III lett. e della legge n. 67/2014 individua i criteri per la rideterminazione delle sanzioni per le fattispecie trasformate in illeciti amministrativi: e) prevedere, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, sanzioni adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche; prevedere come sanzione principale il pagamento di una somma compresa tra un minimo di euro 5.000 ed un massimo di euro 50.000…".

Quanto alle sanzioni pecuniarie civili il comma 3 lett. d) prevede che tale sanzione "fermo restando il suo carattere aggiuntivo rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'offeso, indichi tassativamente: 1) le condotte alle quali si applica; 2) l'importo minimo e massimo della sanzione; 3) l'autorità' competente ad irrogarla". La successiva lettera e) indica, anche in questo caso, l' "identikit" di queste sanzioni. La riforma è infatti ispirata al criterio direttivo volto a "e) prevedere che le sanzioni pecuniarie civili relative alle condotte di cui alla lettera a) siano proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

Così disciplinate, queste nuove sanzioni appaiono, *prima facie*, discutibilmente ascrivibili alla categoria delle pene private presentando invece una natura più spiccatamente pubblicistica: infatti l'importo delle stesse non è devoluto alla parte privata, come è proprio di ogni sanzione civile, ma alla Cassa delle Ammende

(art.10, d.lgs.); in aggiunta la misura è applicata d'ufficio, come corollario dell'accoglimento della domanda di risarcimento, e non su istanza di parte[347].

Ciò ha trovato conferma nella formulazione degli artt. 3 e seguenti del d.lgs. 7/2016 che, in primo luogo, stabilisce al primo comma dell'art. 3 che i fatti illeciti oggetto di depenalizzazione, "se dolosi, obbligano, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita"; che, la prescrizione è quinquennale in accordo all'art. 2947 c.c. (art. 3 comma 2); e che i criteri di commisurazione delle sanzioni sono: a) gravità della violazione; b) reiterazione dell'illecito; c) arricchimento del soggetto responsabile; d) opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; e) personalità dell'agente; f) condizioni economiche dell'agente (art.5);

Si tratta di indici e requisiti che abbiamo visto essere tipici dei *punitive damages* e, sebbene l'intervento normativo sin qui analizzato non abbia mancato di sollevare numerose perplessità[348], nondimeno allo stesso è possibile guardare come uno dei tanti, nuovi, indici di apertura della responsabilità civile ad istanze che un tempo le erano del tutto sconosciute.

---

[347] MONDINI, *Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civil*e in magistraturaindipendente.it, 08 gennaio 2017.

[348] BELLI, *Nuove depenalizzazioni tra privatizzazione della pena e pubblicizzazione del risarcimento* in Altalex.com 29 marzo 2016"*E soprattutto, irretroattività della norma deteriore, con conseguenti primi dubbi di costituzionalità in merito alle norme dei dd.lgs. 7 e 8/2016 che hanno sanzionato certi illeciti con "pene" amministrative o civili di molto superiori rispetto a quelle previste in precedenza, quando i fatti erano penalmente rilevanti (cfr. artt. 4 d.lgs. 7/2016, art. 1 d.lgs. 8/2016). Alla luce di tutto quanto precede, il futuro riserva non pochi interrogativi all'operatore del diritto che verrà a confrontarsi quotidianamente con le nuove categorie introdotte dai decreti di depenalizzazione nn. 7 e 8 del febbraio 2016. In particolare, ci si dovrà chiedere se abbia avuto luogo una vera depenalizzazione, se quelle introdotte sotto l'etichetta di "sanzioni pecuniarie civili" siano in realtà sanzioni o delle vere e proprie pene, se a tali strumenti sanzionatori debbano applicarsi (e se sì in che misura) le garanzie costituzionali del principio di legalità e di personalità della responsabilità. Ci si dovrà inoltre chiedere se l'applicabilità retroattiva delle sanzioni civili (e di quelle amministrative) sia compatibile con i principi costituzionali e sovranazionali in materia di irretroattività della norma penale deteriore*".

3.19. Danni punitivi e danno ambientale

Prima dell'introduzione del D.lgs. n.152 del 2006 (meglio noto come Codice Ambiente) il risarcimento del danno ambientale era rimesso alla determinazione equitativa del giudice in relazione alla gravità della colpa dell'autore dell'illecito e del profitto dallo stesso conseguito. Questo era quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 349 del 1986 che al comma 6 espressamente statuiva: "*il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino, e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali*". Al comma ottavo dell'art. 18 si legge che: "*il giudice nella sentenza di condanna, dispone, ove sia possibile, il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile*".

Con la Direttiva 2004/35/CE la prospettiva è radicalmente cambiata unitamente allo stravolgimento totale dei criteri posti a presidio del risarcimento del danno all'ambiente: nello specifico ha previsto che lo stesso debba avvenire tramite misure di tipi riparativo: c.d. principio del "chi inquina paga"[349].

Il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'Ambiente) ha recepito in Italia la suddetta Direttiva 2004/35/CE[350].

Le sfumature deterrenti e punitive della disposizione in parola erano, quindi, di palmare evidenza.

Il Codice dell'Ambiente sembrerebbe, *prima facie,* aver ricondotto il danno ambientale nelle maglie dell'illecito aquiliano[351]. L'articolo di riferimento è il 311

---

[349] SALANITRO, *il principio "chi inquina paga": - responsibility e liability,* in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 1/2020.

[350] BIANCO – BORDI – GALLO, *Il risarcimento del danno all'ambiente: il caso Pieve Vergonte,* in Ambiente & sviluppo n. 12/2018.

[351] "*La nuova filosofia e i nuovi criteri di risarcimento del danno all'ambiente sono caratterizzati dalla totale assenza di intenti inutilmente punitivi e sono volti unicamente all'effettivo recupero ambientale. Il caso di Pieve Vergonte, a quanto consta, è stato il primo caso rilevante di applicazione delle nuove misure di riparazione stabilite dal D.Lgs. n. 152/2006. Si tratta di un caso*

che prevede come rimedio principale in caso di danno ambientale quello del ripristino dello *statu quo ante* o, in via sussidiaria, qualora ciò non sia possibile, il risarcimento per equivalente a favore dello Stato[352]. Secondo autorevole dottrina,

---

emblematico, ove era stata comminata una enorme condanna pecuniaria (circa 2 miliardi di euro) in una situazione per la quale è emersa l'assenza di un danno alla salute e in cui l'ambiente è risultato già sostanzialmente ripristinato. In questo importante caso la rigorosa applicazione della nuova normativa, accompagnata da un approfondito lavoro tecnico sulle reali condizioni dell'ambiente e sull'assenza di rischi ecologici e sanitari, ha consentito di individuare le migliori misure per conseguire il completo ripristino, cioè il ritorno dell'ambiente alle condizioni originarie… Inoltre, mediante la riparazione "compensativa", vengono restituite all'ambiente le perdite temporanee subite per effetto del tempo corrente tra il momento del danno e il ritorno dell'ambiente alle condizioni originarie": così BIANCO – BORDI – GALLO, ibidem.

[352] Art. 311 Codice dell'ambiente "1. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare agisce, anche esercitando *l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto.*

2. Quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguirne la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti.

3. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare provvede in applicazione dei criteri enunciati negli allegati 3 e 4 della presente parte sesta alla determinazione delle misure di riparazione da adottare e provvede con le procedure di cui al presente titolo III all'accertamento delle responsabilità risarcitorie. Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentito il Ministro dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'allegato 3 alla presente parte sesta i criteri ed i metodi, anche di valutazione monetaria, per determinare la portata delle misure di riparazione complementare e compensativa. Tali criteri e metodi trovano applicazione anche ai giudizi pendenti non ancora definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del decreto di cui al periodo precedente. Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale. Il relativo debito si trasmette, secondo le leggi vigenti, agli eredi, nei limiti del loro effettivo arricchimento".

infatti, tale riforma avrebbe mitigato la funzione deterrente del danno ambientale così come era prevista nella previgente normativa[353].

In realtà a tale assunto si potrebbe obiettare in senso diametralmente opposto considerando alcuni indici peculiari valorizzati in altre disposizioni di poco successive. Il riferimento va all'art. 314, comma 3 del Codice dell'Ambiente a mente del quale, prima dell'intervento legislativo del 2013 (Legge 6 agosto 2013, n. 97) "*ove non sia motivatamente possibile l'esatta quantificazione del danno non risarcibile in forma specifica, o di parte di esso, il danno per equivalente patrimoniale si presume, fino a prova contraria, di ammontare non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa, oppure alla sanzione penale, in concreto applicata. Se sia stata erogata una pena detentiva, al fine della quantificazione del danno di cui al presente articolo, il ragguaglio fra la stessa e la somma da addebitare a titolo di risarcimento del danno ha luogo calcolando quattrocento euro per ciascun giorno di pena detentiva*". Sebbene dal tenore della disposizione la funzione sanzionatoria sembrava in parte essersi attenuata rispetto alla previsione del previgente art. 18 della legge del 1986, nondimeno il riferimento all'impossibilità di procedere ad "un'esatta quantificazione" e la conseguente presunzione quantificatoria continuavano a mostrare delle inclinazioni chiaramente punitive.

A risolvere il problema qualificatorio e interpretativo sul punto, è intervento il legislatore del 2013 espungendo dalla norma il capoverso soprariportato.

L'intervento legislativo in parola, introdotto all'esito della procedura di infrazione aperta dalla Commissione Europea nel 2012 per il permanere nella legislazione ambientale italiana di disposizioni sanzionatorie e non riparatorie come invece richiesto dalla Direttiva del 2004 all'Allegato II, sembrerebbe avere epurato la disciplina del danno ambientale da ogni curvatura sanzionatoria. A

[353] PATTI, *Danno e Responsabilità,* Torino, Giappichelli, 2013: l'autore sottolinea come, rispetto alla precedente formulazione legislativa, la predeterminazione dei criteri quantificatori del danno ambientale sembrerebbe allontanare lo stesso dalla logica propria dei *punitive damages.*

parere di chi scrive, tuttavia, la travagliata storia interpretativa delle funzioni di volta in volta ricondotte alla sistematica del risarcimento del danno ambientale rende testimonianza di come la materia in questione sia stata sempre sensibile ad inclinazioni deterrenti nell'ottica della garanzia dell'effettività della tutela dell'ambiente[354].

3.20. Alcune considerazioni conclusive all'esito delle SS.UU. del 2017

Conclusivamente, l'analisi di alcuni dei principali istituti previsti dal codice civile e dalla legislazione speciale che hanno e tutt'ora continuano ad adombrare sfumature sanzionatorie, portano a comprendere come l'indagine sulle funzioni della moderna responsabilità civile dovrà necessariamente prendere le mosse da quello che la stessa Cassazione ha posto in risalto e che illustri studiosi hanno definito come diritto vivente performativo[355].

Ciò che all'esito della pubblicazione di questa attesa pronuncia viene consegnato all'interprete è un messaggio chiaro solo in parte: è stato fatto notare come in alcuni passaggi argomentativi della pronuncia non sia dato, esattamente, evincere se la responsabilità civile presenti una propria innata vocazione anche sanzionatoria, tale da ricomprendere nella sua sfera applicativa anche istituti dalla indiscussa valenza deterrente, o se sia proprio per il tramite della riconduzione di tali istituti nell'alveo della sistematica dell'illecito che lo stesso finisca per assorbirne i connotati punitivi[356].

---

[354] D'ADDA, *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento,* in *Nuova giur. Civ.* 2013, 7-8; SCOGNAMIGLIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile,* in *Resp. civ. e prev.* N. 4/2013.

[355] MESSNER, *«Diritto vivente» – performativo, non discorsivo*, in *Pol. dir.*, 3/2011, p. 413 ss.

[356] RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative,* in *Resp. civ. e prev.* n. 6/2018, il quale sottolinea come tale ambiguità interpretativa sia a maggior ragione confermata e implementata dalla ricchezza terminologica a disposizione; l'autore allude in

Del resto, come già aveva avvertito uno dei più illuminati commentatori della sentenza D'Ascola "delibare una sentenza di danni puntivi non significa che essi debbano ritenersi inclusi ormai nel modello risarcitorio del nostro ordinamento"[357].

Il dubbio interpretativo sorge proprio laddove, nell'affermare il carattere polimorfo della responsabilità civile, le SS.UU. ritengono essenziale – quasi a voler dettare una conseguente regola operativa - la presenza di un'ulteriore disposizione di legge cui ancorare, nell'applicazione pratica, tale funzione deterrente[358].

Il rischio sarebbe quello di ricadere in una visione panaquiliana della sistematica del risarcimento del danno che finirebbe per ricondurre ogni risultato corrispondente all'equazione "lesione di un interesse giuridicamente tutelato – conseguenza negativa – risarcimento" nelle maglie dell'art. 2043 c.c. con eccessivo, conseguente, allargamento dei confini stessi della norma in parola[359].

Inoltre, se si volesse riconoscere come essenziale per la soddisfazione di una funzione dissuasiva, data – a questo punto – per consolidata la sua conformità ai valori dell'ordinamento, in un'ottica di migliore allocazione del danno, un'implementazione del *quantum* risarcitorio ciò dovrebbe portare anche alla considerazione del possibile risvolto sul piano degli aspetti assicurativi: la conseguenza immediata ed evidente sarebbe un rialzo dei premi di assicurazione

---

particolare, al significato racchiuso nello stesso termine "riparazione": essa è già di per sé infatti una forma di deterrenza racchiudendo quindi una funzione anche punitiva.

[357] CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia,* in *Europa e Diritto Privato,* 2017.

[358] Sul punto risulta esplicativa la disamina di LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi,* in *Riv. Dir. civ.,* 2018, 317.

[359] Una possibile soluzione a tale, allettante e facile ricaduta interpretativa viene da MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2011, 247 e ss. Secondo cui la via di fuga sarebbe rappresentata dal ricorso e dal riferimento all'equità giudiziale di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c. che permetterebbero al giudice e all'interpretazione pretoria il riconoscimento di risarcimenti punitivi senza dover necessariamente allargare le maglie del 2043 c.c.

o, in caso di responsabilità civile non (ancora) assoggettata ad un obbligo assicurativo, una possibile fuga dal pagamento delle condanne risarcitorie[360].

Quello che è certo è che l'impostazione classica che milita nel senso della funzione prevalentemente, se non esclusivamente, riparatoria e compensativa della responsabilità civile appare ormai difficilmente sostenibile, soprattutto in presenza di "numerosi punti di emersione normativa di una curvatura funzionale sanzionatoria ", e che trovano la loro giustificazione, nell'esigenza ormai avvertita come urgente, al cospetto dell'emersione di nuove occasioni di danno, di arricchire lo strumentario della tutela civile dei diritti dell'individuo.

Il messaggio che i giudici della Cassazione sembrano consegnare è, dunque, proprio questo: "non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi" e, pertanto, le tre principali funzioni della responsabilità civile, quella compensativa, quella deterrente e quella sanzionatoria, hanno pari dignità e importanza in nome di una vera e concreta polifunzionalità che riguarda ai *punitive damages* non solo e non tanto quando ci si trovi in presenza di una sentenza straniera da riconoscere, ma quale istituto che permea lo stesso sistema ordinamentale interno in vista dell'obiettivo primario di giungere all'integrale riparazione del danno a migliore garanzia e tutela dei diritti dell'individuo[361].

---

[360] Si tratta di un rischio piuttosto concreto che si "*materializza quando troppo si vuole concedere al senso comune di giustizia o di vendetta".* RIZZO, *op.cit.,* 1985.

[361] Non sono mancate autorevoli opinioni dissenzienti sulla reale valenza punitiva del novero di disposizioni citate dalle Sezioni Unite del 2017. Tra queste si veda TRIMARCHI *Responsabilità civile punitiva)* in *Rivista di diritto civile* 4/2020.

3.21. Un primo bilancio sull'evoluzione giurisprudenziale dal 2007 alle SS.UU. del 2017. La pronuncia del Tribunale di Bergamo del 30 marzo 2018: il caso Ryanair

Dall'analisi della giurisprudenza che ha avuto occasione di interrogarsi sulle funzioni della responsabilità civile si può cogliere un chiaro segnale sociale: "i danni punitivi, in quanto espressione della duplice funzione sanzionatoria e deterrente, si pongono in una prospettiva ampia che abbraccia non soltanto ragioni giuridiche ma altresì sociali, politiche e filosofiche"[362].

Preliminarmente, al netto del pregio stilistico e contenutistico che, come ampiamente sottolineato, caratterizza la sentenza in esame, non sono mancate posizioni critiche in ordine ad alcuni passaggi della pronuncia stessa[363] .

Le ricadute delle SS.UU del 2017 non hanno tardato a manifestarsi nel dibattito della giurisprudenza di merito dando voce a quella che è stata efficacemente definitiva come una "tendenza espansiva dettata dal fascino della potestà punitiva"[364].

Merita di essere all'uopo analizzata una recente pronuncia del Tribunale di Bergamo del 30 marzo 2018 che ha riaffrontato la problematica della comminatoria di sanzioni di tipo risarcitorio in una materia peculiare, quella giuslavoristica, andando anche oltre le acquisizioni delle SS.UU. del 2017.

Il caso riguardava la condotta della società di trasporto aereo *low cost* Ryanair che aveva apposto nel contratto individuale di lavoro del personale di volo una clausola contenente la previsione della cessazione immediata dal vincolo contrattuale in ipotesi di adesione del lavoratore dipendente ad un'iniziativa di sospensione lavorativa promossa da un'organizzazione sindacale cui lo stesso era

---

[362] RINALDO, *I danni punitivi,* Tavola Rotonda – Cagliari 9 maggi0 2018, cit. p.122

[363] LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2018, p. 31.

[364] MAZZACUVA, CIT. p. 146.

iscritto[365]. A ciò si era accompagnato il rilascio periodico di dichiarazioni aventi come scopo ultimo quello di dissuadere i dipendenti ad iscriversi ad un determinato sindacato. Il Tribunale di Bergamo, nel condannare Ryanair - in conseguenza della condotta discriminatoria consistita nel precludere l'accesso al lavoro in ragione di convinzioni personali e politiche di potenziali lavoratori – al risarcimento punitivo dei danni procurati al lavoratore, ha avuto occasione di rimettere mano alla tematica dei *punitive damages i*n un settore che già le SS.UU. del 2017, nell' "arcipelago di previsioni" richiamate, avevano preso in considerazione.

Tra le disposizioni richiamate dalle Sezioni Unite vi erano infatti previsioni e disposizioni antidiscriminatorie. Tuttavia, la Suprema Corte, pur richiamandole, non si era spinta, con sicurezza, ad identificarle come fattispecie di carattere tendenzialmente punitivo come ad invece aveva fatto con le previsioni di cui all'art. 96 comma 3 c.p.c. e all'art. 709 ter c.p.c.

A dare una sicura collocazione punitivistica alle disposizioni nazionali antidiscriminatorie in materia giuslavoristica ci pensano i giudici bergamaschi.

Ciò che il sindacato CGIL dei trasporti contestava agendo in giudizio contro la società scandinava era appunto la natura discriminatoria della clausola contenuta nel contratto individuale di lavoro di cui ne chiedevano la cancellazione e l'annullamento unitamente, e qui il dato maggiormente rilevante, alla pubblicazione della sentenza di condanna su almeno tre quotidiani nazionali e al risarcimento del danno da determinarsi in via equitativa[366].

I danni punitivi sono tornati alla ribalta anche nella giurisprudenza del Tribunale di Siracusa del 05.12.2018. Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici siciliani,

---

[365] La clausola testualmente prevedeva che il contratto individuale di lavoro: "rimarrà in vigore per tutto il tempo che il personale di cabina Ryanair contatti direttamente il datore di lavoro e non effettui interruzioni di lavoro (*work stoppage)* o qualunque altra azione di natura sindacale".

[366] A differenza del precedente posto all'attenzione del Tribunale di Busto Arsizio pochi giorni prima (5 febbraio 2018) dove la CGIL aveva agito contestando la condotta contraria alle regole sindacali della Compagnia, notoriamente incline a comportamenti antisindacali, qui l'oggetto del contendere era tutto concentrato sulla natura discriminatoria della clausola in questione.

nell'affrontare una tematica già molto battuta a seguito della copiosa produzione dottrinale e giurisprudenziale successiva alle SS.UU. del 2017, ha dato la stura per l'approfondimento della tematica da un angolo visuale diverso.

In primo luogo, lo stesso concetto di ordine pubblico viene inteso in un'accezione più evoluta e aperta rispetto alla nozione condensata nella sentenza del 2017. Si tratta di un concetto che ingloba nel suo alveo non solo i principi fondamentali e le tradizioni giuridiche espresse dalle norme italiane, ma anche quel nucleo di principi e diritti di matrice europea così come riconosciuti e ratificati dagli Stati membri. In secondo luogo, la pronuncia richiamata si sofferma, per la prima volta dalla pronuncia D'Ascola, sul problema qualificatorio delle sanzioni onde distinguere se riconoscere alle stesse o meno natura penale.

Il fatto che aveva dato la stura alla decisione dei giudici siracusani aveva avuto origine dalla condanna di un Tribunale danese nei confronti di una società italiana a corrispondere una somma pari a quasi 2 milioni di euro quale multa in conseguenza dell'omissione del versamento dei contributi previdenziali ai lavoratori impiegati in un cantiere edile sito appunto in Danimarca.

La sanzione era evidentemente punitiva come esplicitato dagli stessi giudici danesi che avevano chiarito come la stessa fosse stata calcolata secondo un criterio differenziale: il risparmio conseguito dalla Società italiana in conseguenza del mancato versamento dei contributi previdenziali a cui andava ad aggiungersi una penale.

La società italiana si era rifiutata di dare esecuzione alla sentenza di condanna appellandosi al principio della contrarietà all'ordine pubblico in quanto la sanzione avrebbe avuto a tutti gli effetti natura penale con conseguente violazione del principio di legalità posto a presidio della materia penalistica. Come noto il principio di matrice costituzionale richiede che non si possa procedere all'irrogazione di una pena in assenza di una preesistente normativa che la preveda e che, dunque, sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

La soluzione alla questione poteva apparire scontata: all'indomani delle SS.UU. del 2017 ci si sarebbe aspettati che il giudice Siracusano si esprimesse nel senso della piena compatibilità del danno punitivo comminato dal tribunale straniero. A ben vedere i giudici italiani mostrano di recepire, per portarla alle più evolute e interessanti conseguenze, la nozione di ordine pubblico frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni: ordine pubblico non solo quale "*complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici*" ma anche quale concetto inclusivo di quell'insieme di valori e principi propri delle tradizioni comuni degli stati membri dell'Unione Europea discendenti dai trattati tra cui la CEDU (Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

Tale concetto, ed è questo l'aspetto maggiormente interessante della pronuncia, si va ad intersecare con la problematica afferente la natura del tipo di sanzione: questa rinnovata interpretazione dell'ordine pubblico può consentire l'apertura delle porte ad una sanzione di tipo punitivo, con la conseguente condanna della società italiana a dare esecuzione alla sentenza danese; purché, resta sottinteso, di danno punitivo in effetti si possa discorrere e non si tratti, invece, di sanzione di natura prettamente e schiettamente penale. Questa precisazione apre un altro forte di importanza centrale. Si tratta della problematica qualificatoria delle sanzioni.

3.21.1. La qualificazione delle sanzioni alla luce dei c.d. criteri Engels

Il problema dell'individuazione della natura giuridica delle sanzioni ha, negli ultimi anni in particolare, impegnato la ricostruzione dottrinale e pretoria soprattutto in ambito penale, in concomitanza con lo sviluppo e il progressivo

ampliamento della sistematica delle confische e delle acquisizioni in materia di sanzioni finanziarie e nell'ambito *market abuse*.

Comprendere se un tipo di sanzione previsto dalla legislazione speciale sia sostanzialmente una pena, a dispetto della veste giuridica puramente formale che la qualifichi altrimenti, riveste importanza determinante in punto di garanzia per i diritti degli individui, persone fisiche o giuridiche, e di rispetto dei principi fondamentali e di rango costituzionale.

Si apre qui il fronte della problematica qualificatoria delle sanzioni alla stregua dei c.d. criteri Engels elaborati dalla giurisprudenza delle Corti europee[367].

Il panorama giuridico attuale vede contrapposti due distinti orientamenti interpretativi. Da un lato, vi è un approccio di tipo formalistico che individua la natura delle pene sulla base della qualificazione giuridica che alle stesse viene assegnata dai singoli Stati membri.

Sull'altro versante vi è invece un approccio di tipo sostanzialistico, frutto dell'elaborazione pretoria delle Corti sovranazionali, sulla base del quale l'individuazione definitiva della natura giuridica di una determinata sanzione - se quindi la stessa possa definirsi a tutti gli effetti come una pena o possa essere ancora sussunta nel novero delle sanzioni amministrative (o civili, dovendosi dare progressivamente atto di come anche questa tipologia di sanzioni abbia

[367] L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul tema è compendiata dalla celebre pronuncia della Corte EDU resa nel caso Grande Stevens ove la Corte ha specificato che[13] "al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione» (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'articolo 6 § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale". CEDU, sez. II, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia, Numero del Ricorso: 18640/10 18647/10 18663/10 18668/10 18698/10, § 94 e ss.

guadagnato, a vario titolo, diritto di cittadinanza nel nostro contesto ordinamentale) deve fondarsi su un dato sostanziale.

Occorre, in altre parole guardare alle caratteristiche intrinseche di quella determinata misura, a prescindere quindi dal *nome iuris* della stessa, per giungere alla conclusione che la stessa sia a tutti gli effetti una misura afflittiva o sanzionatoria[368].

Il *nomen iuris* della sanzione, tuttavia, non può considerarsi del tutto irrilevante: si tratta di uno dei criteri per individuarne la natura, che va ad affiancarsi ad altri maggiormente incisivi e indicativi. Pur non essendo dotato di efficacia assorbente, il criterio della qualificazione di una determinata sanzione come amministrativa/civile o come penale costituisce il punto iniziale di partenza per giungere alla valutazione finale.

Il secondo criterio è dato dalla natura dell'infrazione secondo una prospettiva teleologica che guardi alla funzione punitivo/sanzionatoria che la stessa, in ipotesi, svolga.

Il terzo criterio è poi dato dal grado di severità della sanzione stessa, dovendosi guardare all'entità del sacrificio imposto al soggetto nei cui confronti la misura viene comminata.

Come anticipato non si tratta di un mero problema dogmatico e definitorio. La natura giuridica di una determinata sanzione ha riflessi di estremo rilievo sul piano delle garanzie e delle tutele che l'applicazione della stessa richiede.

Questi criteri sono stati nel tempo approfonditi e sviluppati da successive pronunce della Corte di Strasburgo che hanno elaborato alcuni importanti principi applicativi: si tratta, ad esempio, del principio volto ad accertare la funzione

[368] Si tratta dell'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale che si è diffuso all'indomani della sentenza pilota della Corte EDU (Corte EDU, Engel c. Olanda 8.06.1976): in tale pronuncia è stato statuito che la natura penale o meno di una determinata sanzione dipende solo in parte dalla qualificazione che della stessa viene fornita dal diritto nazionale dei singoli Stati membri. Il criterio qualificatorio sarebbe solo uno, e neppure il principale, dei criteri atti a individuare una volta per tutte l'*ubi consistam* delle sanzioni la cui natura risulti dubbia.

dissuasiva della norma o quello che si sofferma sul soggetto che abbia instaurato l'azione – su un privato o una pubblica autorità o ancora del criterio incentrato su un confronto con la qualificazione che di quella stessa sanzione viene data in altri Stati dell'Unione Europea.

Tra le pronunce, degne di nota, che in misura maggiormente chiara ed esplicativa hanno chiarito la portata dei criteri in esame, individuando anche le concrete modalità applicative degli stessi, vi è la celebre pronuncia Grande Stevens c. Italia intervenuta sulla tematica degli abusi di mercato[369].

Tale sentenza ha, in particolare avuto occasione di specificare che i criteri richiamati possono essere applicati anche disgiuntamente dovendosi invece procedere ad una valutazione complessiva, utilizzandone più di uno, in caso di incertezze interpretative persistenti.

Il merito dell'evoluzione giurisprudenziale successiva è stato quello di ampliare lo spazio riservato al diritto penale sottraendo spazi applicativi all'area delle sanzioni amministrative e ciò a tutto vantaggio del rispetto delle garanzie costituzionali e dei diritti inviolabili che sarebbero stati pregiudicati da una perdurante sussunzione di quelle stesse fattispecie in aree che esulavano dalla sistematica penalistica.

La pronuncia del Tribunale di Siracusa, nel solco del rinnovato interesse per i danni punitivi, coglie il pretesto per riapprofondire gli sviluppi interpretativi creatisi intorno all'elaborazione degli *Engels criteria*. Nel caso in esame la sanzione comminata dal giudice danese era stata valutata dalla Corte siciliana come penale proprio sulla base dell'applicazione di questi criteri: superato il dato della qualificazione formale nel diritto interno – che espressamente qualificava e la misura come civilistica – i giudici italiani valorizzano il criterio che valuta la natura e la gravità dell'infrazione per inferirne la natura sostanzialmente penale.

---

[369] Si veda CAROCCIA, cit. p. 943 e ss; TRIPODI, *Corte Europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?* in Le Società n. 1/2018.

Quanto alla funzione, infatti, non pare potersi revocare in dubbio la circostanza che la stessa fosse diretta a colpire, sanzionandolo il comportamento di *dumping*: la sanzione era stata infatti calcolata secondo un criterio differenziale che aveva tenuto conto del risparmio conseguito dalla società italiana, maggiorato di una penale. In aggiunta, a conferma della natura sanzionatoria della stessa, vi era il dato quantitativo quantificato nella misura di 1/3 del patrimonio netto della società. Un importo quindi estremamente gravoso e tale da mettere in condizione di sofferenza la società stessa. La qualificazione, in definitiva, come penale della sanzione in parola ha così permesso ai giudici italiani di escluderne il riconoscimento chiudendo la porta ai danni punitivi. E ciò è stato reso possibile, all'esito di un non scontato percorso argomentativo che ha trovato degli spunti proprio a partire dalle SS.UU. del 2017. Qui gli Ermellini avevano invece affermato l'ammissibilità, a certe condizioni, dei *punitivi damages*. La condizione principale sarebbe, come visto, il rispetto del principio di legalità.

E proprio queste condizioni difetterebbero a parere dei giudici siciliani nel caso di specie. Non è in questo caso la contrarietà all'ordine pubblico a venire esaltata - con il rischio di porsi contro i dettami delle stesse SS.UU. - per escluderne il riconoscimento, bensì la natura penale della sanzione che in quanto tale, per poter trovare applicazione, doveva essere assoggettata ai principi cardine del diritto penale, ossia la legalità nelle sue varie declinazioni: la predeterminazione del *quantum* in ossequio ad un'esigenza di prevedibilità della pena che qui evidentemente si erano ritenute non rispettate.

PARTE III – I DANNI PUNITIVI NEL DIRITTO INTERNO E IN CHIAVE COMPARATISTICA: QUESTIONI ATTUALI E SCENARI EVOLUTIVI

CAPITOLO I – QUESTIONI ATTUALI IN MATERIA DI DANNI PUNITIVI

Sommario: ***1.1. La funzione sanzionatoria della responsabilità civile alla luce delle teorie della scuola di*** **Law and Economics*****; 1.2. Danni punitivi e problematiche assicurative; 1.2.1. Condanne risarcitorie e responsabilità obbligatoriamente assicurate: la RC Auto e la responsabilità sanitaria; 1.3. Danni punitivi e dignità umana***

1.1. La funzione sanzionatoria della responsabilità civile alla luce delle teorie della scuola di Law and Economics

Un contributo essenziale al ripensamento delle funzioni caratterizzanti la responsabilità civile si deve alle dottrine riconducibili alla c.d. scuola di *Law and Economics* di matrice statunitense, che hanno trovato la più compiuta e sapiente definizione nel pensiero del maestro italiano, Guido Calabresi[370].

[370] PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 297: l'autore sottolinea la peculiare affinità tra l'opera di Calabresi e la legislazione nordamericana del 1966 funzionale alla garanzia di una migliore sicurezza delle autovetture. Secondo Ponzanelli "«*The costs of accidents*» è un libro che a tutti gli effetti rientra nel ristretto novero delle opere che, al di là della loro già estesa circolazione, appartengono alle stesse fondamenta del pensiero giuridico contemporaneo". Per vero in molti hanno sottolineato come i primi germi delle teorie di analisi economica del diritto fossero presenti nel panorama giuridico tedesco. Sul punto si veda SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law,* in *Eur. Dir. priv.,* 2008, 432 secondo cui

È a dirsi che, già sulla scia della dottrina italiana della fine degli anni ’50, si era cominciata ad affacciare la possibilità di un ripensamento del concetto di ingiustizia del danno anticipando in tal modo i risultati che poi verranno raggiunti dalla teoria in parola. Tale ripensamento era passato attraverso una riconsiderazione dell’illecito aquiliano alla luce dell’esaltazione del concetto del rischio [371].

È infatti proprio in questa fase storica che si era cominciato a sviluppare il concetto di rischio di impresa, quale elemento fondativo di una forma di responsabilità senza colpa, di tipo oggettivo, in tutti quei contesti in cui l’attività economica organizzata risultasse preponderante rispetto alle attività cosiddette “organiche” in cui, per converso, l’imputazione di un illecito a titolo di colpa risultava sufficiente.

Si faceva notare, infatti, come nelle attività non organizzate secondo il modello dell’impresa complessa il problema della gestione dei costi connessi ai rischi derivanti da attività imprenditoriali fosse trascurabile tanto da poter lasciare impregiudicato il tradizionale criterio di imputazione fondato sulla valorizzazione dell’elemento soggettivo.

Lo sviluppo dell’attività industriale e più in generale dell’attività organizzata secondo il modello dell’impresa, già sul finire degli anni ’60 aveva posto in risalto, al fine di garantire una corretta allocazione dei costi derivanti dai danni emergenti, l’insufficienza di un modello di responsabilità basato esclusivamente sulla valorizzazione della colpa.

Ciò che garantiva un corretto soddisfacimento degli interessi in gioco (non solo del danneggiato o del danneggiante - impresa, ma anche dell’attività industriale

---

in Germania sarebbero state anticipate le intuizioni proprie della scuola americana permettendo l’elaborazione, in nuce, di criteri di imputazione della responsabilità in qualche modo alternativi alla colpa. Tra questi criteri, nell’ordinamento tedesco si cominciò a dare rilievo alla corretta allocazione dei costi al soggetto in grado di meglio sopportare il danno; ancora ci si soffermò sul criterio dell’individuazione del soggetto maggiormente solvibile o del soggetto in grado di assumere i costi relativi al perseguimento dei propri interessi.

[371] Sul punto si veda TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva,* Milano, GIuffrè, 1961.

nel suo complesso che non doveva vedersi mortificata da un sistema risarcitorio ingabbiato nel rigido involucro dell'elemento soggettivo) poteva fondarsi soprattutto su un bilanciamento tra un conto positivo e uno negativo dell'impresa su cui far gravare il peso del danno; tra il concetto del rischio e quello del suo speculare beneficio.

È di tutta evidenza come, in tale contesto, l'individuazione degli estremi di un comportamento colposo potrebbe risultare assai arduo e di conseguenza non satisfattivo per il danneggiato[372].

Proprio partendo da questa considerazione preliminare l'obiettivo essenziale perseguito dalla scuola di *Law and Economics* consiste nella massimizzazione della ricchezza per il tramite della compressione dei costi connessi al risarcimento dei danni[373].

Altra dottrina ha invece fatto leva sul principio di solidarietà costituzionale costruendo una teorica del risarcimento costituzionalmente orientata[374].

Ma ciò che probabilmente ha contribuito ad aprire in misura maggiore la strada al riconoscimento dei *punitive damages* è stata la progressiva assimilazione, nell'alveo del risarcibile aquiliano, delle lesioni a beni non patrimoniali.

---

[372] Si tratta di una prima apertura verso un concetto di responsabilità senza colpa che tuttavia non andò esente da numerose e dure critiche: si veda ad esempio CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti,* Milano, 1979, 548 e ss.

[373] Tra gli altri centrali contributi di Guido Calabresi meritano di essere citati CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts,* 70 Yale, Law Journ nonché il recentissimo CALABRESI, *The Future of Law and Economics*, New Haven 2016. Per una compiuta disamina dell'ultima opera di Calabresi si veda AL MUREDEN *Il futuro del law and economics nel pensiero - di Guido Calabresi* in *Rivista di Diritto Civile* n. 3/2018, il quale rileva come negli ultimi tempi "la contaminazione del diritto nazionale (e più in generale di tutti i sistemi europei di *civil law)* con figure giuridiche concepite nel contesto statunitense e quindi fortemente influenzate dal metodo dell'analisi economica del diritto, del resto, ha conosciuto a partire dagli anni Settanta un'inarrestabile espansione generata e alimentata dell'autonomia dei privati che, esercitando le loro attività economiche in una dimensione globale, hanno avvertito l'esigenza di adottare modelli contrattuali uniformi, capaci di limitare nella massima misura possibile gli ostacoli al commercio transnazionale inevitabilmente connessi alla frammentazione statuale delle discipline giuridiche".

[374] RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile,* Milano, Giuffrè, 1964. cit. p. 82 e ss.

Tale progressiva estensione portava necessariamente con sé, in considerazione della non immediata traducibilità in termini economici del bene personale leso, un giudizio di antisocialità del comportamento dell'agente: la somma corrisposta a titolo di risarcimento, infatti, non potendo rappresentare esattamente il valore del bene violato, essendo questo non di natura economica, finiva per essere parametrata non tanto all'esigenza di ristorare la vittima (che, di fatto, si sarebbe vista corrispondere un emolumento economico per un bene che un valore economico non poteva avere - si pensi, tra tutti, ai casi di lesione del rapporto parentale per perdita di un congiunto in conseguenza di un fatto illecito e alla difficoltà, sovente riscontrata nelle aule dei tribunali nonostante il tentativo di introdurre criteri tabellari predefiniti di risarcimento, di attribuire un valore economico a tale lesione), quanto alla volontà di conferire un *imprimatur* negativo alla condotta del danneggiante in una prospettiva marcatamente dissuasiva.

Tra queste diverse strade che hanno portato progressivamente ad un ampliamento dell'area del danno risarcibile, quella dai tratti maggiormente innovativi e che ha trovato terreno fertile nell'ordinamento giuridico USA, si era fondata su una rivisitazione del concetto di danno in chiave squisitamente economica.

Le teorie della *Law and Economics* nascono e si sviluppano all'indomani di quella che è stata definita come la crisi della responsabilità civile. L'emersione e la moltiplicazione delle occasioni di danno in conseguenza dell'inarrestabile sviluppo della rete industriale, unitamente al progresso scientifico e tecnologico che hanno visto gli Stati Uniti in prima linea, in particolar modo a partire dal secondo dopo guerra, spiega la ragione per cui i primi germi di analisi economica del diritto abbiano trovato terreno fertile proprio in quel contesto geopolitico.

In tale sede, la rivisitazione in chiave economica della responsabilità civile non rappresentava uno strumento per conferire alla vittima del danno un *surplus* di tutela, come invece, agli esordi, la stessa veniva interpretata nel contesto ordinamentale italiano. In Italia, infatti, il concetto di analisi economica, più che

come concetto dogmaticamente autonomo, era sorto piuttosto sulla scia del progressivo guadagno di spazio da parte di forme di responsabilità senza colpa.

L'emersione di nuove fattispecie di danno tipicamente correlate all'attività industriale aveva rappresentato lo spunto per consentire alla riflessione dottrinale di soffermarsi sulla necessità di approntare una tutela più incisiva alla vittima contro nuove forme di illecito che rendevano spesso difficile individuare l'autore della lesione.

Negli USA, invece, si comprese sin da subito come la concezione economica del danno poteva fungere da motore propulsivo dell'incremento dell'industria e della produzione, più che come strumento di tutela dei danneggiati consumatori. Questo differente approccio si spiega alla luce del diverso sviluppo dell'assetto economico sociale nei due paesi.

Nell'Italia del secondo dopo guerra la rinascita dell'industria, seppure importante, non era stata così esplosiva come negli USA con la conseguenza che il diverso assetto economico sociale aveva condizionato anche il sistema giuridico rimediale, ancora fondamentalmente improntato ad una prospettiva vittimologica.

L'obiettivo della rilettura in chiave economica nel contesto ordinamentale di *common law* è stato quello di massimizzare la ricchezza attraverso un progressivo contenimento dei costi correlati al risarcimento.

Come anticipato, le prime teorizzazioni del concetto di analisi economica del diritto si devono all'opera di due importanti autori: Guido Calabresi, nel suo celebre "*The Cost of Accidents*" getterà le basi per una disamina della responsabilità civile secondo una prospettiva sino ad allora inesplorata. Accanto a lui, va a collocarsi l'opera dottrinale di Richard Posner che nell'affrontare criticamente i risultati teorici del primo ha contribuito notevolmente alla costruzione di una compiuta dottrina di analisi economica del diritto privato[375].

[375]POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1973.

Ad oggi, il consolidarsi di una sistematica definita e compiuta di analisi economica del diritto deve ritenersi il frutto di un lento processo evolutivo scandito da alcune tappe essenziali.

Infatti, il progressivo sedimentarsi di una diversa concezione della colpa, una colpa quasi oggettiva che si andava ad emancipare dalla focalizzazione estrema sul rapporto tra danneggiante e danneggiato, si ricollega, come anticipato, ad un progressivo e crescente atteggiamento di *favor* per le industrie e le imprese emergenti.

Se l'obiettivo doveva essere quello di promozione di un fenomeno di nuova emersione, si doveva necessariamente cercare di ridurre i costi correlati alle occasioni di danno che aumentavano secondo un andamento quasi geometrico, con l'aumentare delle attività di impresa. Le prime disamine del tema hanno infatti riguardato l'operato delle imprese svolgenti attività in qualsiasi modo dannosa per i terzi [376].

In una prima fase il superamento del principio secondo cui "*le perdite rimangono dove cadono"* [377] aveva postulato il riconoscimento della risarcibilità del danno da parte del danneggiante alla stregua di una sorta di eccezione alla regola per cui il costo degli incidenti dovesse ricadere sul soggetto che l'aveva subita.

Per tornare al fondamento teorico della scuola di *Law and Economics*, Guido Calabresi rinviene la funzione primaria dell'illecito aquiliano nella riduzione dei costi conseguenti alla produzione di danni[378].

L'obiettivo della responsabilità civile non sarebbe quello di andare a risarcire tutti i danni quanto piuttosto quello di garantire una efficiente circolazione della ricchezza per il tramite della mortificazione dei pregiudizi antieconomici e a tutto vantaggio dell'attività industriale. Infatti "la società non ha tra i suoi fini quello di

---

[376] ALPA, *Analisi economica del diritto privato,* Giuffrè, 1998.

[377] HOLMES, *Trepass and Negligence,* 1881, Boston, 1881.

[378] Sul punto si veda anche PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato,* Bari, 2015.

tutelare a tutti i costi la vita dell'uomo" quanto quello di individuare quale tra i vari soggetti della scena economica avrebbe potuto impedire l'evento dannoso verificatosi con il minore dispendio possibile di risorse economiche [379].

"In altri termini il danno deve ricadere sul *best decision maker,* ossia su colui che sia meglio in grado di effettuare *ex ante* una *cost benefits analysis,* in relazione alle utilità derivanti dall'esercizio dell'attività, ai costi di prevenzione e ai danni attesi, e di effettuare la scelta maggiormente efficiente (*cheapest cost avoider*)"[380].

Ripercorrendo i tratti essenziali del pensiero del giurista, questa principale funzione può essere considerata sotto tre diversi ma essenziali aspetti: il primo sarebbe quello funzionale alla compressione dei sinistri da un punto di vista tanto numerico quanto qualitativo, riducendone cioè la gravità; il secondo aspetto, invece riguarderebbe lo scopo di contenimento dei costi economici dagli stessi derivanti. La realizzazione di questo fine sarebbe demandata alla programmazione di un modello di frazionamento dei danni, sulla scorta delle soluzioni elaborate in ambito assicurativo e consistente, nei suoi tratti essenziali, in un trasferimento dei costi dei sinistri sulle categorie maggiormente in grado di sostenerli e che del peso degli stessi meno ne risentirebbero. Si tratta della cosiddetta concezione della "tasca profonda".

Infine, la terza funzione, sarebbe una funzione di chiusura del sistema, orientata a ridurre complessivamente i costi economici dell'intera sistematica della responsabilità civile[381].

È a dirsi che l'antecedente teorico dell'impostazione in parola può essere già rinvenuto nel pensiero di alcuni economisti di fine Ottocento che ebbero il merito

---

[379] CALABRESI, op. cit. p.37

[380] Si tratta della lucida ricognizione di FAVA, *La Responsabilità civile – Trattato Teorico – Pratico,* cit. p. 208.

[381] CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico – giudiziaria,* Milano, 1975, p. 60 e ss.

e il primato di anticipare le innovative impostazioni della responsabilità civile come fatto anche economico.

Si deve in particolare a K. Binding l'intuizione per cui il problema teorico e pratico del risarcimento del danno non sarebbe tanto quello di individuare il soggetto che sia materialmente e concretamente tenuto, in quella determinata fattispecie, a risarcire il danno, quanto piuttosto quello di comprendere chi siano gli individui sui quali il peso del danno debba venire a cadere in maniera definitiva[382].

Riprendendo il già illustrato *excursus* delle funzioni ricondotte nel tempo dagli interpreti all'istituto della responsabilità civile e volendo trovare una collazione sistematica alle acquisizioni elaborate in seno alla *Law and Economics*, sarebbe la funzione ripristinatoria quella meglio indicata a rappresentare e spiegare la *ratio* sottesa alla valorizzazione dei costi sociali degli illeciti.

Come anticipato tuttavia, la funzione ripristinatoria è stata tradizionalmente relegata ad ipotesi marginali, contrastando con la funzione che era considerata come costitutiva dell'illecito aquiliano, ossia quella compensativa. Infatti, nella misura in cui la funzione della responsabilità civile non sarebbe tanto quella di rimettere la vittima nella medesima condizione in cui si trovava prima dell'illecito, bensì di imporre un costo economico all'autore della violazione, si finirebbe, per certi versi e indirettamente, per tollerare la stessa commissione dell'illecito a condizione che l'autore dello stesso assuma su di sé i costi economici dello stesso.

Si tratterebbe di un modello di responsabilità orientato alla tutela degli assetti di tipo proprietario e economico per il tramite dell'elaborazione di *liability rules*.

---

[382] È proprio sulla base di questa linea di pensiero che si è poi sviluppato il moderno filone della responsabilità da prodotto difettoso che anche nel contesto ordinamentale italiano sta trovando, di recente, grande fortuna. Tra i maggiori autori sul tema vi è AL MUREDEN, *Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'unione europea*, Il Corriere Giuridico n. 5/2020; AL MUREDEN, "*Costo degli incidenti e responsabilità civile" quarant'anni dopo. attualità e nuove prospettive dell'analisi economico-giuridica di Guido Calabresi*, in *Rivista di Diritto Civile* n. 4/2015.

Non è un caso, infatti, che la più significativa espressione della tutela di tipo ripristinatorio sia stata ricondotta alle già esaminate disposizioni del Codice della Proprietà Industriale, in particolare all'art. 125.

La *ratio* sottesa alla teoria in parola e allo schema proprio della funzione ripristinatoria cui la stessa è stata ricondotta è, evidentemente, meglio funzionale alla tutela della libertà di impresa garantendo, in caso di rottura dell'equilibrio economico antecedente all'illecito, uno scambio di utilità e di equivalenti.

Secondo altri, invece, le elaborazioni dottrinali riconducibili al *Law and Economics* sarebbero più correttamente inquadrabili nell'alveo della teoria che riconduce alla responsabilità civile una funzione di tipo organizzativo: nella misura in cui all'illecito aquiliano viene assegnato il compito di allocare i costi conseguenti alle perdite al fine di poter assicurare un'adeguata distribuzione della ricchezza conseguentemente alla verificazione di un sinistro, allora risulta di tutta evidenza come il problema della responsabilità venga in rilievo come un problema di organizzazione e di coordinamento delle attività dei privati; un modello fondato non su un parametro di tipo impositivo bensì su uno schema organizzativo spontaneo, o semi spontaneo in quanto in parte indotto, ad esempio, con la previsione di dazi o tasse dal legislatore[383].

In tal senso si comprende come il problema della responsabilità extracontrattuale assurga a problema di organizzazione delle attività degli individui veicolando l'idea che se il sistema giuridico e ordinamentale non vieta dall'alto quella stessa attività, nondimeno l'attore primario deve essere in grado di compiere una scelta di sopportazione dei costi che dalla realizzazione della stessa possano derivarne[384].

---

[383] CAMARDI, *Le Istituzioni del diritto privato contemporaneo,* Napoli, 2010, p. 140 e ss.

[384] MONATERI, *La responsabilità civile,* op. cit. p. 2° e ss. Alla base del pensiero dell'autore vi è l'idea che alla responsabilità civile sia assegnato il fondamentale compito di creare un ordine spontaneo delle azioni sociali tale da consentire ai privati di risolvere autonomamente i conflitti derivanti dalla gestione di una determinata attività economica e produttiva ricorrendo, solo in ultima istanza, alla giustizia dei Tribunali e delle Corti. Per tale ragione se anche non possa realisticamente negarsi come in determinati contesti l'*overcompensation* del danneggiato sia fondamentale perché si

È proprio su questo meccanismo che si basa la teoria dell'inadempimento efficiente (*efficient breach*) di cui si è già trattato quando si è fatto riferimento alla problematica dell'acquisizione appropriativa da parte della pubblica amministrazione (si veda cap. II, par. 2.1.)[385].

In base a tale impostazione un individuo sarebbe incentivato a rispettare la sfera giuridica dell'altro, in quanto attraverso un'operazione di bilanciamento tra costo correlato alla violazione di quel diritto e vantaggio economico che da quella stessa lesione ne deriverebbe, il primo venisse ad assumere un valore superiore al secondo[386].

1.2. Danni punitivi e problematiche assicurative

Affrontare il tema dei risarcimenti punitivi dal punto di vista della loro assicurabilità è, indubbiamente, un diverso e meno esplorato approccio alla tematica in questione.

Approfondita diffusamente l'evoluzione giurisprudenziale dell'ultimo triennio e passati in rassegna gli istituti dalla matrice deterrente e sanzionatoria, lo

---

concretizzi una funzione deterrente dell'illecito, nondimeno, uno sdoganamento senza controllo dei danni punitivi, atteggiandosi a strumento di controllo centrale, di tipo impositivo, finirebbe per frustrare la funzione organizzativa e di regolamentazione dei rapporti sociali che andrebbe riconosciuta alla responsabilità extracontrattuale.

[385] La teoria dell'inadempimento efficiente è stata anche sviluppata in relazione alle problematiche interpretative sorte in seno al dibattito sulla responsabilità di tipo contrattuale. In particolare alla base di questa teoria vi è l'idea fondamentale per cui la funzione risarcimento del danno da inadempimento contrattuale non sarebbe più, o quanto meno non solo, quella di ristorare il creditore che sia stato privato del suo diritto alla prestazione condensata nel patto contrattuale; la funzione sarebbe quella di permettere al debitore di liberarsi dal vincolo mediante una scelta consapevole nel contesto della quale il risarcimento del danno rappresenterebbe la contropartita da pagare per ottenere lo scioglimento dal vincolo. Si tratta di una teoria sostenuta da TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento,* in *Rivista di diritto civile*, 2002. p. 637.

[386] DI MAJO, *La tutela civile dei diritti,* Milano, 2003, p. 169.

sviluppo di questo specifico tema permette di volgere l'attenzione a problematiche dai risvolti più marcatamente pratici e operativi.

Come già anticipato a proposito delle reazioni che a caldo ha suscitato la pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite del 2017, autorevole dottrina ha avuto il merito di far rientrare, contenendoli, i facili entusiasmi di quanti gridavano all'avvenuto sdoganamento dei risarcimenti all'americana soffermando soprattutto l'attenzione sulle possibili conseguenze economiche derivanti dall'introduzione, *tout court*, nel nostro ordinamento giuridico dei danni punitivi così come strutturati e concepiti nel contesto della *tort law* americana[387].

La peculiarità e la sensibilità della tematica pongono, ad esempio, tra le tante perplessità operative, quelle relative all'assicurabilità dei *punitive damages* nella misura in cui risulterebbe difficile trovare una compagnia di assicurazioni disposta a farsi carico di questo specifico, e forse ulteriore, rischio.

Si tratta di un problema che, lungi dall'involvere unicamente il nodo critico di un possibile rialzo dei premi dei contratti di assicurazione, coinvolge anche questioni tangenti il diritto dei contratti e l'interpretazione da dare agli stessi [388].

Il dibattito attorno a questa problematica ha avuto terreno fertile di sviluppo proprio nei paesi anglosassoni in parallelo con la più ampia diffusione che l'istituto ha avuto in questi contesti e che, per tale ragione, ha posto i più rilevanti e urgenti quesiti applicativi[389].

Il *leading case* in materia è rappresentato dalla decisione *Northwestern National Casualty Co. V. Mc Nult* in cui l'assicurabilità dei danni punitivi viene

---

[387] ALPA, *L'intervento – Occorre valutare bene anche le conseguenze economiche,* in *www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com*. 7 luglio 2017.

[388] Sul punto estremamente lucida è l'analisi di LANDINI, *Assicurazione dei "danni puntivi" e delle sanzioni punitive civili,* in *Contratto e Impresa,* 3, 2019.
Sul punto si veda anche CERINI, *Polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo,* in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario,* 2018, p. 31.

[389] Sul punto si veda MARIOTTI, SERPETTI, MASINI, CAMINITI, *Prodotti difettosi e obsolescenza programmata. Responsabilità, risarcimento, copertura assicurativa*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

esclusa sulla base di diverse ragioni argomentative sintetizzate nell'*opinion* del giudice *Wisdom* [390].

Il caso aveva avuto origine da un incidente automobilistico in cui il danneggiante, messosi alla guida in stato di grave alterazione psicologica per abuso di alcool, aveva provocato lesioni a soggetti terzi.

Il primo argomento *contra* muoveva dall'assunto per cui ammettere la possibilità di assicurare un danno punitivo avrebbe finito per contraddire e infine negare l'essenza stessa dell'istituto, ossia quella volta a sanzionare la condotta riprovevole del danneggiante, come quella tenuta nel caso di specie dall'automobilista ubriaco.

Se il danno venisse, di fatto, traslato su un soggetto terzo, come una compagnia di assicurazione, il risultato sarebbe quello di tradire l'obiettivo di *deterrence,* perché di quel danno il soggetto assicurato non ne sopporterebbe il peso.

In secondo luogo, se la caratteristica fondante i danni puntivi sarebbe quella di presentarsi come un istituto ibrido, a metà strada tra risarcimento e pena - con tutti i precipitati che da questa visione bifronte ne deriverebbero in punto, soprattutto, di estensione alla fattispecie in parola di quell'insieme di principi posti a presidio della materia penalistica - gravi conseguenze si avrebbero proprio in relazione al possibile e inevitabile *vulnus* proprio di uno di questi principi.

Si allude alla norma scolpita nell'art. 27 della Costituzione relativa al principio di personalità della responsabilità penale alla luce della quale non è possibile traslare le conseguenze di un illecito penale su una persona diversa da quella che lo ha commesso. Si tratta, in sostanza, di un divieto di responsabilità per fatto altrui potendosi, nel nostro sistema ordinamentale, rispondere solo per fatto proprio.

Se tale norma deve intendersi estesa anche a tutti quelli illeciti civili per la cui violazione siano previste forme di risarcimento di tipo sanzionatorio, assimilabili

[390] Northwestern National Casualty Co. v. McNulty, 307 F.2d 432 (5th Cir. 1962).

di fatto a delle pene, è evidente che il meccanismo sotteso al contratto di assicurazione non potrebbe operare in quanto in antitesi con la causa stessa del contratto volta a traslare il rischio su un soggetto terzo, l'assicuratore appunto. Ciò spiega la *ratio* dell'art. 1900 c.c. a mente del quale "l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave". Lo scopo della norma è evidentemente quello di frustrare il tentativo del contraente assicurato di agire al precipuo fine di frodare l'assicurazione per lucrare l'indennizzo. Inoltre, a mente dell'art. 1917 c.c.: "*nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi*".

L'obbligo che sussiste, in generale, in capo all'assicuratore di tenere indenne l'assicurato in conseguenza della stipula del contratto di assicurazione, cede il passo di fronte alla commissione di un fatto consapevole e volontario, ovverosia doloso, dell'altro contraente. In quest'ipotesi non è ammesso patto contrario rispondendo, come visto, la norma ad un principio di ordine pubblico, in quanto tale inderogabile. La precisazione è fondamentale in quanto la *ratio* dell'art. 1917 si compendia e si completa nella previsione del precedente art. 1900 c.c. che prevede la derogabilità del divieto di assicurazione nei soli casi di colpa grave.

Secondo quest'ultima disposizione, infatti, l'assicuratore non è obbligato in conseguenza di sinistri che siano stati cagionati da dolo o colpa grave dell'assicurato con l'ammissibilità di un patto contrario per le sole ipotesi di colpa grave, e ciò a riconferma del carattere inderogabile della previsione relativa al dolo. In quest'ultimo caso la sola possibilità che ha il danneggiante che versi in dolo o che abbia commesso un reato è quella di assicurare le spese di lite con il

corollario che in caso di condanna del danneggiante, all'esito del procedimento penale, tali spese andranno ovviamente restituite all'assicuratore[391].

All'esito di questa necessaria premessa, si tratta di comprendere come e in che misura possa una compagnia di assicurazioni prevedere una garanzia per i casi di condanne esemplari o afflittive irrogate a carico dell'assicurato: in casi di tal fatta va da sé che il rischio che l'assicurazione dovrà sopportare e che fonda la causa del contratto stesso, sarà un rischio diverso da quello di cui al disposto dell'art. 1917 c.c.

Tale rischio non sarà più limitato all'entità del patrimonio del contraente da impiegare per il ristoro del danno ad un soggetto terzo danneggiato; in caso di condanna punitiva, infatti, non sarebbe predeterminabile l'ammontare, ben potendo il *quantum* essere di entità assai notevole, attesa la funzione punitiva e dissuasiva sottesa all'incremento della posta risarcitoria.

Occorre preliminarmente chiarire che il preteso di divieto di assoggettare ad assicurazione i *punitive damages* non ha alcun punto di contatto con il divieto stigmatizzato nell'art. 1900 del c.c. Si tratta infatti di un divieto che ha come scopo essenziale quello di garantire la corretta ripartizione dei costi derivanti da un sinistro e la più funzionale, dal punto di vista economico, allocazione delle conseguenze dannose.

La pretesa non assicurabilità dei danni punitivi risponderebbe, invece, ad un principio di ordine pubblico. Assoggettarli ad assicurazione significherebbe, a tutti gli effetti, precostituire un'immunità dalle sanzioni civili e penali con conseguente svilimento dell'obiettivo di deterrenza.

Dell'assicurabilità dei *punitive damages* si discuteva già a partire dalla fine dell'800 ritenendo che la funzione all'epoca prevalentemente deterrente della responsabilità civile escludesse in radice la possibilità di sottoporre a garanzia assicurativa gli stessi.

---

[391] Diverso è il caso relativo alla commissione di un illecito da parte di soggetti minori o sottoposti a tutela sempre a mente del disposto dell'art. 1900.

Due erano gli argomenti centrali posti a baluardo della tesi della non assicurabilità delle condanne sanzionatorie: in primo luogo l'argomento fondato sul principio della centralità dell'elemento soggettivo della colpevolezza del danneggiante nella sistematica dell'illecito aquiliano. La colpevolezza fungerebbe da filtro per la valutazione della lesione giuridicamente rilevante e in quanto tale meritevole di tutela risarcitoria.

Il secondo argomento portato a sostegno della tesi in parola è quello che fa leva sul principio dell'impossibilità di assoggettare ad assicurazione la colpa. Ragioni eminentemente di ordine pubblico osterebbero a ciò: se il danneggiante potesse, in ogni caso, essere tenuto indenne dalle conseguenze (negative) della sua condotta, ciò sarebbe di incentivo e di valenza promozionale per future condotte antigiuridiche da parte dei consociati[392].

Nel panorama giuridico italiano antecedente al Codice Civile del 1942, questo principio trovava compiuta espressione nell'art. 434 del c. comm. del 1882: "*l'assicuratore non risponde delle perdite e dei danni…cagionati da fatto o dolo dell'assicurato*".

Il principio della non assicurabilità della colpa, trovava origine nell'ambito dell'assicurazione marittima e dell'assicurazione terrestre contro i danni, dove la previsione del possibile interesse lucrativo dell'assicurato che potrebbe, ad esempio, volontariamente danneggiare la *res* al fine di guadagnarne l'indennizzo, rappresenta la prima remora all'assicurabilità della colpa.

Estenderlo *tout court* alla responsabilità civile, e nel caso che ci occupa, ai *punitive damages*, appare per certi aspetti anacronistico e privo di riscontro pratico. Del resto, lo stesso proliferare di forme di responsabilità oggettiva ha

[392] Significativa, tra i primi casi di applicazione di tale principio, è la giurisprudenza del Tribunale di Commercio di Parigi del 1844, riportato da LANDINI, op.cit. p. 1179 secondo cui il divieto di assoggettare ad assicurazione tale tipo di danni riposerebbe nella necessità di evitare atteggiamenti fraudolenti da parte degli assicurati. La decisione venne ribaltata dalla Corte di Appello di Parigi sulla base del rilievo per cui il contratto di assicurazione più che a protezione dell'assicurato, sarebbe finalizzato alla tutela della vittima.

contribuito notevolmente ad accorciare le distanze tra responsabilità e assicurazione. Ciò fa da compendio ad una responsabilità civile dalla valenza multifunzionale che "*nel mentre offre compensazione alla vittima, esplica anche una funzione deterrente rispetto al responsabile civile senza che ciò possa essere di ostacolo alla sua assicurabilità*"[393].

Il danneggiato infatti non trarrebbe alcun vantaggio di sorta nel vedersi assicurato anche per l'eventuale responsabilità di tipo colposo. Il concetto di colpa che in questi casi verrebbe in rilievo è assimilabile a quello di caso fortuito, sebbene dipendente da una negligenza o imperizia dell'autore dell'illecito.

Va da sé che il discorso non potrà essere esteso alle condotte che si configurino come al limite del dolo, ovvero tangenti la colpa grave intesa alla stregua di una negligenza inescusabile e macroscopica, o pienamente dolose[394]. La ragione di ciò è di facile intuizione: se il danneggiante potesse vedersi assicurata la propria condotta anche quando dolosa ciò costituirebbe un chiaro incentivo alla commissione di comportamenti antigiuridici in quanto illeciti.

Secondariamente verrebbero in rilievo ragioni di sicurezza sociale: la copertura assicurativa di illeciti dolosi o gravemente colposi determinerebbe una proliferazione delle condotte antigiuridiche e ciò con pregiudizio per la collettività intera[395].

---

[393] LANDINI, op. cit. p.1180.; sul punto si veda CANDIAN *Responsabilità civile e assicurazione,* Milano 1993,

[394] Quanto al concetto della colpa grave, esso può considerarsi per certi aspetti quasi tangente il dolo eventuale di matrice penalistica: nella colpa grave ciò che viene in rilievo è un livello di negligenza a tal punto inescusabile da costituire un evento prospettabile mentalmente per il danneggiante. Definita in questi termini la colpa grave si comprende come l'eventuale estensione di un'ipotetica copertura assicurativa in casi di tal fatta determinerebbe una compressione del grado di diligenza del soggetto medesimo; tanto che si configurerebbe la colpa grave "quando l'assicurato omette quelle cautele che avrebbe usato, se non si fosse coperto con l'assicurazione" così VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, I, Milano, 1886, p. 204 ss, riportato da LANDINI, op. cit. 1179.

[395] VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile,* Milano, 1936, p.37 ss.

Ciò premesso, il cuore del problema sta tutto nella valutazione della configurabilità e ammissibilità di polizze assicurative per la copertura di risarcimenti ultracompensativi o punitivi. Si tratta di un tema di importanza centrale solo laddove si pensi a come la problematica vada a toccare altri aspetti essenziali, quali quello della surroga dell'assicuratore nei diritti che vanta l'assicurato verso il terzo. Il riconoscimento dell'assicurabilità di risarcimenti punitivi passerebbe quindi unicamente per la via dell'affermazione netta del divieto di un patto di rinuncia alla surroga ex art. 1916 c.c. Sarebbe quindi in ipotesi ammissibile una copertura assicurativa delle poste punitive ultracompensative solo a condizione di riconoscere la possibilità che l'assicuratore si rivalga sul danneggiante responsabile così che la posta sanzionatoria rimanga a carico di quest'ultimo soggetto[396].

Del resto, all'obiezione per cui l'assicurabilità dei danni punitivi frustrerebbe la funzione di deterrenza propria degli stessi, c'è chi ha contrapposto il rilievo, per cui l'aumento dei premi assicurativi da un lato e il discredito in capo all'impresa, soprattutto nei casi di danno da prodotto[397], in conseguenza della condanna, basterebbero ad assolvere la predetta funzione punitiva[398].

I meccanismi di adeguamento del premio assicurativo che le compagnie prevedono sarebbero sufficienti a dissuadere l'assicurato dalla commissione di una condotta in astratto passibile di una condanna di tipo punitivo[399].

Tale norma, come noto, prevede che l'assicuratore che abbia pagato l'indennità sia surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili. Secondo la dottrina formatasi all'indomani del codice civile del 1942 la caratteristica fondamentale dell'istituto

---

[396] LANDINI, *Assicurazione dei "danni punitivi" e delle sanzioni punitive civili* n. 3/2019 che riporta CANDIAN, op.cit. p. 142 secondo cui in questi casi, in effetti si potrebbe legittimamente dubitare di poter discorrere ancora di contratto di assicurazione.

[397] MARIOTTI, SERPETTI, MASINI, CAMINITI, *Prodotti difettosi e obsolescenza programmata.* Responsabilità, risarcimento, copertura assicurativa, cit. p. 200.

[398] OWEN, *Punitive damages in product liability litigation,* in *Michigan Law Rewiew* 74.

[399] Sul punto si veda CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993.

della surroga sarebbe quella di operare una sostituzione della persona dell'assicuratore all'assicurato per permettergli di recuperare quanto affrontato in conseguenza del danno. Infatti, con il contratto di assicurazione viene spostato il rischio connesso al sinistro, che viene quindi supportato dall'assicuratore e non più dall'assicurato, ex art. 1882 c.c.

Si determina in tal modo una successione a titolo particolare nel diritto vantato dall'assicurato ex art. 1260 c.c.

Tale sostituzione è integrale e omnicomprensiva, una vera e propria successione nel diritto di credito che vanta l'assicurato verso il terzo responsabile. La surroga inoltre garantisce la piena attuazione del c.d. principio indennitario: nel caso, infatti, in cui vi sia un soggetto terzo responsabile del danno, l'assicurato che riceve il risarcimento della sua compagnia di assicurazione non potrà andare a richiedere una compensazione anche al terzo responsabile perché altrimenti si procurerebbe un lucro ingiustificato; sull'altro versante, inoltre, se l'assicuratore non si surrogasse all'assicurato, la conseguenza sarebbe che il terzo danneggiante si vedrebbe sempre liberato dalla sua responsabilità. Essendo infatti il contratto di assicurazione, *res inter alios acta*, non potrebbe, a lui giovare[400]. Quindi nei limiti del risarcimento effettuato, i diritti dell'assicurato verso il terzo passano all'assicuratore.

Anche in questi casi va da sé, tuttavia che il limite invalicabile per l'assicurabilità di tale tipologia di sanzioni riposerebbe sulla circostanza per cui la condotta del danneggiante non si configuri come dolosa. Un atteggiamento soggettivo che si

[400] Sono numerose le pronunce della Cassazione che hanno trattato questo tema: da ultimo si veda Cass. 20740 del 2016.

La Corte di Cassazione, ritenuto fondato il ricorso proposto, ha precisato che la surrogazione dell'assicuratore ha un triplice scopo: "a) evitare l'arricchimento dell'assicurato, il quale deriverebbe dalla possibilità di cumulare indennizzo e risarcimento; b) evitare l'arricchimento del responsabile, il quale beneficerebbe indirettamente della copertura assicurativa contro i danni stipulata dal danneggiato; c) consentire all'assicuratore di abbassare il consto generale dei sinistri e di conseguenza i premi applicati per le categorie di rischi omogenei.

traduca in una forma di coscienza e conoscenza dell'illecito non permetterebbe l'operare della polizza assicurativa[401].

La ragione è da rinvenirsi, oltre che nelle descritte esigenze di tutela della sicurezza sociale e di garanzia per l'ordine pubblico, anche nella considerazione per cui, diversamente argomentando verrebbe del tutto frustrata la portata del disposto di cui all'art. 1900 del codice civile[402].

In definitiva il problema dell'assicurabilità dei danni punitivi si risolve, in buona parte, nel valutare la predicabilità dell'estensione delle garanzie del contratto di assicurazione agli atti volontari e dolosi dell'assicurato[403].

---

[401] Per una ricostruzione storica e dogmatica del diritto di surroga si veda SCRAFFA, *La costituzione di parte civile dell'assicuratore che ha pagato l'indennità all'assicurato*, in *Riv. Dir. Comm.,* 1927, p. 257. Il diritto di surroga affonda infatti le sue radici nel diritto marittimo e nel codice del commercio del 1882 e secondo la dottrina dell'epoca troverebbe il suo fondamento nel diritto dell'assicuratore di vedersi compensato del danno cagionato dal terzo; infatti a seguito dell'atto illecito del danneggiante si altererebbero gli equilibri contrattuali delle parti: "*si sposta e si altera, oltre il corso normale dell'alea, l'equilibrio dei rapporti tra assicurato e assicuratore"*.

[402] Si veda CANDIAN, op.cit. p. 141 secondo cui la funzione deterrente delle pene private potrebbe essere tenuta ferma solo a condizione di riconoscere un'azione di regresso, quindi una surroga, verso il danneggiante responsabile.

[403] È interessante osservare come anche la problematica della sorte giuridica del contratto di locazione abbia sollevato alcune riflessioni tangenti la problematica dei danni punitivi.
La decisione giudiziaria interessata è la sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione - sez. un. civili n. 23601 del 9-10-2017. Azzardare un parallelo tra la sentenza del luglio 2017 e le sezioni unite di qualche mese successivo che hanno avuto il merito di porre un punto fermo sulla vaexata quaestio della patologia del contratto di locazione non registrato, può sembrare impresa ardita. Eppure, un filo rosso che lega le due pronunce, e che, ancora una volta dimostra come i danni punitivi alberghino nel tessuto giurisprudenziale e negli istituti e problematiche più classiche e battute del diritto civile, esiste e la più attenta dottrina è riuscita ad esaltarlo (CUFFARO, *I danni punitivi. Tavola rotonda- Cagliari 9 maggio 2018,* p.2).
Anche in questo caso, come nella decisione di luglio, la pronuncia in questione (tra i numerosi commenti si può segnalare BUSET, *La locazione non registrata fra definitività e provvisorietà dell'inefficacia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 3/*2018) ha assunto i connotati di una "sentenza – principio". Le Sezioni Unite, nello specifico, interrogandosi su una problematica che da tempo agitava la giurisprudenza, ossia quella relativa alla sorte del contratto di locazione non registrato, hanno avuto occasione di operare un importante distinguo: mentre, ferma restando la comminatoria a monte della sanzione della nullità del contratto non registrato, questa patalogia sarebbe passibile di sanatoria *ex tunc a* seguito del pagamento tardivo dell'imposta, nel caso invece di simulazione vera e propria del canone locativo, l'efficacia sanante sarebbe in toto esclusa. La ragione di questa diversità di trattamento sta nel fatto che, in questa seconda ipotesi,

1.2.1. Condanne risarcitorie e responsabilità obbligatoriamente assicurate: la RC Auto e la responsabilità sanitaria

Interrogarsi se anche nell'ambito delle regole dettate per la responsabilità civile automobilistica e per l'illecito dell'esercente la professione sanitaria possano divisarsi pieghe di tipo punitivo è necessario nella misura in cui le conclusioni rassegnate dalla sentenza a Sezioni Unite del 2017 risultano potenzialmente idonee a coinvolgere anche questi peculiari settori in cui la responsabilità è obbligatoriamente assicurata con conseguenti possibili e, in alcuni casi, preoccupanti, riflessi sul piano del diritto assicurativo.

Infatti, in ambito RC auto, il mercato delle assicurazioni aveva atteso con grande timore la pubblicazione della sentenza all'esito delle conclusioni divisate nell'ordinanza di rimessione del 2016. Il timore era, evidentemente, che una pronuncia di apertura e accoglimento dell'istituto dei danni punitivi avrebbe potuto avere importanti riflessi sui criteri di determinazione del danno, rimessi come noto in questo specifico settore, ai parametri tabellari di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private e, a cascata, sull'importo dei premi assicurativi. I timori paventati, a mente del maggioritario indirizzo dottrinale sul punto, devono essere disattesi. Infatti, "*ben al contrario di quanto da taluni*

---

trovandoci in presenza di una fattispecie di simulazione contrattuale ex art. 1414 c.c., il contratto dissimulato per cui non è stata operata la registrazione (essendo stato registrato invece un contratto con un canone fittizio per ragioni, è superfluo sottolinearlo, connesse al contenimento delle spese dell'imposta di registro) resta insanabilmente nullo e per esso non opererà la sanatoria *ex tunc* in caso di pagamento tardivo dell'imposta.

La ragione di questa più severa impostazione riposa evidentemente nell'intento di stigmatizzare e dissuadere con più forza la condotta maliziosa su cui si base questa seconda fattispecie simulatoria. Quasi che tra non registrare affatto un contratto, e registrarne uno di importo inferiore, sia considerato più grave il secondo.Al di là del risultato cui sono giunte le SS.UU di ottobre 2017, ciò che ai nostri fini davvero preme sottolineare è l'aspetto di politica del diritto che informa anche tale pronuncia, proprio con le stesse modalità con cui permea anche l'arresto sui danni punitivi. In entrambi i casi, infatti, l'aspetto saliente di politica del diritto riposa tutto nel voler considerare come socialmente riprovevole la condotta della agente che sia connotata da un elevato livello di *malice*.

preconizzato la pronunzia delle Sezioni Unite offre un decisivo contributo di chiarezza proprio in relazione alla rc auto, escludendo, secondo noi – ed allo stato della legislazione vigente - qualsiasi aggravio risarcitorio punitivo"[404].

Il controlimite del rispetto del principio di riserva di legge di cui agli artt. 23 e 25 Cost. è idoneo a costituire una zona franca, quantomeno nel precipuo ambito della responsabilità civile automobilistica, da condanne di tipo sanzionatorio.

Come noto, infatti, tale sistema risarcitorio è perimetrato e presidiato dai parametri tabellari dei citati artt. 138 e 139 cod. ass.: in assenza di un'ulteriore e diversa previsione normativa che introduca temperamenti puntivi ai risarcimenti comminati in questo specifico settore, il timore di condanne di tipo sanzionatorio deve ritenersi, proprio sulla scorta dello stesso insegnamento delle SS.UU. D'Ascola, infondato[405].

Qualche considerazione aggiuntiva merita di essere formulata in relazione alla sistematica della responsabilità civile sanitaria[406].

Il settore della responsabilità dell'esercente una professione sanitaria è stato interessato, forse più di ogni altro ambito della responsabilità civile, da intense e

---

[404] HAZAN, *"I danni punitivi" nella rc auto e nella rc sanitaria: cosa cambia dopo le Sezioni Unite?"*, in ridare.it, Agosto, 2017.

[405] Infatti, continua HAZAN, *ibidem "la liquidazione tabellare del danno in considerazione della portata sostanzialmente omnicomprensiva, e non ulteriormente dilatabile, al di là dei tetti di personalizzazione dalle stesse rispettivamente stabiliti, risulta sancita (almeno per le lesioni di lieve entità) dalla Consulta (C. Cost. n. 235/2014) e confermata, in via prospettica, dal DDL Concorrenza (di cui si vocifera l'imminente trasmutazione in legge).*
Insomma, nel settore della rc auto manca – allo stato – qualsiasi disposizione che autorizzi la comminatoria di sanzioni civili pecuniarie in aggiunta al risarcimento. Laddove il legislatore ha voluto punire più severamente determinate condotte lo ha fatto intervenendo nel comparto penale, come recentemente accaduto con la declinazione del reato di omicidio stradale (art. 589-bis c.p.). Il risarcimento del danno civilistico continua invece ad essere informato ai principi contenitivi e predittivi che stanno alla base della liquidazione tabellare del danno, propria dei sistemi obbligatoriamente assicurati".
Nulla vieterebbe tuttavia al legislatore di introdurre in futuro, in una prospettiva de iure condendo, un armamentario normativo che introduca delle norme di tipo sanzionatorio in relazioni a condotte automobilistiche particolarmente disdicevoli, come nei casi di guida in stato di ebrezza, affiancando così alla risposta penalistica uno strumento di deterrenza anche civilistico.

[406] HAZAN – ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli*), Milano, 2017, p. 362; ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24*), in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, p. 1122.

significative stagioni di riforma che hanno condotto all'emanazione della vigente Legge Gelli Bianco (l.n. 24/2017) per il tramite del passaggio attraverso la Riforma Balduzzi (D.l. n. 158/2012).

La responsabilità medica ha, infatti, assorbito nel tempo i risultati del progressivo evolversi dello statuto della responsabilità civile mantenendo tuttavia, in considerazione della peculiarità del settore interessato, una certa autonomia ontologica che ha portato alcuni a riguardare alla stessa quale un vero e proprio "sottosistema della responsabilità civile"[407].

Il caso della responsabilità sanitaria potrebbe rientrare tra quelli che, sebbene non elencati all'interno dell' "arcipelago di previsioni" elaborato delle SS.UU. del 2017, sembrerebbero, tuttavia, attribuire rilevanza alla condotta del danneggiante ai fini della quantificazione del danno, in un'ottica eminentemente punitiva. A venire in rilievo è una peculiare disposizione della legge Gelli Bianco in parola: si tratta dell'art. 7 comma 3 ai sensi del quale "l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590 sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge": il riferimento, con il rinvio ai primi due commi della medesima disposizione, è al medico strutturato, che in virtù del doppio binario di responsabilità introdotto dalla Legge Gelli risponde ai sensi dell'art. 2043 c.c. laddove la struttura risponderebbe a titolo contrattuale, ai sensi invece del 1218 c.c.[408].

Due le tesi sul campo.

---

[407] DE MATTEIS, *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile,* Padova, 1995.
[408] SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?* In *Danno e Resp.* n. 4/2019; MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Rlv. Dir. civ* n. 2/2018.

La prima fa leva su di una considerazione sistematica e teleologica dell'intera riforma culminata con la Legge Gelli – Bianco. La *ratio* dell'intera riforma del 2017 in materia di responsabilità sanitaria è quella di porre un argine alla c.d. medicina difensivistica introducendo un più complicato e rigoroso criterio di accertamento della responsabilità del sanitario attraverso la riconduzione della stessa nelle maglie dell'illecito aquiliano: e dunque termine più breve di prescrizione (5 anni), onere della prova più complesso a carico del paziente danneggiato che deve provare l'elemento soggettivo del dolo e della colpa diversamente da quanto richiesto in relazione all'illecito contrattuale di cui risponde la struttura: termine di prescrizione ordinario di 10 anni, sufficienza dell'allegazione del peggioramento delle condizioni cliniche. Ciò a tutto vantaggio della piena e libera estrinsecazione della professione del medico che non deve sentirsi mortificato nel compiere le scelte professionali e scientifiche, in relazione alla cura e soluzione di un determinato caso clinico, dalla scure di un sistema di responsabilità troppo vantaggioso e quindi passibile di abusi, da parte del paziente creditore della prestazione.

Se la *ratio* è dunque quella appena descritta, se ne dovrebbe come logica conseguenza inferire che la disposizione sopramenzionata, lungi dall'assolvere una funzione sanzionatoria, vada invece riguardata in ottica depunitiva in tutti quei casi in cui, ad esempio, l'esercente la professione sanitaria pur essendosi attenuto alle linee guida accreditate dalla comunità scientifica abbia non di meno commesso un errore, un'imperizia, nell'applicazione delle stesse, con ciò causando un danno al paziente. L'istituto, in altre parole, assolverebbe ad una funzione di tipo premiale permettendo al giudice di ridurre e contenere l'entità del risarcimento dovuto al danneggiato[409].

---

[409] GUFFANTI – PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7 co. 3, Legge 8 marzo 2017 n. 24.,* in *Eur. Dir. priv.,* 2017, p. 1499; SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento,* in *Resp. civ. prev.,* 2018, p. 1351 e ss. HAZAN, op. cit. argomenta in tal senso anche a partire dalla collocazione sistematica della disposizione: "…è *proprio la franca collocazione topografica della norma (nel comma dedicato agli esercenti strutturati) a far propendere per l'interpretazione contenitiva: diversamente*

A mente di una diversa e pur autorevole interpretazione, invece, la norma richiamata potrebbe in ipotesi ben essere riferibile ad un caso diametralmente opposto a quello precedente, ossia quello del medico che abbia causato un danno violando proprio quelle linee guida richiamate: in tale peculiare situazione ben sarebbe, ragionando a contrario ammissibile, un incremento del *quantum* del risarcimento al fine di stigmatizzare quella condotta [410].

A parere di chi scrive, tale impostazione non può ritenersi condivisibile.

Nello specifico ambito della responsabilità sanitaria, attesa la condivisa e condivisibile *ratio* di mitigare il risarcimento a tutto vantaggio della classe medica, non può invero ritenersi codificato dal legislatore del 2017 un potere incrementativo in capo al giudice: il rischio, in aggiunta, sarebbe quello di creare un'evidente disparità di trattamento tra medico strutturato, cui il comma 3 dell'art. 7 espressamente si riferisce, e il medico libero professionista che, ponendo in essere una condotta analoga a quello del collega dipendente di un'azienda sanitaria, si gioverebbe di un migliore e più mite trattamento[411].

---

opinando - e ipotizzando che il potere di graduazione sia esercitabile anche in aumento, onde punire il mancato rispetto delle linee guida – dovremmo dire che il regime astrattamente peggiorativo riguardi soltanto gli esercenti strutturati e non invece i medici liberi professionisti. Ma tal conclusione avrebbe davvero pochi appigli sistematici e razionali, risultando antinomica rispetto agli scopi della legge Gelli ed all'obiettivo di rinforzare la responsabilità di posizione di chi disponga del potere di governo del rischio clinico rispetto a quella di coloro i quali non ne dispongano in quanto calati in un sistema organizzato eterodiretto".

[410] Così anche TODESCHINI, *Responsabilità medica: dalle Sezioni Unite un s ai danni punitivi?* In *personaedanno.it,* 04 agosto 2017; RUFFOLO - GRAZZINI, *Il problema della responsabilità medica, in U. Ruffolo (a cura di), La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, P. 30 SS.

[411] L'art. 7 comma 3 richiamato non è l'unica fattispecie presa in considerazione in relazione alla problematica dei risarcimenti punitivi. La seconda disposizione che, invero ha ingenerato minori dubbi interpretativi, è l'art. 8 comma 4 ai sensi del quale: "la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell'articolo 15 della presente legge, è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10, che hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla…. In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente in favore della parte che è comparsa alla conciliazione". Secondo HAZAZN, op. cit. ci si trova "innanzi non tanto ad un risarcimento punitivo ma ad un istituto a sé stante, in qualche modo ibrido, gravitante nell'orbita della responsabilità civile ma scevro da qualsiasi intenzione risarcitoria e, invece, infiltrato da mozioni giuspubblicistiche".

1.3. Danni punitivi e dignità umana

Parlare attualmente di danni punitivi non può esimere da una considerazione dell'istituto alla luce delle acquisizioni, in tema di diritti fondamentali, provenienti dalle Corti Sovranazionali. La lesione dei diritti fondamentali dell'uomo si accompagna alla consapevolezza che la prospettiva rimediale debba essere ripensata in termini di effettività e dissuasività[412].

È quanto statuito di recente dalla Cassazione del 12 aprile 2018 n. 9059 che, nel censurare l'operato dei giudici di merito in un caso che aveva visto un insegnante quale vittima del bullismo del genitore di un suo alunno, invita la Corte Territoriale ad un ripensamento della condanna in considerazione del particolare grado di riprovevolezza della condotta del danneggiante e dei diritti in gioco lesi[413].

---

[412] ALVINO, *Sulla questione della risarcibilità - dei c.d. «danni punitivi» alla vittima - di una discriminazione fondata sul sesso* in *Diritto del Lavoro* n.3/2016 nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea Sez. I, 17 dicembre 2015, causa C-407/14. Nella pronuncia si legge: "L'art. 18 della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, deve essere interpretato nel senso che, affinché il danno subito a causa di una discriminazione fondata sul sesso sia effettivamente riparato o indennizzato in modo dissuasivo e proporzionato, si impone agli Stati membri che optano per la forma pecuniaria l'introduzione, nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali, secondo le modalità da questi fissate, di disposizioni che prevedano il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra integralmente il danno subito".

[413] Si tratta di Cassazione Civile, Sez. III, 12 aprile 2018, n. 9059, ord. - Pres. Travaglino - Rel. Pellecchia con nota di QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità* in *Danno e Resp.* n. 1 2019. Si legge ai punti 7 e 8 della sentenza: "*non è certo compito della giurisdizione sindacare, sul piano etico e sociale, il comportamento dei consociati in una determinata epoca storica, poiché il processo civile (e in particolare quello avente ad oggetto vicende di responsabilità civile) è funzionale ad offrire precise risposte, rigorosamente circoscritte al piano del diritto, a singole vicende che riguardano singole persone che chiedono tutela al giudice…. Alla stregua del così compiuto accertamento dell'an debeatur, da ritenersi provato alla luce di quanto sinora esposto, sarà compito del giudice del rinvio procedere alla liquidazione del danno sul piano equitativo, valutando tutte le circostanze emerse nel corso del giudizio, che hanno inevitabilmente cagionato un grave e duraturo sentimento, sul piano sia emotivo che relazionale, di disistima, di vergogna e di sofferenza nel soggetto leso*".

Si legge tra le pagine della sentenza che: "il giudice civile nella valutazione e liquidazione del *quantum debeatur* non può e non deve ignorare - quasi che la dimensione della giurisdizione si collochi entro un asettico territorio di pensiero tanto avulso dal reale, quanto insensibile ai mutamenti sociali e culturali in cui essa viene esercitata….il preoccupante clima di intolleranza e violenza, non soltanto verbale, nel quale vivono oggi coloro cui è demandato il compito educativo delle giovani e giovanissime generazioni"[414].

Una conferma sicura di quell'orientamento inaugurato a partire dall'Ordinanza di rimessione del 2016 e poi consolidato dalle SS.UU. del luglio 2017, che riconduce alla riparazione del danno una funzione di *general deterrence* nella consapevolezza di dover considerare "il giudizio di responsabilità civile non più soltanto nella sua tipica dimensione intersoggettiva, di composizione tendenzialmente aritmetica di un dissidio originato da un evento lesivo, ma anche per i riflessi che una condanna (e, specularmente una non condanna), può assumere sul ripetersi di consimili eventi nella comunità".

In tale contesto viene assegnata alla responsabilità civile, per il tramite del riconoscimento di una sua funzione anche deterrente, il ruolo di timoniere dell'agire dei consociati [415].

---

[414] Punto 8 della sentenza. Nello specifico l'operato della Corte di Appello viene censurato nella misura in cui il mancato riconoscimento in capo all'insegnante vittima di bullismo, di un diritto al risarcimento del danno poteva risultare come un avallo del comportamento antisociale, prima che antigiuridico, del danneggiante non ergendosi, di conseguenza, a remora, per la reiterazione dei comportamenti siffatti.

[415] Anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e in particolare nelle sentenze di condanna per violazione da parte degli Stati di diritti fondamentali dell'individuo si può ravvisare un atteggiamento di monito per quanto molte delle statuizioni concludano nel senso del rigetto della richiesta di condanna a titolo di *punitive damages.* È quanto rilevato da SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama attuale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?* In *www.comparazionedirittocivile.it*, Marzo 2017 che riporta alcune interessanti pronunce della Corte di Strasburgo tra cui *Cable e altri c. Regno Unito* del 18 febbraio 1999.

CAPITOLO II – I DANNI PUNITIVI IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

Sommario: ***2.1. Uno sguardo di insieme sull'origine dei punitive damages nel panorama giuridico internazionale; 2.2. I danni punitivi nell'ordinamento giuridico inglese; 2.3. I danni punitivi nell'ordinamento nordamericano; 2.4. I danni punitivi negli ordinamenti di civil law: il caso della Germania e della Francia***

2.1. Uno sguardo di insieme sull'origine dei punitive damages nel panorama giuridico internazionale

Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile e, segnatamente, la possibilità di qualificare la stessa come un istituto di stampo anche sanzionatorio, ha impegnato il dibattito giuridico di molti paesi europei e extraeuropei.

In Italia, in Francia, in Germania, negli USA, l'individuazione delle funzioni dell'illecito è stata il portato delle diverse esperienze culturali, sociali e giuridiche proprie del contesto ordinamentale del paese di riferimento.

Ad esempio, in alcuni paesi di *civil law* come l'Italia e la Germania, l'interrogativo sulle funzioni da attribuire alla responsabilità civile è passato attraverso l'esaltazione dei diritti fondamentali riconosciuti all'individuo dalle Carte Costituzionali; in altri come ad esempio gli Stati Uniti e il Regno Unito lo studio della responsabilità civile è stato condizionato da una prospettiva basata sull'analisi economica del diritto[416].

[416] FAVA, cit. p. 9 e ss.: l'autore passa magistralmente in rassegna i tratti caratterizzanti l'evoluzione della responsabilità civile nei paesi di *civil law* e in quelli di *common law,* mettendo in risalto alcuni tratti caratterizzanti: in particolare mentre ad esempio in alcuni Paesi quali la Francia si discute dell'unitarietà dell'illecito, nella stragrande maggioranza degli altri sistemi giuridici di maggiore rilievo (è il caso di Italia, Germania ma anche del Regno Unito), numerosi sono gli esempi di

È indubbio che i *punitive damages* abbiano trovato lo sviluppo più acuto e sensibile nella *common law* statunitense e inglese. Si tratta quindi di una categoria inizialmente estranea alla sistematica della responsabilità civile dei diritti continentali. Le ragioni di questa peculiare genesi sono molteplici e variegate.

In primo luogo, merita di essere evidenziato un dato fondamentale che si approfondirà nel dettaglio successivamente: nel sistema giuridico statunitense, e più in generale di *common law,* la commistione tra illecito penale e illecito civile è ancora molto forte; ciò rende ragione di come l'ammissibilità dei danni punitivi non sia mai stata revocata in dubbio, anzi, i danni punitivi hanno sempre trovato fertile terreno di espansione. I danni punitivi risponderebbero infatti ad un'esigenza di giustizia, a metà strada tra la ritorsione e la vendetta, che nella società civile americana è estremamente avvertita in tutti quei casi di condotte particolarmente maliziose e oltraggiose del danneggiante[417].

Peculiare la strutturazione del processo in caso di comminatoria di sanzioni punitive: l'intera partita viene chiaramente decisa dalla giurìa che gode della copertura costituzionale e dunque della legittimazione popolare. La sanzione determinata all'esito del giudizio si colora di una peculiare valenza pubblicistica

---

sovrapposizione tra illecito e contratto. L' esempio italiano è quello maggiormente significativo: il cumulo delle azioni di responsabilità contrattuale e extracontrattuale è ammesso e diffuso, sebbene non si possa tacere del più recente fenomeno che dapprima ha visto una contrattualizzazione dell'illecito aquiliano, di pari passo con il sedimentarsi della teoria del contatto sociale e degli obblighi di protezione senza prestazione, per poi segnare un ritorno ad una visione "panaquiliana" dell'illecito. Nel primo caso la teorica di matrice tedesca dei doveri di protezione che sorgerebbero da un mero contatto tra le parti, in assenza di un vincolo contrattuale (il classico esempio è quello del contatto sociale tra medico e paziente in virtù del quale i due soggetti pur essendo, di fatto, estranei in quanto non legati da un vincolo contrattuale, sarebbero comunque legati dal contatto creato dalla prestazione sanitaria erogata dal primo a favore del secondo e idoneo a far sorgere, per ciò solo un obbligo di protezione), ha avuto la sua massima espansione nel citato settore della responsabilità sanitaria ma anche in quello dei rapporti bancari e delle pratiche commerciali. La recente riforma della responsabilità sanitaria ad opera della legge Gelli Bianco ha segnato un ritorno significativo all'illecito con la previsione dell'art. 7 sembrerebbe tuttavia, almeno in questo specifico settore, segnare un ritorno all'illecito.

[417] Tale impostazione emerge chiaramente in diverse pronunce delle Corti USA; tra queste merita di essere citata per il livello di approfondimento e la chiarezza espositiva la pronuncia *State Farm 1996 e Copper Ind 2001*.

nella misura in cui l'intento è quello di stigmatizzare condotte considerate gravi che possono andare a pregiudicare lo stesso interesse pubblico. Ciò trova tanto più conferma in quanto, in molti casi, una quota parte del risarcimento venga destinato alle casse dello Stato o di altre pubbliche autorità[418].

La peculiare strutturazione del processo che porta alla comminatoria di una sanzione punitiva non è andata esente da critiche principalmente fondate sulla presa d'atto dell'assenza delle garanzie proprie del processo penale, in *primis* l'imprevedibilità delle sanzioni stesse non potendosi, appunto, prevedere e predeterminare a priori quando le stesse verranno applicate con il conseguente rilievo dell'impossibilità per i consociati di orientare a priori le proprie azioni con lo scopo di evitare l'inflizione della pena.

Per tale via la stessa funzione di prevenzione generale che tradizionalmente si vuole ricondurre ai danni punitivi sarebbe depotenziata.

Un ulteriore rilievo critico attiene all'importo di queste sanzioni, considerate in numerosi casi eccessive e spropositate rispetto al danno effettivamente patito dal danneggiato. Infine, di frequente, viene contestato il rischio di violazione del principio del *ne bis in idem* nella misura in cui il danneggiato condannato nel processo penale, si vedesse poi sottoposto ad un procedimento civile volto alla statuizione di una condanna ad un risarcimento punitivo.

Ai sistemi giuridici di *common law* resta estranea la dialettica danno patrimoniale – danno non patrimoniale; il binomio di rilievo sarebbe *punitive damages* e *compensatory damages.* Infatti, I "*punitive damages are neither economic nor non economic damages, as they are not awarded to compensate any loss*"[419].

---

[418] La destinazione di una quota del *quantum* risarcitorio ad una pubblica autorità ha, evidentemente, uno scopo di allocazione e ridistribuzione delle conseguenze dannose, dato più volte messo in evidenza dalla giurisprudenza della Suprema Corte USA (emblematici i casi *State Farm* del 1996 e *Cooper ind. 2001).*

[419] CARSON – STANGARONE, Tort Claims in Family Law – The Frontier, in Canadian Family Law Quarlterly, 2010, p. 261.

Nei sistemi giuridici a noi più vicini, il risarcimento del danno è espressione di una diversa sensibilità. La ristorazione della vittima dell'illecito è considerata come evento satisfattivo per il danneggiato tanto dal punto di vista economico quanto dal punto di vista morale e psicologico: il risarcimento sarebbe di per sé sufficiente a placare anche il senso di ira e frustrazione dell'offeso conseguentemente alla compromissione della propria sfera giuridica in conseguenza dell'illecito[420].

In Inghilterra, invece, i *punitive damages,* vengono definiti quali *exemplary* damages e consistono in «*an exceptional remedy in English tort law because they are not consistent with the compensatory function of tort law*»[421].

Ma la vera culla dei *punitive damages* è rappresentata, senza ombra di dubbio, dalla sistematica della responsabilità civile statunitense[422].

Le ultime e più fini acquisizioni sono arrivate addirittura a riconoscere che i danni punitivi potrebbero trovare la loro massima e più pura - in quanto slegata del tutto dall'evento di danno e dalla lesione della sfera giuridica del danneggiato - affermazione e realizzazione in tutti quei casi in cui la tutela di tipo ripristinatorio non possa realizzarsi in quanto manchino del tutto dei danni da risarcire[423]. Si tratta di una problematica che si lega, all'analizzato tema del *disgorgement* (si veda cap. III, par- 3.16).

Sebbene nel diritto statunitense i danni punitivi trovino piena cittadinanza, è già da diversi anni che si fanno sempre più pressanti ed efficaci i tentativi di introdurre dei limiti e dei correttivi, soprattutto in relazione all'aspetto

---

[420] Sul punto si veda CASTRONOVO, *Scritti di comparazione e storia giuridica. Atti dei seminari del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo.* Torino, 2011, p. 101 e ss.; a proposito della peculiare commistione tra funzione satisfattoria e funzione riparatoria, propria dei sistemi di *civil law,* si veda LARENZ, *Lehrbuck des Shuldrechts,* I, Munchen, 1970 p. 335.

[421] Così MCKENDRICK*, Tort,* London, 1992, p. 363.

[422] Esemplare la disamina del fenomeno negli USA ad opera di PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1983, 463 e ss.

[423] CALABRESI, *The Complexity of Torts – The Case of Punitive Damages, in M. Stuart Madden (a cura di), Exploring Tort Law,* Cambridge, 2005, p. 340.

quantificatorio degli stessi. Le stesse SS.UU. del 2017 volgono lo sguardo, riportandolo, come esempio, alla legge dello Stato della Florida[424].

Il merito della legislazione di questo Stato Federato è stato soprattutto quello di contenere il fenomeno dei moltiplicatori della responsabilità civile attraverso previsioni di vario genere: dal divieto del *ne bis in idem,* all'introduzione di una sorta di schema procedurale e processuale precostituito per i casi di responsabilità sfociante in una condanna a *punitive damages:* si tratta di un vero e proprio sub processo che si articola in una fase preliminare e pregiudiziale prodromica all'individuazione della sussistenza degli estremi di un'ipotesi di responsabilità, ad una fase successiva deputata al vero e proprio accertamento dell'*an* e del *quantum* del danno punitivo in questione.

Inoltre, non manca la previsione di diversi tipi di massimali, quale tetto massimo al *quantum* risarcitorio.

In definitiva, la tendenza cui è dato assistere negli ultimi anni negli USA, è quella di contenere il fenomeno dei danni cosiddetti *grossly excessive*. Si tratta di un percorso avviato dalle Corti Statunitensi agli inizi degli anni '90 e che, ad oggi, sta giungendo ad una completa definizione.

Merita un cenno la disamina dell'evoluzione che ha conosciuto nel tempo la giurisprudenza della Supreme Court.

Se nel *leading case* sui danni punitivi, il caso *Bmw Supreme Court 20 – 051996,*il problema dei danni *grossly excessive* era in nuce e (solo per due opinioni dissenzienti venne disattesa questa peculiare strutturazione dell'istituto[425]), nel successivo caso *Philip Morris* nr. 20-022007 la Corte Suprema ebbe occasione di affermare che sarebbe lesivo della *due process clause,* disciplinata dal XIV Emendamento della Costituzione Statunitense, la comminatoria di un danno punitivo parametrato, in punto *quantum,* al valore del diritto di credito sussistente

[424] SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ*., 2018.

[425] LANDINI, *Assicurazione dei "danni punitivi" e delle sanzioni punitive civili* in *Contratto e Impresa* n.3/2019.

in capo a tutti coloro che non avevano instaurato la lite. Sarà poi la successiva sentenza *Exxon* a individuare il parametro numerico oltre il quale una condanna giudiziaria di tipo sanzionatorio sarebbe illegittima[426]. Tale parametro consisterebbe nel circoscrivere il risarcimento secondo un rapporto massimo di 1:1 tra la somma da riconoscere a titolo compensativo e la condanna di tipo punitivo.

Le incertezze interpretative che hanno caratterizzato l'evoluzione dell'istituto negli USA, si spiegano in ragione del frastagliato panorama normativo che caratterizza il diritto dei vari Stati Federati. Una lucida disamina si deve a Guido Calabresi il quale ha sottolineato, in più occasioni, come fosse imprescindibile la necessità di un corretto inquadramento del fenomeno, ancor di più in un contesto magmatico e confuso come quello proprio del diritto USA[427].

2.2. I danni punitivi nell'ordinamento giuridico inglese

L'origine dei danni punitivi si fa risalire all'esperienza giuridica inglese della seconda metà del '700 e, più in particolare, ai casi *Huckle v. Money e Wilkes v. Wood* del 1793[428].

Il primo dei due casi aveva riguardato l'arresto di un editore reo di aver pubblicato una nota satirica offensiva nei confronti della Corona Inglese. Lo stesso era stato privato della libertà personale per più di sei ore con un mandato di arresto poi giudicato illegittimo. Era seguita la condanna al pagamento della somma di 300 sterline qualificata espressamente come *exemplary damage* in conseguenza dell'azione arbitraria posta in essere dall'autorità. A partire dalla vicenda summenzionata e per lungo tempo, il risarcimento dei danni punitivi in

---

[426] U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008.

[427] 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, p. 333 ss.

[428] (1763) 2 Wil's KB 205. DI MARZIO, *Una carezza e un pugno* in *personaedanno.it,* 17/02/2006.

Inghilterra è rimasto ancorato a casi ristretti riconducibili essenzialmente ad ipotesi di azioni arbitrarie, di detenzione abusiva e di persecuzione illegittima da parte dell'autorità, a casi in cui la condotta del danneggiante avesse prodotto un profitto di gran lunga superiore al danno e, infine, ad ipotesi tipiche previste dalla legge. Questo tendenzialmente fino alla prima metà del '900 con l'importante decisione della House of Lords nel caso *Rooks v. Barnard* del 1964 che, a tutt'oggi, rappresenta il *leading case* dei danni punitivi almeno per quanto riguarda l'ordinamento anglosassone[429].

In questa decisione la Corte inglese, nell'escludere il riconoscimento di danni di tipo punitivo a seguito del licenziamento di un attore inglese per le pressioni di un'associazione sindacale, aveva introd*otto* l'importante distinzione tra *exemplary damages* ed *aggravated damages*: mentre i primi presenterebbero caratteristiche propriamente punitive, ai secondi andrebbe invece ascritta una funzione prevalentemente compensativa. Alla luce di questa bipartizione i danni propriamente punitivi sarebbero risarcibili in sole tre specifiche ipotesi: 1) violazione di diritti fondamentali di un cittadino; 2) nei casi di ingiusto profitto da parte del danneggiante e 3) nei casi espressamente previsti da disposizioni legislative[430].

È a dirsi come, più di recente, la giurisprudenza delle Corti Inglesi abbia mostrato una maggiore apertura verso l'istituto in parola riconoscendo la

---

[429] Si veda HOFFMAN, *Rookes v. Barnard*, in Law Quarterly Review, 1965, 166.

[430] SCHIRRIPA, op.cit. p. 6 ripercorre i tratti essenziali di questa importante decisione riconoscendo come "*In questa causa la suprema Corte traccia dei principi fondamentali per il riconoscimento dei punitive damages, restringendo la portata soltanto a tre ipotesi: 1) violazione dei diritti fondamentali di un cittadino da parte dello Stato (lett. where there is "oppressive or uncostitutional action by the servant of the government" – locuzione che per utilizzare la definizione di Lord Diplock in Broome v. Cassell comprende "all persons purpoting to exercise powers of government, central or local, conferred upon them by statute or at common law by virtue of the official status or employment"), 2) intenzione del danneggiante di ottenere attraverso un comportamento riprovevole un ingiustificato profitto che non riceverebbe adeguata sanzione applicando le normali regole di risarcimento del danno (compensatory damages), 3) quando siano previste espressamente dalla legge*".

comminatoria di danni punitivi anche in ipotesi peculiari come quelle riconducibili a forme di inadempimento contrattuale (*breach of contract*)[431].

2.3. I danni punitivi nell'ordinamento nordamericano

Come anticipato, tuttavia, l'istituto dei *punitive damages,* sebbene vada storicamente collocato, quanto almeno alla sua genesi, nel Regno Unito di fine '700, ha trovato la più compiuta espressione nel contesto ordinamentale USA.

Le ragioni di questo straordinario successo dell'istituto in parola nella sistematica dell'*american tort law* sono come visto, molteplici e significative.

Si deve alla magistrale opera interpretativa di Giulio Ponzanelli l'individuazione delle principali caratteristiche distintive tra l'esperienza giuridica italiana e quella statunitense atte a spiegare come l'istituto dei danni non risarcitori abbia trovato proprio negli USA il terreno ideale di crescita e sviluppo[432].

Ciò che in primo luogo caratterizzerebbe in maniera precipua l'esperienza giuridica statunitense sarebbe la forte presenza della giuria che gode della copertura costituzionale: infatti, pur spettando all'organo giudicante la valutazione dei presupposti per la comminatoria di una sanzione di tipo punitivo compete, in ultima istanza, alla discrezionalità della giuria la decisione sul *quantum* della sanzione stessa. Una giuria che si pone in funzione di supplenza di un carente sistema di sicurezza sociale. Tuttavia, il problema centrale è che la giuria tende a portare "strutturalmente in alto il *quantum* risarcitorio" [433] soprattutto nei confronti di *"convenuti ricchi e potenti"*[434] concretizzando, per tale

[431] Il riferimento è House of Lords, 27 Luglio 2001, Her Majesty's Attorney General v. Blake.

[432] PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana,* in *Riv. Dir. civ.,* 1983; PONZANELLI, *I danni punitivi,* in *Nuova Giur. Civ. Comm,2008. P-26*

[433] PONZANELLI, *I danni punitivi,* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* 2008.

[434] BENATTI, *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto,* Milano, 2008, p.57.

via, il rischio di una giustizia sommaria dettata da quella che è stata definita come una vera e propria ansia redistributiva.

Negli ordinamenti di *civil law* la giuria invece non è prevista.

Il secondo elemento caratterizzante la *tort law* statunitense consiste nella forte correlazione e interdipendenza tra illecito civile e illecito penale e dunque la mancanza di preclusioni di sorta a che anche gli istituti di matrice civilistica esercitino una funzione sanzionatoria[435].

Diversamente, nei sistemi di *civil law* l'illecito civile è, come analizzato, definitivamente affrancato da quello penale.

Vi è poi la c.d. *american rule*, e cioè l'assenza del principio di soccombenza: manca, di fatto, nella sistematica processualcivilistica americana una regola che ponga a carico della parte soccombente le spese legali sostenute dall'altra parte vittoriosa, con la conseguenza che i giudici sono portati ad aumentare considerevolmente l'importo del risarcimento in modo da permettere la copertura anche di quei costi. Al contrario nell'ordinamento italiano la previsione dell'istituto della soccombenza è centrale.

Ultimo elemento caratterizzante è quello della presenza, *nell'american tort law*, della scuola di pensiero dell'analisi economica del diritto che "impone, in situazione di *undercompensation,* di trasferire tutte le somme globalmente non risarcite a favore dei soggetti che, per una ragione o per l'altra, sono riusciti ad ottenere il risarcimento"[436]. In Italia tale teoria non ha mai trovato seguito.

I *leading cases* in materia sono essenzialmente due: si tratta della vicenda BMW v. Gore del 1996 e il caso Philip Morris v. Williams del 2008.

Il caso BMW v. Gore ha riguardato un'ipotesi di *commercial fraud*[437].

---

[435] Viene riportato come esempio a conferma di questo dato la clausola che prevede il divieto di *double jeopardy* condensata nel V emendamento della Costituzione statunitense a mente della quale è vietata la ripetizione di un processo per una stessa offesa: tale garanzia tuttavia, non troverebbe applicazione in relazione ai danni punitivi.

[436] PONZANELLI, *ibidem,* p. 27.

[437] BMW of North America, Inc. v. Gore , 517 US 559 (1996)

Nello specifico il Sig. Gore, cittadino dello Stato dell'Alabama, pochi mesi dopo l'acquisto di un'automobile nuova dalla casa automobilistica BMW, si accorgeva che l'autovettura presentava delle ammaccature, verosimilmente verificatesi durante il trasporto via mare: difetti del mezzo che non erano mai stati palesati dalla ditta tedesca che, anzi, si era limitata ad operare un riverniciamento. Il danno veniva valutato in via peritale per 4 mila dollari. Dall'istruttoria processuale della vicenda era emerso come la BMW avesse adottato negli anni una *nationwide policy* in relazione ai veicoli che venivano danneggiati nel corso del trasporto e tale per cui se il costo delle riparazioni delle automobili danneggiate non andava ad eccedere il 3% del valore del mezzo, la macchina veniva venduta al dettaglio come nuova. La peculiarità della vicenda in parola è consistita nella circostanza per cui il Sig. Gore non si era limitato a richiedere il risarcimento del danno effettivo stimato in 4 mila dollari ma anche un risarcimento di tipo sanzionatorio pari a 4 milioni di dollari essendo lo stesso riuscito a provare, nel corso del giudizio, come la BMW fosse riuscita a vendere negli Stati Uniti, adottando questa politica, circa mille auto. La vicenda approdava all'attenzione della Corte Suprema degli Stati Uniti che annullava la condanna al pagamento della posta punitiva sulla base della considerazione per cui la stessa avrebbe integrato una patente violazione del XIV emendamento della Costituzione Statunitense.

Si comprende, a questo punto, come la vicenda rivesta un'importanza centrale in quanto, prima della pubblicazione della pronuncia in parola, la comminatoria di danni punitivi non aveva mai posto problemi di compatibilità con il XIV Emendamento della Costituzione Statunitense e, in particolare con la *due process of law* nello stesso condensata. Tale emendamento prevede che "*All persons born or naturalized in The United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizen of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizen of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or*

property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"[438].

Con il caso BMW v. Gore La Suprema Corte statunitense muta bruscamente orientamento ritenendo che i danni punitivi *grossly excessive* contrastano con la *due process clause* condensata nel predetto emendamento costituzionale e, in quanto tali, sono incostituzionali [439].

La Corte sviluppa poi un successivo passaggio argomentativo di importanza fondamentale: individua tre essenziali parametri (i c.d. *guideposts)* per vagliare la costituzionalità del risarcimento di tipo punitivo: in primo luogo il *degree of reprehensibility of the defendant's conduct*: il grado di gravità della condotta dell'agente che nel caso Gore v. BMW non è stato tale da giustificare la condanna ad un risarcimento sanzionatorio. Il danno sarebbe infatti consistito in un pregiudizio essenzialmente economico, in assenza quindi di un atteggiamento di violenza o minaccia; in secondo luogo la *ratio to the compensatory damages awarded*: inteso come necessario rapporto di proporzionalità con il danno effettivamente inferto e infine la *comparison of the punitive damages awarded and civil or criminal penalties that could be imposed for comparable misconduct* ossia il rapporto tra danni punitivi e altre sanzioni civili o penali previsite in casi simili.

Sulla base di questi criteri la Corte Suprema ritenne che la BMW non tenne un comportamento tale da giustificare la condanna inizialmente richiesta per 4 milioni di dollari: "*the sanction imposed in this case cannot be justified on the*

---

[438] "Tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e sottoposte alla relativa giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato farà o metterà in esecuzione una qualsiasi legge che limiti i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; né potrà qualsiasi Stato privare qualsiasi persona della vita, della libertà o della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge; né negare a qualsiasi persona sotto la sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi".

[439] PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni puntivi "grossly excessive",* in *Foro.it,* 1996, IV.; QUARTA, *Risarcimento e sanzione* op. cit. p 267 e ss.

ground that it was necessary to deter future misconduct without considering whether less drastic remedies could be expected to achieve that goal [440]".

Le conclusioni rassegnate nel caso BMW v. Gore hanno trovato conferma nella pronuncia *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Campbell* del 2003 in cui la Suprema Corte ha avuto modo di ribadire che il riconoscimento di risarcimenti di tipo punitivo deve essere sottoposto a scrutinio di conformità alla Costituzione[441].

Ma a chiudere il trittico di pronunce sul tema è l'importante caso Philip Morris v. Williams del 2007 riguardante una richiesta di risarcimento avanzata dall'erede del Sig. Williams, deceduto a seguito di un carcinoma ai polmoni causato, secondo la ricostruzione della ricorrente, dalla Philip Morris, colpevole di aver commercializzato sigarette nascondendo artificiosamente la loro pericolosità[442]. Anche in questo caso la Corte adotta una soluzione restrittiva ritenendo che non sarebbe possibile riconoscere un risarcimento di tipo punitivo in capo ad un soggetto diverso da quello intervenuto in giudizio in quanto contrastante con la *due process clause* nella misura in cui in "*taking of property from the defendant without due process"*[443]*.*

---

[440] Non sono mancate dure critiche alla pronuncia in esame: la principale che vale la pena di essere menzionata quella del giudice Scalia: US Supreme Court BMW of North America inc. v. Ira Gore jr. 517 U.S. 559, 1589, dissenting in Westlaw a parere del quale il riconoscimento di un risarcimento punitivo non sarebbe di per sé irragionevole e incompatibile con il XIV emendamento della Costituzione non essendo ravvisabile un *substantive right* condensato nel predetto emendamento che quindi non sarebbe un "*a secret repository of substantive guarantees against unfairness"*.

[441] U.S. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Campbell 538 U.S. 408, 123 S. Ct. in westlaw* relativa ad un caso di un incidente automobilistico a seguito del quale la compagnia di assicurazioni del danneggiante si era rifiutata di offrire la copertura prevista dalla polizza venendo condannata, all'esito del lungo procedimento giudiziario intrapreso, al pagamento della somma punitiva pari ad 145 milioni di dollari. Si veda la nota di PONZANELLI, *La costituzionalizzazione dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani,* in *Foro.it,* 2003 in *Foro it,* 2003.

[442] PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema* in *Foro.it,* 2008.

[443] AZZARITI, *Punitive damages and breach of contract,* in *il danno contrattuale, diretto da Maria Costanza, Zanichelli,* 2014.

Come anticipato in apertura del paragrafo introduttivo, sarà poi con la sentenza *Exxon* del 2008 che si giungerà ad individuare il parametro numerico oltre il quale una condanna giudiziaria di tipo sanzionatorio dovrebbe considerarsi illegittima[444]. Tale parametro sarebbe dato da un rapporto massimo di 1:1 tra la somma da riconoscere a titolo compensativo e la condanna di tipo punitivo.

Dalla disamina di queste pronunce che hanno scandito le principali tappe evolutive dei risarcimenti punitivi emerge come, proprio l'intento di sottoporre l'istituto ad un importante controllo di costituzionalità, testimoni la perfetta assimilazione dello stesso nel tessuto ordinamentale nordamericano pur nella piena consapevolezza di dover individuare dei limiti all'applicazione incontrollata per il tramite di una precisa regolamentazione in termini di prevedibilità e proporzionalità.

2.4. I danni punitivi negli ordinamenti di civil law: il caso della Germania e della Francia

L'esempio offerto dall'art. 826 del BGB è quello che meglio fotografa la peculiare conformazione dell'illecito civile in Germania: tale norma disciplina la reazione ad una condotta mediante la quale si arreca un danno con un comportamento volutamente contrario al buon costume.

L'accento sul carattere, al limite del doloso, della condotta del soggetto attivo dell'illecito, sembrerebbe avvicinare questa fattispecie al danno punitivo statunitense. I punti di contatto si fermano però solo sul piano della dogmatica. L'effettività rimediale è segnatamente inferiore rispetto a quella garantita dall'analogo istituto di *common law*. Il BGB infatti si limita a prevedere, come forma di reazione a condotte di tal fatta, il solo obbligo risarcitorio, la "*zum Ersatz*

[444] U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008.

des Schadens" ponendosi perfettamente in linea con una concezione unicamente compensativa della responsabilità, analogamente a quanto riassunto nelle norme sull'illecito del codice civile italiano[445].

È a dirsi, tuttavia, come in Germania le Corti abbiano avuto un andamento piuttosto ondivago in punto di ammissibilità dei danni punitivi non giungendo, tuttavia, mai a riconoscerne in maniera assoluta la loro configurabilità. Se, infatti, in una prima sentenza del 1992[446] la *Bundesgerichtshof* ha ritenuto di non poter dare seguito al giudizio di delibabilità di una sentenza Statunitense recante una condanna a danni punitivi in quanto contrastanti con il limite rappresentato dall'ordine pubblico interno espresso dall'art. 723 del BGB, in una successiva pronuncia del 2007 ha ritenuto che la comminatoria di risarcimenti sanzionatori andasse vagliata caso per caso non essendo ontologicamente incompatibile con la sistematica interna della illecito civile[447].

---

[445] Sulla stessa linea si colloca, sempre nel diritto di matrice tedesca, l'istituto del danno non patrimoniale. Il $ 253 del BGB la reazione in caso di commissione di un danno non patrimoniale è descritto nei termini di *billige Entschadigung:* si tratta di un'equa indennità che viene corrisposta allo scopo unico di soddisfare la vittima. La norma ha quindi, anche in questo caso, come obiettivo primario quello della riparazione. Il riferimento a tale isituto a paragone con i *punitive damages* statunitensi è opportuno in quanto la norma del BGB, proprio come i danni puntivi americani fa riferimento ad una serie di criteri e indici, solitamente posti in risalto in quelle concezioni anche sanzionatorie della responsabilità civile, come quella USA: si tratta del grado della colpa, del confronto tra la situazione patrimoniale tra le due parti che deve essere riequilibrata. Il risultato però, come visto nel caso dell'art. 826 è agli antipodi. La responsabilità civile continua a perseguire l'unico e solo fine ad essa riconducibile, quello compensativo. Di diverso avviso è tuttavia BAR, *Gemeineuropaischees Deliktsrecht,* Monaco, 1996, p. 604 e ss citato da CASTRONOVO, *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è* in *Scritti di comparazione e storia giurdica* CERAMI – SERIO (a cura di), Torino, 2011 , che richiama l'idea già formulata da BUSNELLI e SCALFI (in *Le pene private.* Cit. 301 e ss) secondo cui nel legame tra l'art. 2059 c.c. e l'art. 185 c.p. che richiama il primo, sarebbe possibile leggere una concezione di stampo penalistico del risarcimento del danno non patrimoniale. Di avviso contrario, tra la dottrina civilistica italiana è PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione,* in *Le pene private,* cit. secondo cui l'asserito legame tra funzione sanzionatoria e danno non patrimoniale sarebbe smentito dal secondo comma dello stesso art. 185 c.p. secondo cui al risarcimento del danno sarebbero vincolati anche soggetti terzi rispetto all'autore del fatto, con ciò disallineandosi totalmente da uno dei principi cardine del diritto penale, quello della personalità della responsabilità.

[446] Corte di Cassazione tedesca BGH, 4 giugno 1992.

[447] BVerfG, 24 gennaio 2007.

Questa incertezza interpretativa sul tema, che caratterizza a tutt'oggi l'ordinamento tedesco, è data riscontrarla anche in Francia ove a fronte di alcune pronunce che avevano escluso in radice la riconoscibilità di *punitive damages,* ve ne sono state altre che hanno assunto una piega maggiormente possibilista a condizione che la liquidazione degli stessi fosse stata non eccessiva e sproporzionata. La pronuncia di maggiore rilievo risale al 2010: in tale occasione la *Cour de Cassation* aveva negato la delibabilità di una sentenza statunitense recante una condanna a danni punitivi sulla base dell'assunto per cui gli stessi avrebbero contrastato con l'ordine pubblico in quanto la responsabilità civile sarebbe votata alla fondamentale funzione riparatoria[448].

Quella che ci consegnano, in definitiva, i sistemi di *civil law,* è una responsabilità civile che è stata definita efficacemente con il termine "secolarizzata": una responsabilità civile che, cioè, avrebbe perso tutte quelle connotazioni penalistiche che invece l'avevano caratterizzata nel diritto romano che si fondava su una lettura falsata del risarcimento del danno non patrimoniale.

[448] Cour de Cassation, 1/12/2010 n. 90 – 13303; SCHIRRIPA, op. cit. p. 8

PARTE IV
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

CAPITOLO I – GLI SCENARI FUTURI E LA PROPOSTA DI RIFORMA AL CODICE CIVILE

Sommario: ***1.1. La proposta di riforma del codice civile e delle norme relative alla responsabilità; 1.2. Considerazioni conclusive***

1.1. La proposta di riforma del codice civile e delle norme relative alla responsabilità

L'analisi sin qui condotta consente di comprendere al meglio il pensiero di un grande studioso della responsabilità civile e dei *punitive damages,* Mauro Grondona*:* solo seguendo il ritmo della giuridicità che passa dalla coscienza sociale a quella giuridica è possibile cogliere il significato dei singoli istituti giuridici, soprattutto quelli di nuova o recente emersione per amalgamarli con il tessuto normativo esistente[449].

Quello che il percorso evolutivo dell'illecito sembra, in conclusione, consegnare all'interprete è una storia di conquiste ma anche di abbandoni e fallimenti[450].

---

[449] Così CUFFARO, *op.cit.* p. 3 che, nel riportare la sintesi del pensiero del maestro Mauro Grondona, afferma come "solo seguendo il '*ritmo della giuridicità che trascorre dall'esperienza sociale all'esperienza giuridica, sia possibile cogliere il significato degli istituti giuridici e delle regole di diritto ed ancora, in misura complementare, di come nell'interpretazione ed applicazione degli istituti giuridici e delle regole di diritto appartenga alla giurisdizione il compito di mediazione tra fattualità e giuridicità*".

[450] FAVA, *La responsabilità civile,* op. cit. p.9 "*la storia di questi ultimi secoli, dunque, ci consegna due fallimenti: quello del modello meramente economicistico (una società più ricca non è necessariamente migliore) e quello del modello sociale (le risorse sono limitate e non vanno sprecate)….Il sistema della responsabilità civile, non abdicando al suo compito principale di*

Si tratta di un'evoluzione che appalesa l'ancora accesa - e forse destinata a non sopirsi mai del tutto - dialettica e tensione tra la dichiarata finalità di compensazione del soggetto leso e l'aspirazione di caricare il risarcimento di istanze legate alla punizione dell'autore di condotte contrarie al comune sentire sociale se non del tutto antigiuridiche.

Da un lato, infatti, la recente emersione del dibattito sui danni punitivi mostra come il modello meramente economico dell'illecito aquiliano, teso a ripristinare l'uguaglianza tra danneggiante e danneggiato in un'ottica esclusivamente compensativa, non possa essere sufficiente in una prospettiva di effettività della tutela se e nella misura in cui all'illecito aquiliano venga demandato un compito di salvaguardia e promozione di nuovi valori e modelli sociali.

Se infatti la sistematica del risarcimento del danno ha la funzione di ordinare e regolare le condotte umane, ciò intanto risulta possibile in quanto la stessa risulti subordinata al "modello culturale e istituzionale che contraddistingue l'ordinamento giuridico in un dato momento storico"[451].

E ciò senza che sia per questo necessario che la responsabilità civile arrivi a rinnegare quella che è la sua missione principale di riequilibro e ridistribuzione delle perdite. Una funzione che trova suggello, come visto, non solo nella giurisprudenza nazionale ma anche in quella europea.

Infatti, se la scintilla fatta scoccare dalle Sezioni Unite D'Ascola ha, in effetti, riacceso il dibattito su quale delle funzioni meglio riesca a rappresentare l'essenza dell'istituto dell'illecito aquiliano, nondimeno non potrà realisticamente negarsi come una certa preferenza e predilezione per quella che è da sempre stata considerata la funzione fondante la responsabilità civile, ossia quella compensativa e riparatoria, permarrà verosimilmente nel dibattito pretorio e giurisprudenziale dei prossimi anni.

---

ristabilire l'uguaglianza tra danneggiante e danneggiato… potrebbe contribuire…alla salvaguardia di nuovi modelli sociali più attenti ad una giusta redistribuzione della ricchezza ed alla promozione di una maggiore efficienza e competitività del sistema economico".

[451] QUARTA, *Risarcimento e sanzione,* cit. p. 17 e ss.

Tuttavia, come alcuni autori hanno avuto acutamente occasione di sottolineare, anche a volersi ammettere che l'illecito aquiliano continuerà a manifestare nel tempo una innegabile ascendenza e vocazione consolatoria, nondimeno proprio a tale funzione non sarebbero comunque estranei connotati di repressività: «*il fatto che il risarcimento sia una conseguenza del danno risarcibile implica che, mancando quest'ultimo, non può essere dato alcun risarcimento: in questo si conferma che la riparazione può esprimere solo una funzione repressiva del danno, poiché da questo dipende*»[452].

A queste considerazioni deve aggiungersi un rilievo fondamentale. Risale al 19 marzo del 2019 un importante disegno di legge presentato al Senato (DDL S. 1151) contenente la delega al Governo per la revisione del codice civile in alcuni importanti ambiti: tra questi quello della responsabilità civile[453]. Nello specifico, alla lettera m) viene rimesso al Governo il compito di "coordinare più razionalmente e compiutamente le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale" e di, lettera *n)* "razionalizzare le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale per la responsabilità extracontrattuale e, nei congrui casi, contrattuale, anche disancorandola dalla necessità di una rigida tipizzazione legislativa e introducendo criteri alternativi di selezione direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi"[454]. Il riferimento alla necessità di dare una

---

[452] FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit. p. 665.

[453] BALESTRA, CUFFARO, SCOGNAMIGLIO, VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni,* in *Corriere Giuridico* n. 52019.
gli altri ambiti toccati dal DDL sono quelli degli accordi prematrimoniali, dei patti successori, delle informazioni precontrattuali.

[454] Nella relazione di accompagnamento al DDL si legge: "con riferimento alla responsabilità extra contrattuale e, nei congrui casi, contrattuale, si introduce un ulteriore criterio di delega concernente la razionalizzazione delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale. La materia della responsabilità civile è quella che, oramai dai primi anni Sessanta del secolo scorso, è stata interessata dalla crescente attenzione della dottrina e della giurisprudenza, che hanno riletto in chiave evolutiva e costituzionale la clausola generale del danno ingiusto di cui all'articolo 2043 del codice civile, superando la limitazione della tutela risarcitoria ai diritti assoluti, individuando nuovi ambiti di operatività e nuove funzioni della responsabilità civile, rivalutando la portata precettiva

sistemazione organica al danno non patrimoniale, svincolandolo da una rigida tipizzazione legislativa, da un lato, e riconoscendone la configurabilità non solo nei casi di responsabilità extracontrattuale ma anche di tipo contrattuale, testimonia, nel solco della giurisprudenza inaugurata dall'ordinanza di rimessione del 2016 e culminata con le Sezioni Unite D'Ascola, l'intento di riconoscere alla responsabilità civile il compito di garantire una tutela quanto mai effettiva in una prospettiva anche superindividuale.

---

dell'articolo 2059 del codice civile. Gli interventi del legislatore sono stati invece settoriali (anche se rilevanti, come in tema di responsabilità civile per le automobili e di responsabilità medica e, prima, della responsabilità del produttore), essendo a tutt'oggi immutato il contenuto delle disposizioni del titolo IX del libro quarto del codice civile. L'evoluzione giurisprudenziale rende opportuna la previsione di un più razionale coordinamento delle eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione delle di verse forme di responsabilità, che vadano oltre la pur ampia interpretazione general mente data alla norma di riferimento dell'articolo 2055 del codice civile. Posizione di centralità nell'intero sistema della responsabilità civile, extracontrattuale e contrattuale, rivestono peraltro i criteri di individuazione e di quantificazione del danno risarcibile e in specie del danno non patrimoniale, sia nell'ottica del danneggiato che in quella del danneggiante e di coloro che, nel sistema assicurativo della responsabilità civile, ne sopportano i costi economici. Obiettivo dei principi e criteri direttivi dettati dall'articolo 1, comma 1, lettera n), del disegno di legge delega è, prima ancora (ma in vista) della quantificazione del risarcimento, l'introduzione di criteri di «selezione» delle ipotesi di risarcibilità dei danni non patrimoniali che siano «direttamente correlati al rango costituzionale degli interessi lesi», per tale via assicurandone un'individuazione normativa. Viene tuttavia esclusa una tipizzazione legislativa che, pur attualmente richiamata dall'articolo 2059 del codice civile, si è rivelata incompatibile con le previsioni costituzionali, come emerge, tra l'altro, dai diversi interventi della Corte Costituzionale aventi ad oggetto proprio la norma anzidetta. Demandando al legislatore delegato il compito di dettare i criteri per l'identificazione delle situazioni soggettive corrispondenti a quelle protette a livello costituzionale, senza direttamente incidere sui criteri e sull'entità della liquidazione dei danni risarcibili (a differenza di diversi progetti di legge presentanti nel corso del tempo con prospettive di riforma o integrazione dell'articolo 2059 del codice civile), si persegue al contempo il duplice obiettivo di evitare duplicazioni risarcitorie e di prevenire la risarcibilità di pregiudizi cosiddetti bagatellari, pur conservando l'integralità del ristoro della sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione e garantendo la funzione di deterrenza interna al sistema di responsabilità civile".

1.2. Considerazioni conclusive

Conclusivamente può ritenersi come la nascita e lo sviluppo di figure "ibride" come quelle dei *punitive damages*, trovi la sua ragion d 'essere nella discrepanza, probabilmente ineliminabile e connaturata alla stessa essenza dell'illecito aquiliano, tra dogmatica del danno e concreti risvolti pratici e applicativi.

Se l'obiettivo fondante della responsabilità civile, in una prospettiva di analisi economica del diritto, è quello di ripartire adeguatamente i costi dei danni tra autore dell'illecito e danneggiato, questo livellamento risulterebbe difficilmente realizzabile in concreto: non sempre, infatti i danneggiati decidono di agire contro gli autori dell'illecito, per le più varie ragioni tra cui, indubbiamente, il timore di dover affrontare l'alea di un giudizio o i costi connessi alla sua instaurazione.

E, quand'anche i danneggiati decidano di intraprendere la strada dell'azione risarcitoria, sia pure stragiudiziale, non sempre il risarcimento conseguito è interamente satisfattivo e corrispondente alla reale perdita subita.

In situazioni come queste, appare evidente come, di fatto, il ripianamento dei costi conseguenti alla commissione dell'illecito e il ripristino dell'integrità della sfera patrimoniale del danneggiato, oltre che dell'interesse economico della società prendendo in considerazione la citata vocazione anche sociale della responsabilità civile, di fatto non si realizza. È proprio tra le pieghe di queste situazioni di inevitabile asimmetria che trovano spazio di crescita i danni punitivi: "*può così riassumersi la valutazione svolta da diversi interpreti giuseconomicisti, i quali ritengono che i punitive damages rappresentino un rimedio economicamente efficiente per quanto attiene al contenimento dell'impatto dei sinistri e dei correlativi danni sulla collettività, salve ipotesi di "overkill" che si verificano quando alla deterrenza di simili strumenti rimediali si venga a sostituire un fenomeno di sovradeterrenza*"[455].

---

[455] MARIOTTI, op.cit. p.110 che riporta l'opinione di TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa,* Milano, 1962.

A parere di chi scrive il riconoscimento dell'ammissibilità di danni punitivi nel nostro ordinamento - sia pure in una prospettiva *de iure condendo* che stimoli una sempre più capillare intermediazione legislativa in ossequio al rispetto dei principi di legalità e tassatività che devono presidiare la materia sanzionatoria - deve necessariamente passare attraverso una rigorosa valutazione delle sentenze che li prevedano, verificando che il percorso motivazionale adottato dal giudice sia a tal punto chiaro e dettagliato da rendere "*la sua decisione non certo calcolabile, ma comunque ragionevolmente prevedibile*"[456].

Resterebbe tuttavia da domandarsi, e alcuni tra i più illuminati civilisti lo fanno, se il rispetto puntuale del principio di legalità e di prevedibilità sanzionatoria debba ritenersi un principio indefettibile anche per le sanzioni punitive previste dal diritto privato o se, piuttosto, un certo coefficiente di imprevedibilità non possa invece considerarsi un valore aggiunto in quanto espressione del "più tenace legame tra diritto e società"[457]. In effetti pare indubitabile che "*la porta del principio di stretta legalità si è senz'altro ampliata rispetto a quella che aveva negli anni '80, epoca a cui risalgono le affermazioni della letteratura penalistica ed amministrativistica circa l'esistenza di un nesso esclusivo tra l'art. 25 comma 2 Cost. e la pena detentiva*"[458] .

L'ampio raggio di azione del principio di legalità, pertanto, non sarebbe tale da abbracciare anche le sanzioni punitive di stampo non penale; il ché facoltizzerebbe

---

[456] SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi tra legge e giudizio,* op. cit.; si veda l'autorevole contributo di GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. prev.,* 2014, 1761 a parere del quale "*la prestazione dovuta a titolo di "danni punitivi" non è risarcimento ed i "danni punitivi" non sono danni*"; Secondo altri sarebbe preferibile, in una prospettiva *de iure condendo "una regolazione normativa ex ante rispetto ad un intervento giurisprudenziale ex post"* così FITTANTE, *I danni punitivi tipici nella più recente giurisprudenza,* in *Danno e Resp* n. 1/2018 che riporta SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato,* in *Contratto e Impresa*., 2018, 321.

[457] GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale,* op. cit. p. 158.

[458] DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei danni punitivi,* Milano, 2019 p. 190.

il legislatore a prevedere sanzioni civilistiche pur in assenza del principio costituzionale di legalità.

E questo lo si potrebbe affermare nella misura in cui "*il risarcimento punitivo, tanto nella sua componente di deterrenza quanto in quella di sanzione è…. una risposta della collettività…ad un comportamento illecito di un consociato…in questo senso ci si può forse spingere fino a dire che i* punitive damages *imprevedibili sono un positivo fattore socio – antropologico connotato da un'intrinseca "politicità", inteso nel senso di criterio e misura del vivere civile*"[459].

Per quanto la linea di pensiero illustrata fornisca interessanti spunti per un rinnovato dibattito sulla portata e i confini del principio di legalità, tuttavia, a parere di chi scrive, il dato dell'intermediazione legislativa, resta, laddove possibile, l'orizzonte ideale a cui tendere e aspirare allorché di sanzioni - ancorché civili (ma pur sempre sanzioni) - si discuta.

Da questo punto di vista, l'esaminata parabola della responsabilità civile consegna all'interprete una sistematica dell'illecito aquiliano che, di fatto, accanto alla pluralità di anime che la contraddistinguono, presenta due vocazioni essenziali: da un lato, una vocazione interindividuale volta a ristabilire l'equilibrio violato tra danneggiante e danneggiato per il tramite del riconoscimento di un *quantum* strettamente correlato alla perdita subita; dall'altro, un'attitudine sociale e superindividuale in cui la reazione all'illecito, attraverso il solo strumento della compensazione, sembra non bastare più per ripristinare questo equilibrio

---

[459] GRONDONA, op.cit., che poi riporta MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite* Foro it. anno 2017, parte I, col. 2648: "Da alcune parti si sente ora invocare la necessità di un intervento legislativo. Tali invocazioni naturalmente mostrano subito di essere meta-positive, in quanto appunto richiedono un intervento legislativo evidentemente necessitato dall'assetto attuale dell'ordinamento giuridico. Peraltro, ci si chiede come, stanti i richiami costituzionali fatti dalle sezioni unite, possa venire considerato, dal punto di vista dell'oggettività e della ragionevolezza, un tale intervento in sede di legittimità. Qui occorre solo ricordare quanto altre volte abbiamo ripetuto, e da tanti cultori del diritto vivente ampiamente condiviso e riconosciuto, e cioè che il diritto privato costituisce un ordine complesso e decentrato, che mal si adatta alle rincorse della legislazione: «Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht».

tradito e compromesso, rendendo necessario, in considerazione della pregnanza dei beni e dei valori violati, il ricorso alla deterrenza.

Sarà, dunque, l'orizzonte del rispetto del principio di ragionevolezza il faro guida che indirizzerà tanto il legislatore quanto l'interprete nel rendere i *punitive damages* compatibili con il nostro tessuto ordinamentale nella definitiva prospettiva di effettività e completezza della tutela.

BIBLIOGRAFIA

ADAM R., *Lineamenti generali dell'ordinamento comunitario*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di TIZZANO, in Tratt. dir. priv., diretto da M. BESSONE, vol. XXVI, t. I, Torino, 2000

AL MUREDEN E., *Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo,* in Contratto e Impresa n. 3/2013

AL MUREDEN E., *Il futuro del law and economics nel pensiero - di Guido Calabresi* in Rivista di Diritto Civile n. 3/2018

AL MUREDEN E., *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. Comm*., 2018

AL MUREDEN E., *La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti*, in *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali,* Torino, 2017

AL MUREDEN, "*Costo degli incidenti e responsabilità civile" quarant'anni dopo. Attualità e nuove* prospettive dell'analisi economico-giuridica di Guido Calabresi, in Rivista di Diritto Civile n. 4/2015

AL MUREDEN, *Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'unione europea*, Il Corriere Giuridico n. 5/2020

ALBANESE B., *Voce Illecito (Storia)*, in *Enc, dir.,* XXXII, Milano, 1960

ALESSANDRI A., *Reati in materia economica* in PALAZZO – PALIERO, *Trattato teorico – pratico di diritto penale,* Torino, 2012, 103

ALPA G., *Analisi economica del diritto privato,* Milano, 1998

ALPA G., *Il dibattito intorno ai danni punitivi le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della suprema Corte di Cassazione* in *Contratto e Impresa* n. 4/2017

ALPA G., *L'intervento – Occorre valutare bene anche le conseguenze economiche,* in www.quotidianodeldiritto.ilsole24ore.com. 7 luglio 2017

ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010

ALPA G., *Le funzioni della responsabilità` civile: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione, in Contratto e Impresa,* 2017

ALVINO I., *Sulla questione della risarcibilità - dei c.d. «danni punitivi» alla vittima - di una discriminazione fondata sul sesso* in *Diritto del Lavoro* n.3/2016 nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea Sez. I, 17 dicembre 2015, causa C-407/14.

ARMONE G., Aa.Vv., *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, 5a ed., Milano, 2019, p. 1500

ARNO C., *Legis Aquiliae actio directa ero competit,* in Bidr 42 (1934)

ASTONE M., Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24), in Nuova giur. civ. comm., 2017

AZZARITI S.T., *Punitive damages and breach of contract,* in *il danno contrattuale, diretto da Maria Costanza, Zanichelli,* 2014

BAR C., *Gemeineuropaischees Deliktsrecht,* Monaco, 1996, p. 604 e ss citato da

BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni,* Vol, II, Milano 1964

BARATELLA M.G., in *Le pene private,*Milano, 2006

BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust,* in *Contratto e Impresa,* 2008, 1

BARCELLONA M., *Trattato della Responsabilità Civile*, Torino, 2011

BARONE A. –PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it*., 1992, IV

BARONE A. , *Punitive damages e ordine pubblico - punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?* In *Giur. It.* n.6/2017.

BELLI F., *Nuove depenalizzazioni tra privatizzazione della pena e pubblicizzazione del risarcimento* in Altalex.com 29 marzo 2016

BENATTI F., *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto,* Milano, 2008

BENEDETTI A.M., *Funzione sanzionatoria e compensazione. Troppe pagine per un falso problema* in *I danni punitivi, Tavola Rotonda Cagliari,* 2018

BENEDETTI A.M., *Sanzionare compensando? per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ.,* gennaio - febbraio 2019

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano,* 1947,239.

BIANCA M., *Il danno da perdita della vita,* in *Vita notarile,* 2012, p. 1497.

BIANCA M., *La Responsabilità,* in *Diritto Civile,* Vol. 5, Giuffrè, Milano 2017

BIANCA M., *La tutela risarcitoria del diritto alla vit : una parola nuova della Cassazione attesa da tempo;* in *Resp. Civ. Prev,* 2014

BIANCHI A., *Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti* in *Danno e Responsabilità* n. 4/2018

BIANCO M. – BORDI R.– GALLO E., *Il risarcimento del danno all'ambiente: il caso Pieve Vergonte,* in Ambiente & sviluppo n. 12/2018.

BIASI M., *Danni punitivi - il caso ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro italiano*, in *Giurisprudenza Italiana n. 10/2018*

BOBBIO N., *Sanzione,* in *Noviss, Dig,, XVI,* Torino, 1969.

BONILINI G., *Il danno non patrimoniale,* Milano, 1983

BOVE M., *La misura coercitiva di cui agli art. 614 bis c.p.c.,* in *Riv. Trim. dir. proc.,* 2010,

BRANCA G., *Struttura della responsabilità extracontrattuale attraverso i secoli,* in *Studi in onore di Edoardo Volterra,* I, Milano, 1971

BREGOLI A., *Il risarcimento del danno tanatologico: una deriva "populista"?* in *Danno e Resp n.* 3/2019

BRICOLA F., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, ne *Il Foro Italiano,* 1985, vol. 108, n. 1 (gennaio 1985)

BRICOLA F., *Teoria generale del reato,* Torino, 1974 p. 53 e ss,

BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano, 1964*

BUSET G., *La locazione non registrata fra definitività e provvisorietà dell'inefficacia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 3/*2018

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, 585

BUSNELLI F.D. – PATTI S., *Danno e Responsabilità civile,* Torino, 2013,

BUSNELLI F.D. – SCALFI G., *Pene Private,* Milano, 1985

BUSNELLI F.D., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ., 2009*, p. 5 e ss.

BUSNELLI F.D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi,* in *Europa e dir. priv.,* 2009

BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964

BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1988, 652.

BUSNELLI F.D., *Responsabilità civile. Fatto illecito. Danni punitivi*, in *Eur. dir. priv*., 2009

BUSNELLI F.D., *Tanto tuonò che… non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"* in *Corriere Giuridico* n. 10/2015

BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle pene private,* in *Le pene private,* Milano, 1985

BUSNELLI, *Un clamoroso revirement della Cassazione: dalla «questione Superga» al «caso Meroni»* in *Foro.it* 1971, I

CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico – giuridica*, Milano, 1975

CALABRESI G., *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

CALABRESI G., *The Future of Law and Economics*, New Haven, 2016

CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts,* 70 Yale, L.J., 1961

CALVANO R., *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*,in *Giurisprudenza Italiana* n. 3 del 2008

CALZOLAIO E.*, La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello stato al vaglio delle Sezioni Unite,* in *Contr.e Impr.* 1/2010

CALZOLAIO E., *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttive comunitarie* in *Giur.it,* 2004, 46

CAMARDI C., *Le Istituzioni del diritto privato contemporaneo,* Napoli, 2010

CANDIAN A.D., *Responsabilità civile e assicurazione,* Milano 1993

CANDITO G.L., *I danni punitivi tra ordine pubblico internazionale e natura polisemica della responsabilità civile,* in www.ildirittoamministrativo.it, 2017

CANNATA C.A., *Considerazioni sul testo della Lex Aquilia: premesse e ricostruzioni del primo capo,* in SDHI, 1992

CANNATA C.A., *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria,* in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico comparatistica,* a cura di L. VACCA, Torino, 1995

CANZIO G., *Nomofiliachia e diritto giurisprudenziale,* in *Contratto e Impresa* n. 2/2017

CAPPELLETTI M., *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia, e Dimensioni costituzionale e transnazionale della giustizia*, in ID., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, 1994

CARBONE V., *I De Chirico di De Chirico*, nota a Trib. Roma 21 gennaio 1989, in Corr. giur., 1989, 860

CARINGELLA F.– DI MATTEO D., *Le nuove lezioni e sentenze di diritto civile,* Roma, 2013

CARLEO R., *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana* in *Contratto e Impresa* n. 1/2018

CARSON G. – STANGARONE M., Tort Claims in Family Law – The Frontier, in Canadian Family Law Quarlterly, 2010

CASSANI S., *Azione di reintegrazione - e diritto al risarcimento dei - danni da lesione del possesso,* in *Danno e Responsabilità* n. 7/2015

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale,* in *Eur. Dir. Priv.* 2008

CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia,* in *Europa e Diritto Privato,* 2017

CASTRONOVO C., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in *Scritti di comparazione e storia giurdica*, CERAMI – SERIO (a cura di), Torino, 2011

CASTRONOVO C., *La Responsabilità civile,* Milano, 2018

CASTRONOVO C., *Problema e sistema del danno da prodotti,* Milano, 1979

CASTRONOVO C., *Scritti di comparazione e storia giuridica. Atti dei seminari del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo.* Torino, 2011

CATALANO G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo,* in *Foro it*., 1996

CECCARELLI V., *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali,* in *Danno e Resp.* n. 4/2015

CENDON P. *Ha da passà a nuttata,* pubblicato su *personaedanno.it, 1*4/11/2008

CENDON P., *Esistere o non esistere*? in *Responsabilità civile e previdenza*, 2000

CERINI D., *Polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo,* in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario,* 2018

CHINE' G, FRATINI M., ZOPPINI A., Manuale di diritto civile, VIII ed., Nel Diritto Editore, Roma, 2016.

CHIRONI G.P., *Colpa extra-contrattuale*, Torino, 1903-1906

CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile,* Padova, 1966

CLARIZIA R., *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite - danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur.it,* n. 10/2018

COMINOTTO C. – CALDERONI G., *Risarcimento del danno da aspettativa,* in *diritto24.ilsole24ore.com,* 25 giugno 2015

COMPORTI M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile,* 1965, p. 32 e ss.

COMPORTI M., *Fatti illeciti,* Milano, 2002

COMPORTI M., *Le presunzioni di responsabilità.* In *Riv. Dir. civ.* 2000

CONFALONIERI S., L*e nuove sanzioni amministrative in materia di market abuse (prima parte)* in *Le Società* n. 5/2019

CONSOLO C. -BARONE A., *Postilla minima di messa a giorno di inizio luglio 2017,* in *Giur.it.,* 2017, p. 1365 e ss.

CONSOLO C., *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Il Corriere giuridico* n. 6/2009.

CORONGIU S., *I danni punitivi sono ancora contrari all'ordine pubblico? Questione rimessa alle SS. UU.*, in Quot. giur., 2016

CORSI G., *Il sì della suprema corte all'astreinte straniera - il commento* in *Danno e Responsabilità n.* 12/2015

CORSO G., *L'ordine pubblico,* Bologna, 1979

COSTANTINI C., *Per una genealogia dei punitive damages*. *Dissociazioni sistemologiche e funzioni della responsabilità civile*, 287 ss. in *Il risarcimento del danno e le sue 'funzioni'*, Napoli, 2012

CUFFARO V., *I danni punitivi. Tavola rotonda- Cagliari 9 maggio*, 2018

D'ADDA A., *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento,* in *Nuova giur. Civ.* 2013, 7-8

D'ONOFRIO M., *Danni punitivi e abuso del processo ex art. 96 comma 3* c.p. in *Dir. Civ. Cont ,* marzo 2017

DALLA MASSARA T., *Terzo comma dell'art.96 c.p.c.: quando, quanto e perché?,* in *Nuova giur. Civ. comm.* 2011, 55

DE CUPIS A., *Il diritto di libertà negoziale*; in Giust. civ., 1982, I

DE CUPIS A., *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 1983

DE MARZO G., *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile,* in *Foro it.,* 2009, 397

DE MATTEIS R., *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile,* Padova, 1995

DE MENECH C., *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie: studio per una teoria dei "danni puniti",* Padova, 2018

DE STEFANO F., *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana delle astreintes,* in *Corr. Mer.* 2009

DELLA VECCHIA R., *Il nuovo sistema sanzionatorio bancario e finanziario: abrogazione dell'obbligo di regresso e irretroattività della lex mitior,* in *Le Società* n. 8-9/2018.

DI MAJO A., *Astreinte - i confini mobili della responsabilità civile,* in *Giur. It.,* 2016, 3, 352

DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?* In *Corriere Giuridico n.* 3/2009

DI MAJO A., *Ingiustizia del danno e diritti non nominati* Giust. civ., 1982, I, 1745*dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e diritto privato,* 2008

DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente* in *La funzione deterrente della responsabilità civile* (SIRENA a cura di), Milano, 2011

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti,* Milano, 2003

DI MAJO A., *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva* in *Giur.it, 2017,* p. 1787

DI MAJO A., *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. priv*., 1998, II

DI MARZIO M., *Responsabilità aggravata: per la Consulta il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. ha funzione sanzionatoria*; in *ilprocessocivile.it*, fasc., 30 giugno 2016

DI MARZIO M., *Una carezza e un pugno* in *personaedanno.it,* 17/02/2006

DI SABATINO E., *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto* in *La Resp. Civile* n. 5/2009

DOMAT J., *Les Lois civilis selon leur ordre naturel.* Paris. 1756.

EPISCOPO F., *Danni punitivi e plurifunzionalità della responsabilità civile,* 2011, p. 115

ESMEIN P., *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, in Rev. trim. dr. civ., 1933

ESSER J., *Grundlagen und Entwicklung der Gefahrdungshaftung,* Berlino, 1941

FAVA P., *La Responsabilità civile.* Trattato teorico – pratico, Milano, 2018

FEDELE A., *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, 61

FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione,* in *Giur. It.* n. 3/2006

FERRINI C., *Delitti e quasi delitti*, in *Dig. It,* Torino, 1926

FINOCCHIARO G., *Intelligenza artificiale e responsabilità* in *Contratto e Impresa* n. 2/2020

FINOCCHIARO G., *La tutela cautelare e reintegratoria,* in *Internet e il diritto dei privati. Persone e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, L. NIVARRA, V. RICCIUTO (a cura di), Torino, 2002

FINOCCHIARO G., *Voce "Identità personale (diritto alla)"*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., Agg., Torino, 2010

FITTANTE A., *I danni punitivi tipici nella più recente giurisprudenza,* in *Danno e Resp* n. 1/2018

FLORIDIA G., *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale,* in Il diritto industriale n. 1/2012

FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno,* Milano, 1999

FRANZONI M., *Danno punitivo e ordine pubblico,* in *Rivista di Diritto Civile n.* 1/2018

FRANZONI M., *Fatti illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059,* in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca,* 2004

FRANZONI M., *Quale danno punitivo*, in *Contratto e Impresa* n. 4/2017

FRANZONI M., *Spigolature sulle sentenze di San Martino* in *Danno e Responsabilità* n. 1/2020

FRATINI M., *Compendio di Diritto civile,*Nel Diritto, p. 903

GAETANO M, *interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione,* luglio 2010

GAIO, *Istitutiones,* IV, 6-9.

GALGANO F, *Le mobili frontiere del danno ingiusto,* in *Contr, imp.,* 1985

GALGANO F., *Trattato di diritto civile, Vol. 3,* Padova, 2014

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996

GHIRGA M.F., *Spese processuali - corte costituzionale e "sanzioni" processuali,* in *Giur.it* n. 3/2020.

GIGLIOTTI F., *Danni punitivi dopo le Sezioni Unite - danni punitivi e sistema processuale (civile),* in *Giur. It.* n. 10/2018

GIOIA M., *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i tribunali civili,* Milano, 1829

GRANELLI C., *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. prev.,* 2014

GRANELLI C., *In tema di danni punitivi,* in *Resp.civ.* 2014, 1760

GRASSI U., I danni non patrimoniali ed il "doppio" art. 2043 c.c., in Rassegna di diritto civile, 2008

GRONDONA M., *Ingiuria e diffamazione, danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi,* in *La Resp. Civ.* n. 12/2010

GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*. 31 luglio 2016

GRONDONA M., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale,* Napoli, 2017

GRONDONA M., *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages,* in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 10/2017

GUARINO A., *Diritto privato romano,* Napoli, 1976

GUFFANTI PESENTI L., *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7 co. 3, Legge 8 marzo 2017 n. 24.,* in *Eur. Dir. priv.,* 2017

HAZAN M. – ZORZIT P., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli*), Milano, 2017

HAZAN M., I*"danni punitivi" nella rc auto e nella rc sanitaria: cosa cambia dopo le Sezioni Unite?*, in ridare.it, Agosto, 2017

HOFFMAN L., *Rookes v. Barnard*, in Law Quarterly Review, 1965, 166

HOLMES M., *Trepass and Negligence,* 1881, Boston, 1881

K.BINDING, *Die Normen und ihre Udertrtung,* I, Leipzig 1916

LA BATTAGLIA L., *Il danno da perdita di chance,* in *Danno e Resp.* n. 3/2019

LA TORRE M.*, Un punto fermo sul problema dei danni punitivi,* in *Danno e resp*, 4/2017

LAMORGESE A., *Luci ed ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi,* in *Rivista di diritto civile* 1/2018

LANDINI S., *Assicurazione dei "danni puntivi" e delle sanzioni punitive civili,* in *Contratto e Impresa,* 3, 2019

LANDINI S., *La condanna a danni punitivi - tra penale e civile: la questione rimane attuale* in *Diritto Penale e Processo* n. 2/2017

LARENZ, *Lehrbuck des Shuldrechts,* I, Munchen, 1970 p. 335.

LIVIO T., *Ab Urbe condita* libri, VIII, 28

LOCATELLO D., *Danno biologico illecito non immediatamente fatale: superamento o mantenimento del criterio "cronometrico"* in *Corriere Giuridico* n. 7/2019

LUCCHINI GUASTALLA E., *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. Civ. Prev*., 2016

MAGAZZÙ A., *voce Clausola penale*, in Enc. Dir., Milano, 1960, Vol. VII

MALINCONICO C., *Preservare la propria identità personale è un diritto soggettivo,* in *Corriere Giuridico,* 10/1985

MARIOTTI P, SERPETTI A., MASINI P., CAMINITI R., *Prodotti difettosi e obsolescenza programmata.* Responsabilità, risarcimento, copertura assicurativa, Santarcangelo di Romagna, 2013

MARIOTTI P., MASINI P., CAMINITI R., *Danni punitivi. Profili giuridici e assicurativi dopo la sente. 16601/2017 delle SS.UU. della Corte di Cassazione,* Sant'Arcangelo di Romagna, 2018

MASTROPAOLO F.*, Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli 1983

MATAJA V., *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalokonomie,* Leipzig, 1888

MAUCERI T., *Abusi di mercato e responsabilità civile: danni all'integrità del mercato e danni non patrimoniali agli enti lucrativi lesi dal reato* IN *La Nuova Giur. Civ. Comm.,* 2010

MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello Statuto Garantistico,* Torino, 2017

MAZZAMUTO S., *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 *Contratto e Impresa* n. 3/2009

MCKENDRICK*, Tort,* London, 1992, p. 363

MESSNER C., *«Diritto vivente» – performativo, non discorsivo*, in *Pol. dir.*, 3/2011

MONATERI P.G. – ARNONE G.M., – CALCAGNO N., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014

MONATERI P.G., *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite* in Foro.it anno 2017, parte I

MONATERI P.G., *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di Cassazione,* in *Danno e Resp.* n. 2/2020

MONATERI P.G., *Il risarcimento in forma specifica*, in C. SCOGNAMIGLIO, A. FIGONE, C. COSSU, G. GIACOBBE E P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, t. 1, in Tratt. dir. priv. Torino, 2005

MONATERI P.G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioi Unite*, in *Danno e Resp.* 8-9/2016

MONATERI P.G., *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2011

MONDINI A., *Limiti di effettività delle sanzioni civili per illeciti depenalizzati: ripensare il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7 riconoscendo la dimensione sanzionatoria della responsabilità civil*e in magistraturaindipendente.it, 08 gennaio 2017

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

MORKESINIS, DEAKIN, *Tort law,* in Oxford University Press, 1994

MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata* in BUSNELLI – SCALFI, *Le pene private,* Milano, 1985 p. 245 e ss.

MOSCATI E., *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *RIv. Dir. civ* n. 2/2018

NAPOLETANO D., *Danni punitivi in caso di lesione di diritti di proprietà industriale e intellettuale* in *iusinitienere,* 27 giugno 2020

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali,* in Foro italiano (II), 2009, n. 1, 139

NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui "danni punitivi",* in *Dir. Civ. Cont.,* 30 gennaio 2017

OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Resp. civ. prev.,* 2007, 1983

OSTONI L., *Italian rejection of punitive damages in a U.S. Judgment,* 24 J. L. & CoM. 245

OWEN D*, The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, 705; ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, in *S. Cal. L. Rev*., 1982-1983

OWEN D., *Punitive damages in product liability litigation,* in *Michigan Law Rewiew* 74

PACCHIONI G., *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice,* in *Scritti in onore di G. Ferrini,* vol. II, Milano, 1947

PALADINI M., *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte,* in *Famiglia e Diritto,* 2012

PALASCIANO R., *La riducibilità ex officio della clausola penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda*, in *Nuova giur.civ. comm.* 2004, I, 555.

PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014))* in *RIv.it. dir.proc.pen.,* 4/2014

PALMIERI A. – PARDOLESI P., nota a Cass. Sez. Un. Civ., 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro.it,*I

PALMIERI A., *I danni punitivi dopo le sezioni unite - danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?,* in *Giur.it* n. 10/2018

PALMIERI A., *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in Foro italiano (II), 2009, n. 1, 123

PARDOLESI P-, *La Cassazione i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*; *in Corriere Giuridico* n. 8-9/2012

PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice,* in *Danno e Resp.* n. 11/2008

PARDOLESI P., *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»,* in *Foro italiano (II),* 2009, n. 1

PARDOLESI P., *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti della proprietà industriale,* in *Dir. ind*., 2005

PARDOLESI P., *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile,* in *Danno e Resp.* n. 4/2013

PARDOLESI P., *Voce Disgorgement,* Enc. Giur., 2005

PARDOLESI R., *Contratto e nuove frontiere rimediali,* Cacucci, 2012.

PARDOLESI R., *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato,* Bari, 2015

PATERNICÒ R., *Responsabilità civile e punitive damages: la Cassazione apre al risarcimento del danno punitivo,* in www.studiocastaldi.it, 7 luglio 2017

PATTI S., *Danno e Responsabilità,* Torino 2013

PATTI S., *Voce pena privata,* in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.,* Torino, 2004

PELLEGATTA S., *Automazione nel settore automotive: profili di responsabilità civile* IN *Contratto e Impresa* n. 3/2013

PENTA A., *Il danno tanatologico: cronaca - di una morte annunciata,* in *Studium Iuris* n. 4/2016

PERLINGERI, *Le funzioni della responsabilità civile,* in *Rass. Dir. civ.,* 2011

PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. civ.*, 2004

PERLINGIERI P., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile,* Napoli, 2015

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto Romano,* Roma, 1928

PINTO V., *Quantificazione del danno secondo le tabelle milanesi e calcolo degli interessi compensativi,* in *Danno e Resp.* n. 2/2018

POLETTI D., *Qualche notazione sul risarcimento del danno da lesione della proprietà intellettuale, tra regole speciali e disciplina generale,* in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008

PONZAENELLI G., *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e Resp.* n. 6/2012

PONZANELLI G. e FOFFA R., *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile*, in *Danno e Resp.* 2014

PONZANELLI G. *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza,* in *Nuova Giur. Civ. Comm,* 2006

PONZANELLI G., *Alcune considerazioni sulla decisione «Scarano»* in *Nuova Giur. Civ. comm.*n. 5/2014

PONZANELLI G., *Danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema,* in *Foro.it,* 2008

PONZANELLI G., *Danni punitivi? No grazie;* commento a Cass. civ. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro.it.,* 2007

PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.,* 2008, II, p. 30

PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana,* in *Riv. Dir. Civ.,* 1983

PONZANELLI G., *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*., in *Nuova giur. civ. comm*., 2006, p. 297

PONZANELLI G., *L'Europa e la responsabilità civile*, *Foro it*., 1992, IV

PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni puntivi "grossly excessive",* in *Foro.it,* 1996, IV

PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute* in Foro it., 1986, I

PONZANELLI G., *La costituzionalizzazione dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani,* in *Foro.it,* 2003 in *Foro it,* 2003

PONZANELLI G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite - possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e Resp.* 8 – 9/2016

PONZANELLI G., *L' irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno* in BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale,* Napoli, 2006

PONZANELLI G., *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno* in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 10/2017

PONZANELLI G., *Micropermanenti, undercompensation e censure di incostituzionalità,* in *Danno e Resp.* 2002

PONZANELLI G., *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi* in *Il Foro Italiano,* 2000

PONZANELLI G., *Risarcimento del danno alla persona: San Martino 2019 - si allontana da san martino 2008 e conferma gli equilibri - risarcitori del 2018* in *Danno e Responsabilità* n. 1/2020

PONZANELLI G., *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, in Foro italiano (Il), 2009, n. 1

POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Boston, 1973

POTHIERS R.J., *Traitè des obligations.* 1761

PROTO PISANI A., *La Riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura),* in *Foro.it,* 2009, 221

PUFENDORF S., *De iure naturae et genium,* 1672, 3, 1

QUARTA F, *Una proposta di rilettura dell'art. 2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensativa,* in *Percorsi di diritto civile. Studi* 2009/2011

QUARTA F., *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile,* in *Danno e Resp* n. 1/19

QUARTA F., *Legittimità e operatività dei danni punitivi nell'art. 96, 3° co. c.p.c.,* in *Giustizia civile.com*, 14 febbraio 2014

QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile,* Napoli – Roma, 2013

RATTI U., *Il risarcimento del danno nel diritto giustinianeo,* in *Boll. Ist. Dir. rom.,* 1932, 168

RAVAZZONI A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962

RICCI A., *La reputazione: dal concetto alle declinazioni,* Torino, 2019

RIZZO N., *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative,* in *Resp. civ. e prev.* n. 6/2018

RODOTA S., *Il problema della responsabilità civile,* Milano, 1964

ROMANATO N., *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i,* in *Riv. Dir, ind,* 2013, Fasc 1- 23

ROMANO M., *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi,* in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emillio Dolcini,* Milano, 2018

ROPPO E., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario* in *Contratto e Impresa / Europa*, 1999

ROPPO E., *Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi*), in Q*uest. Giust.,* 2018, 1, 111, in www.questionegiustizia.it.

RORDORF R., *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del Market Abuse* in *Le Società,* 2005

ROSSELLI F., *Clausola generale e caparra. I principi generali e la disciplina delle fattispecie* in *Diritto.it,* 2017

ROTONDI G., *Dalla* lex aquilia all'art. 1151 cod.civ: ricerche storico – dogmatiche, in *Riv. Dir. comm.,* 1916.

ROXIN K., *Risarcimento del danno e fini della prova,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1987

RUFFOLO U. – AL MUREDEN E., *intelligenza artificiale e diritto - autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *Giurisprudenza Italiana* n.7/2019

RUFFOLO U. – GRAZZINI B., *Il problema della responsabilità medica, in U. Ruffolo (a cura di), La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018

RUTSAERT J., *Le fondement de la responsabilite civile extra contractuelle . these pour le doctorat Special en droit civil presentee et soutenue le 10 avril* 1930, Bruxelles

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

SALANITRO U., *il principio "chi inquina paga": - responsibility e liability,* in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 1/2020

SALVATORI G.C., *Tra abuso del diritto e funzione punitiva: una lettura ricognitiva dell'art. 96, comma 3°, cod. proc. Civ. e prospettive de iure condendo,* in *Nuova giur.civ.,* 2015, 10

SALVI C., *La Responsabilità civile,* in *Trattato di diritto privato,* IUDICA – ZATTI, Milano, Giuffrè, 2005

SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica,* II/IIae, 62

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile,* Torino, 2018

SARACENO A. – LANDI A., *Concorrenza sleale per storno di dipendenti,* in *Giur. It.* n. 6/2014

SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile,* Padova, 2000

SCARPA D., *Il danno risarcibile a seguito di uccisione del genitore,* in *La Responsabilità Civile,* n. 10/2010

SCARPELLO A., *danno esistenziale e sistema del danno alla persona: la cassazione, la consulta e l'art. 2059 cod. civ.*in *Nuova Giur. Civ. Comm* n. 2/2004

SCHIPANI S., *Responsabilità ex lege Aquilia*: *criteri di imputazione e problema della culpa,* Torino, 1969

SCHIRRIPA M., *I danni punitivi nel panorama attuale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?* In www.comparazionedirittocivile.it, Marzo 2017

SCIARRATTA N., *La Cassazione su astreintes, danni punitivi e (funzioni della) responsabilità civile,* in *Dir. Civ. Cont. 7* luglio 2015

SCODITTI E., *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso* "Francovich"), n Foro it., 1996, I, 503)

SCOGNAMIGLIO C., *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile,* in *Resp. civ. e prev.* n. 4/2013

SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e la funzione della responsabilità civile,* in *Corriere Giuridico* n. 7/2016

SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio,* in *Resp.civ. e Prev.* N. 4/2017

SCOGNAMIGLIO C., *Quale futuro per i danni punitivi? Aspettando la decisione delle Sezioni Unite,* in *Dir. civ. cont.* 7 marzo 2017

SCRAFFA A., *La costituzione di parte civile dell'assicuratore che ha pagato l'indennità all'assicurato*, in *Riv. Dir. Comm.,* 1927

SEATZU F., *Diritto alla difesa, ordine pubblico dello stato richiesto dell'exequatur e convenzione di bruxelles del 1968,* in *Nuova Giur. Civ. Comm.* n. 6/2001

SESTA M., *Il danno nelle relazioni familiari - tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e Dir.* n. 3/2017

SESTA M., *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale* in *Riv. Dir. civ.* 1/2018

SINISCALCHI A.M., *il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?* In *Danno e Resp.* n. 4/2019

SIRENA P., *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law,* Milano, 2011

SMORTO G., *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law,* in *Eur. Dir. priv.,* 2008

TARUFFO M., *L'abuso del processo: profili generali,* in *Riv. Trim. dir.proc.,* 2012

TENCATI A., *Ramificazioni internazionali della 'responsabilità da prospetto,* in *Personaedanno.it.* 2011

TOCCI M., *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica,* Bologna, 2014

TODESCHINI N., *Responsabilità medica: dalle Sezioni Unite un s ai danni punitivi?* In *personaedanno.it,* 04 agosto 2017

TOMARCHIO V., *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, nota a Cass. civ. Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972 in Giur.it n. 2/2009

TORIELLO F., *La responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto comunitario: prime osservazioni in tema di illecito "legislativo" comunitario*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1997

TRIMARCHI P, *Voce Illecito (diritto privato),* in *Enc. Dir. XX,* Milano, 1970

TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento,* in *Rivista di diritto civile,* 2002

TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa,* Milano, 1962

TRIMARCHI P., *Responsabilità civile punitiva,* in *Rivista di diritto civile* n. 4/2020

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva,* Milano, 1961

TRIMARCHI P., *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.,* 1983, 217

TRIPODI A.F.*, Corte Europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?* in *Le Società* n. 1/2018

UNGER J., *Handeln auf fremade Gefahr,* 1894

VANACORE G, *Condanna del soccombente al pagamento della somma equitativa: bilancio a quasi un novennio*, in *Danno e Resp.,* 2018

VARVARO M., *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectionem in relazione al furtum manifestum,* in *Studi per Giovanni Nicosia,* 2007

VENCHIARUTTI A., *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno e i punitive damages*?, in *Resp. civ. prev*., 2015

VENTURINI C., *Premessa romanistica,* in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI, (a cura di), "*Le pene private",* Milano, 1985

VISINTINI G., *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018

VISINTINI G., *Il caso Meroni: un precedente giudiziale?* in *La nuova giurisprudenza civile commentata* n. 1/1997

VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile,* Milano, 1936

VITI V., *I rapporti tra caparra confirmatoria e risarcimento del danno,* in *Giur. It.* n. 2/2014

VIVANTE C., Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri, I, Milano, 1886, p. 204

VOCI P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico,* Milano, 1939

VOLPE F., *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi,* in *I danni punitivi – Tavola Rotonda – Cagliari, 9 maggio 2018,* CICERO (a cura di), Cagliari, 2019

ZOPPINI, *La pena contrattuale,* Milano, 1991

ABSTRACT

Il concetto di danno punitivo (c.d. *punitive* o *exemplary damage*) evoca una peculiare forma di risarcimento del danno la cui funzione, lungi dal risolversi in una prospettiva meramente compensativa del soggetto danneggiato, si carica di una particolare valenza punitiva.

Si tratta di una tematica la cui rilevanza nel dibattito dottrinale e pretorio ha conosciuto nel tempo alterne fortune: ad una prima fase, immediatamente successiva all'emanazione del codice civile, che ha visto un progressivo accantonamento della categoria, parallelamente al sedimentarsi di una visione precipuamente compensativa e riparatoria dell'illecito aquiliano, è seguito, in tempi più recenti, un lento ma significativo ritorno in auge dell'istituto in ragione di un progressivo ripensamento della funzione e del ruolo della responsabilità civile all'interno del tessuto ordinamentale.

L'obiettivo che ci si propone con il presente lavoro è quello di verificare l'ammissibilità e la compatibilità dell'istituto in parola con la sistematica della responsabilità da illecito aquiliano. Un piano di indagine sollecitato dal recente fervore pretorio sul tema, soprattutto in relazione alla verifica dialettica della compatibilità dell'istituto in parola con il concetto di ordine pubblico interno e internazionale.

Nei capitoli condensati nella parte I e II del lavoro, l'obiettivo sarà quello di dimostrare la natura proteiforme della responsabilità civile attraverso un approccio, anche storico, volto a valutare come sia mutato – in punto di funzioni e collocazione dogmatica – il modo di intendere la stessa.

Si esaminerà il percorso giurisprudenziale che ha condotto alle più recenti pronunce della Cassazione sul tema e al parallelo fiorire del dibattito dottrinale sul concetto di ordine pubblico quale asserito controlimite all'assimilazione dell'istituto nel tessuto ordinamentale interno. Non potrà prescindere da un approccio globale e funzionale alla problematica, la disamina di alcune peculiari

fattispecie colorate di sfumature sanzionatorie e punitive, alcune di matrice sostanziale e processuale, altre rinvenibili all'interno della legislazione speciale.

La parte III sarà dedicata all'analisi dell'istituto in prospettiva comparatistica verificando come lo stesso sia riuscito a dialogare nel tempo con le acquisizioni provenienti da ordinamenti stranieri e quali riflessi abbia invece avuto sul piano interno in relazione a specifici settori quale quello delle responsabilità civili obbligatoriamente assicurate.

Quello che si tenterà di dimostrare nella parte conclusiva del lavoro è come l'attuale impianto normativo dell'illecito aquiliano possa legittimamente ambire ad una vocazione polifunzionale e dinamica in una più ampia prospettiva di effettività e completezza della tutela non solo interprivata ma anche superindividuale, nella consapevolezza, che "*una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile*".