

Università degli Studi della Calabria
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

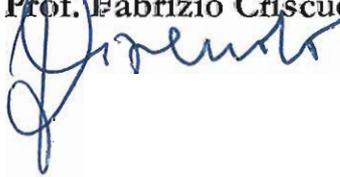
XXIII Ciclo

TESI DI DOTTORATO

***IL DANNO PUNITIVO TRA ORDINAMENTO
GIURIDICO COMUNITARIO ED
ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI***

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

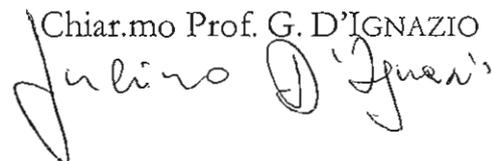
Supervisore
Ch.mo Prof. Fabrizio Criscuolo



Dottorando
Dott. Mario Tocci



Coordinatore
Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



Anno Accademico 2010 - 2011

Università degli Studi della Calabria
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

XXIII Ciclo

TESI DI DOTTORATO

***IL DANNO PUNITIVO TRA ORDINAMENTO
GIURIDICO COMUNITARIO ED
ORDINAMENTI GIURIDICI STATALI***

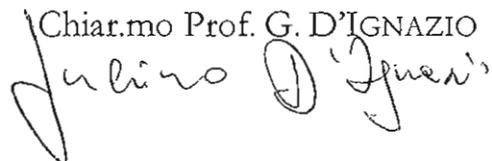
Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Supervisore
Ch.mo Prof. Fabrizio Criscuolo



Dottorando
Dott. Mario Tocci

Coordinatore
Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



Anno Accademico 2010 - 2011

INTRODUZIONE

Il sistema di responsabilità civile italiano si fonda sulla regola risarcitoria, improntata al principio di integrale riparazione del danno¹. L'idea alla base di tale principio è l'obiettivo di ristabilire, nel modo più preciso ed accurato possibile, un equilibrio alterato a causa dell'inadempimento o dell'illecito. L'assoluta centralità del principio è confermata dalla preminenza della funzione compensativa nella responsabilità civile, attorno a cui si snodano i più vivaci tra gli attuali dibattiti che investono la predetta materia.

In ossequio al principio di integrale riparazione del danno, il risarcimento svolge, come ampiamente noto, una funzione essenzialmente riparatrice, mirando alla reintegrazione di un equilibrio alterato dall'illecito. Tali affermazioni conducono ad escludere, in via di principio, il riconoscimento di valenze ulteriori, valorizzabili in virtù di una particolare considerazione per la connotazione soggettiva della condotta dell'agente, o delle peculiarità dell'illecito commesso. Una siffatta configurazione dell'illecito civile risulta avallata dalla Suprema Corte e da gran parte della dottrina italiana.

¹ Sul principio di integrale riparazione del danno, si rinvia, senza pretesa di esaustività, ai seguenti contributi: F. MASTROPAOLO, voce *Danno – III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988; A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, p.1144; A. PINORI – E. CORRADI, *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, p.41 ss.; G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1984, IX, p.203 ss.; *ID.*, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1996, p.509 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi – 2*, Milano, 2006, p.876 ss.; *ID.*, *La quantificazione del danno contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, All. 1, p.37; G. TRAVAGLINO, *Il danno patrimoniale extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, All. 1, p.45; D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia “tradito”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p.505; G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, p.67; *ID.*, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p.553; G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber amicorum. Dedicato a Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, p.651; *ID.*, *Oltre il risarcimento: il danno aquiliano tra (integrale) riparazione e sanzione*, in P.G. MONATERI – A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di “governo del diritto”. Incentivi, premi, sanzioni. XIX Colloquio biennale Associazione Italiana di diritto comparato, Ferrara 10- 12 maggio 2007*, Ed. Scientifiche Italiane, CNF, 2009, p.1045; da ultimo, si veda P. STANZIONE–B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011.

L'obiettivo fondamentale delle regole di responsabilità civile, quindi, è quello di risarcire il danneggiato per l'intera perdita subita in conseguenza dell'illecito, non ammettendosi risarcimenti che oltrepassino la misura del pregiudizio. Ne consegue che il risarcimento del danno non può determinare l'ingiustificato arricchimento del soggetto leso. Tale ricostruzione pare non lasciare alcuno spazio alla valorizzazione di funzioni diverse, quali la prevenzione o la sanzione degli illeciti. Tuttavia, la proclamazione della natura mono-funzionale della responsabilità civile pare non rispondere del tutto alla realtà giurisprudenziale italiana.

Secondo alcuni Autori e parte della giurisprudenza di merito, infatti, sono rinvenibili diverse figure, in particolare di recente introduzione legislativa, caratterizzate da una valenza "non meramente riparatoria". La precisa natura di siffatte previsioni risulta controversa; un indirizzo interpretativo individua nelle medesime una funzione marcatamente sanzionatoria, se non propriamente punitiva².

² L'opportunità di una siffatta qualificazione si presta ad essere accertata in prospettiva comparatistica, (comparazione già affrontata: *cf.* cap.III), alla luce dell'analisi dell'esperienza di *common law* in tema di *punitive damages*. Lo studio dell'evoluzione di tale istituto nel diritto inglese ed in quello statunitense si rivela fondamentale al fine di comprendere le tendenze in atto all'interno del sistema di responsabilità civile italiano. Le corti nordamericane hanno gradualmente incrementato il loro controllo sulla misura dei danni punitivi, riconoscendo l'importanza della proporzionalità nelle condanne punitive. La crescente revisione dei *punitive damages awards* si ricollega alla necessità di ricostruire in modo coerente il loro fondamento giustificativo. L'imposizione di precisi argini alla quantificazione dei danni punitivi, invero, si riflette in modo significativo sulle funzioni attribuibili ai medesimi. Nel diritto inglese, la disponibilità degli *exemplary damages* è stata fortemente limitata dalla *House of Lords*, peraltro in modo non del tutto logico e razionale. L'esperienza d'oltremontana sembra più vicina, per molti versi, a quelle dell'Europa continentale: l'idea del *punishment* quale funzione della *tort law* rappresenta una sorta di scomodo residuo storico. I danni punitivi sono considerati, infatti, un'anomalia nelle regole di responsabilità civile. Deve essere accertato, allora, se tale istituto possa ancora giustificare la sua presenza del diritto inglese e, in caso di risposta positiva, in che modo possa recuperare credibilità e coerenza, in prospettiva di riforma. L'analisi dei *punitive damages* suggerisce, poi, di ricostruire l'emersione della nozione di "pena privata" negli ordinamenti italiano e francese, al fine di verificare se istanze punitive e/o deterrenti siano del tutto estranee a tali esperienze. Le peculiarità della *tort law* statunitense implicano un differente approccio alla tematica delle funzioni della responsabilità civile. L'analisi dell'ordinamento italiano e francese, da un lato, e di quello inglese e statunitense, dall'altro, può consentire di ricostruire le attuali tendenze delle regole risarcitorie in prospettiva comparatistica. La migliore comprensione del sistema di responsabilità civile italiano richiede, invero, un approfondimento di altre esperienze, sia affini, come quella francese, che apparentemente assai distanti, quali quella inglese e nordamericana. Le corti italiane e francesi, peraltro, si sono recentemente confrontate con la questione della compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico, giungendo entrambe a negare il riconoscimento di sentenze statunitensi contententi condanne punitive. Il percorso motivazionale della Suprema Corte francese, tuttavia, rivela un'apertura ben maggiore rispetto all'atteggiamento dei giudici di legittimità italiani. Anche la dottrina francese si rivela più propensa ad accettare ipotesi "punitive", avendo avanzato progetti volti all'introduzione dei *dommages-intérêts punitifs*.

Il rinnovato interesse verso la tematica delle funzioni della responsabilità suggerisce di accertare l'effettiva sussistenza di ipotesi di risarcimento con valenza non strettamente riparatoria. I numerosi impulsi forniti sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza offrono il destro a un nuovo approfondimento dell'evoluzione della responsabilità civile. Ed invero, l'idea che il nostro sistema rifugga da qualsiasi valenza non strettamente compensativa, così come professato da alcuna parte della giurisprudenza e della dottrina, non pare rispecchiare fedelmente la realtà giuridica, né una siffatta asserzione risulta giustificata dal timore di emulare l'esperienza non del tutto positiva degli ordinamenti di *common law*.

La validità di tale principio pare essere messa in dubbio dalle molteplici limitazioni, sia intrinseche che estrinseche, che il medesimo incontra. Tra queste si possono richiamare, in via di prima approssimazione, quelle derivanti dalle difficoltà nella valutazione di alcuni tipi di pregiudizio, segnatamente nel campo del danno alla persona; l'introduzione di predeterminazioni legislative alla misura del danno – in particolare, i meccanismi indennitari; le deroghe convenzionali.

Proprio nel settore del danno non patrimoniale emergono molteplici aspetti problematici, legati *in primis* alla natura stessa di detti pregiudizi, che si sottraggono ad una valutazione oggettiva in termini monetari. Al contempo, tale ambito è stato interessato da un lungo processo evolutivo nel segno di un progressivo ampliamento dell'area del danno risarcibile. Il fine primario della riparazione integrale è stato messo in discussione dalla proliferazione di “voci” di danno di cui si è ammesso il risarcimento. Sebbene tale moltiplicazione sia avvenuta nell'ottica di garantire proprio la riparazione “integrale” del pregiudizio subito, è evidente che rischia di minare siffatto obiettivo, ove conduca a duplicazioni risarcitorie. Deve essere accertata, pertanto, l'effettiva interazione tra il principio e le sue limitazioni, al fine di valutare la sua validità alla luce dei possibili ostacoli alla sua

implementazione. Ogni principio, in quanto tale, può ammettere delle eccezioni; nel caso di specie si tratta di verificare, da un lato, se il principio di integrale riparazione possa conservare il suo fondamento e la sua effettività, nonostante le eccezioni che incontra. Dall'altro, se la sua valenza sia tale da doversi negare la legittimità di determinate deroghe, ove del tutto incompatibili con il medesimo principio. Si intende appurare, in particolare, se il riconoscimento della necessità di soddisfare altresì esigenze diverse da quella strettamente compensativa, all'interno della responsabilità civile, possa condurre all'integrazione delle sue regole con rimedi connotati da funzioni ulteriori, quali quella preventiva.

È necessario intendere correttamente la nozione stessa di “riparazione”: anche etimologicamente, il termine indica la reintegrazione di uno stato precedente. Vi sono situazioni, però, in cui non è possibile porre la vittima in una posizione “identica” a quella in cui si sarebbe trovata, se l'illecito non si fosse verificato. Tale concetto si fonda su una chiara finzione giuridica, nel caso del risarcimento del danno alla persona, non potendo il danaro certamente restaurare uno stato psico-fisico alterato. Si può ritenere che si basi, in generale, su un'approssimazione, non potendosi, in linea di principio, eliminare completamente le conseguenze di un illecito. Il ristabilimento di un equilibrio precedente richiede l'esatta sostituzione di utilità sottratte con nuove utilità³.

³ Tale idea richiama, com'è evidente, la concezione aristotelica della giustizia “correttiva”, in contrapposizione alla giustizia distributiva. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, 1986, pp.329-345. Si veda anche J. GORDLEY, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in D.G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995, p.131 ss.; G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006, p.97; A. BEEVER, *Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis*, in C.E.F. RICKETT (ed.), *Justifying Private Law Remedies*, Oxford and Portland, 2008, pp.253- 259. La dottrina statunitense ha approfondito, in modo particolare, lo studio della giustizia correttiva, nelle sue applicazioni alla *tort law*; cfr., *ex multis*: R.A. POSNER, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, in 10 *J. Leg. Stud.* 187 (1981); E.J. WEINRIB, *Understanding Tort Law*, in 23 *Val. U. L. Rev.* 485 (1989); J.L. COLEMAN, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, in 67 *Ind. L.J.* 349 (1992); *ID.*, *Risks and Wrongs*, Oxford (1992), p.374; K. COOPER-STEPHENSON, *Corrective Justice, Substantive Equality and Tort Law*, in K. COOPER-STEPHENSON–E. GIBSON (eds.), *Tort Theory*, 1993, p.48; *ID.*, *The Practice of Corrective Justice*, in D.G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995, p.53; M. STONE, *On the Idea of Private Law*, in 9 *Can. J. L. & Jur.* 235 (1996); G.T. SCHWARTZ, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, in 75 *Tex. L. Rev.* 1801 (1997); M.S. O'CONNELL, *Correcting Corrective Justice: Unscrambling the Mixed Conception of*

È precisamente la volontà di ristabilire un “giusto” equilibrio, in conseguenza dell’illecito, che ha condotto i giuristi romani all’applicazione di un siffatto principio. Tali giuristi, invero, disponevano già di un ricco apparato di sanzioni punitive. Ne deriva che l’emersione della regola compensativa non può essere stata indotta dall’intento di sanzionare una condotta illecita. La necessità della nozione di riparazione integrale, accanto a quella di “pena”, si poteva giustificare proprio in relazione alle diverse finalità che i due rimedi si ponevano: il risarcimento si prefiggeva il fine di consentire una giusta ripartizione tra i beni suddivisi tra le famiglie.

Tali osservazioni permettono di comprendere il senso dell’“integrale” riparazione, impedendo di considerare tautologica siffatta espressione⁴ Il concetto di “riparazione”, invero, sottende già la restaurazione di uno stato

Tort Law, in 85 *Geo. L.J.* 1717 (1997); G.C. KEATING, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, in 74 *S. Cal. L. Rev.* 193 (2000); *ID.*, *Restitutory Damages as Corrective Justice*, in 1 *Theoretical Inq. L.* 1 (2000); *ID.*, *Deterrence and Corrective Justice*, in 50 *U.C.L.A. L. Rev.* 621 (2002); A. RIPSTEIN, *As if It Never Happened*, in 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1957 (2007); J. BERRYMAN, *The Compensation Principle in Private Law*, in 42 *Loy. L.A. L. Rev.* 91, 98-105 (2008). Per un’accesa critica all’applicazione della giustizia correttiva nella *tort law*, si veda P. CANE, *Distributive Justice and Tort Law*, in *N.Z. L. Rev.* 401 (2001). Mentre la seconda forma di giustizia concerne la divisione complessiva di beni e di risorse, la prima, detta anche giustizia rettificativa, regola le relazioni tra i privati, imponendo che ad ognuno sia restituito quanto gli sia stato tolto senza il suo consenso. La giustizia correttiva si riferisce, pertanto, all’uguaglianza nelle relazioni tra le parti, incidendo sugli squilibri che possono sorgere. La stessa si fonda su un concetto aritmetico di giustizia, indifferente ad ogni specifico attributo o qualità dei soggetti coinvolti; detti elementi non rilevano, pertanto, al fine di determinare la misura in cui lo *status quo* è stato alterato dalla condotta di una delle parti. Il collegamento tra l’integralità della riparazione e l’ideale di giustizia correttiva è rilevato anche da F. MASTROPAOLO, voce *Danno*, III, cit., p.2, secondo cui, però, ciò si giustifica sulla base del concetto di colpa, poiché “un offensore, degno di biasimo, deve compensare una vittima innocente” (richiamando I. ENGLARD, *The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, in *J. Leg. Stud.* 25 (1980). Cfr. G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., p.97. Si veda altresì *ID.*, p. 102 ss., ove l’A. osserva che la compensazione, il ripristino di un equilibrio alterato rilevano non solo nell’ambito della giustizia “correttiva”, bensì anche in quella “retributiva”. Tali concetti devono, però, essere mantenuti distinti: anche la retribuzione mira a ristabilire un equilibrio, “*ma si tratta semmai di un equilibrio etico, o simbolico nei diversi rapporti: rapporti non tra due individui, ma tra le convinzioni etiche di una società organizzata giuridicamente e l’individuo (meritevole-colpevole)*; la retribuzione non può produrre, se non in termini di *riaffermazione del consenso etico (o di altra metafisica armonia)*, il ripristino dello *status quo ante*”. C. COUTANT-LAPALOUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, 2002, p.93; cfr. altresì P. FAVA, *La responsabilità civile: trattato teorico-pratico*, cit., p.36 ss. Il verificarsi di un danno è l’espressione di un equilibrio distrutto; il risarcimento indica, a sua volta, il ripristino dello stato precedente, in altri termini l’eliminazione dello squilibrio. La giustizia correttiva, come il principio di integrale riparazione, pone l’accento sul pregiudizio che deve essere riparato, più che sulla sua causa; per tale ragione non può prendere in considerazione l’elemento soggettivo. L’influenza dell’idea di giustizia correttiva sul principio in esame pare emergere chiaramente dall’analisi dell’evoluzione storica di detta regola.

⁴ Questo rischio è evidenziato, nella dottrina francese, da C. COUTANT-LAPALOUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, cit., p.22 ss., ove si individuano diverse possibili spiegazioni per giustificare l’aggettivo «*intégrale*».

precedente; l'aggettivo "integrale" evidenzia la necessità di improntare i criteri liquidatori ad una equivalenza strutturale tra la misura del pregiudizio subito, nelle sue molteplici componenti, e il *quantum* monetario riconosciuto a titolo di risarcimento. L'aggettivo non è ridondante, contribuendo, al contrario, a definire il contenuto dell'imposizione risarcitoria.

Nonostante la sua centralità, il principio della integrale riparazione del danno risulta oggetto di molteplici critiche. La regola non pare in grado di adattarsi a certi tipi di pregiudizio, in particolare nel settore del danno non patrimoniale, ove la riparazione integrale può essere considerata un miraggio.

Inoltre, tale principio sconta numerose deviazioni, tanto a livello legislativo che giurisprudenziale. È evidente, peraltro, che la mera sussistenza di eccezioni non è idonea, di per sé, ad inficiare la validità della regola, dovendo essere indagata la portata e l'incidenza delle medesime. Parte della dottrina, inoltre, evidenzia da tempo l'inadeguatezza del principio di integrale riparazione del danno, ove inteso quale ostacolo al riconoscimento di funzioni diverse da quella di *compensation*, all'interno della responsabilità civile. L'equivalenza tra la misura del pregiudizio subito e il *quantum* della riparazione, implica, come già osservato, che la gravità della condotta non possa essere presa in considerazione. Ciò influisce in modo evidente sulla possibilità di imprimere un carattere dissuasivo al rimedio risarcitorio.

Si osserva, allora, che se il principio compensativo è sicuramente al centro del sistema di responsabilità civile, non può, però, essere inteso in senso assoluto, così da rivestire un ruolo totalizzante ed esclusivo di ogni diversa funzione⁵.

Si è sostenuto, poi, che la centralità del principio compensativo nel processo risarcitorio si fonderebbe su una concezione impropria di "compensazione". L'idea che il risarcimento debba tendere alla "compensazione" del danneggiato sembra sottendere la convinzione che il

⁵ Cfr. R.W. WRIGHT, *Right, Justice, and Tort Law*, in D.G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, cit., p.161.

risarcimento sia in grado, ove liquidato in modo corretto, di “neutralizzare” le conseguenze patrimoniali pregiudizievoli dell’illecito. Tale concezione del risarcimento svelerebbe la sua erroneità nel far “coincidere la malattia con la terapia”⁶.

Si deve concludere che, in senso proprio, nessun risarcimento possa eliminare la perdita subita dal danneggiato per effetto dell’illecito: la responsabilità non può in nessun caso, come un ralenti, riportare il danneggiato nella situazione (patrimoniale) in cui si trovava prima dell’illecito. La serie degli accadimenti innescata dal comportamento illecito è irreversibile come, del resto, qualunque altra serie di eventi. Il senso del risarcimento sarebbe, allora, quello di una compensazione di carattere intersoggettivo, fondata su un cambiamento nell’allocazione soggettiva di una ricchezza monetaria, che si sposta dal danneggiante al danneggiato. Ne deriva che la sua valenza compensativa può essere ricostruita in chiave bidirezionale, anziché unidirezionale, dovendosi considerare i suoi effetti nei confronti del danneggiante⁷.

Il rispetto del principio di integrale riparazione, pur essendo strettamente collegato alla funzione compensativa, non può escludere, di per sé, ulteriori valenze. Ove si riesca effettivamente a risarcire tutto il pregiudizio arrecato dall’illecito, è possibile perseguire altresì l’obiettivo di deterrenza⁸. Questo può essere raggiunto, infatti, in presenza di un risarcimento integrale del danno, che imponga all’autore dell’illecito di rispondere di tutta la perdita arrecata con la sua azione. Tale affermazione necessita, però, di alcune precisazioni; si è osservato come il risarcimento integrale del danno possa “non rivelarsi completamente idoneo a soddisfare gli obiettivi di deterrenza”⁹.

⁶ A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, cit., p.222.

⁷ A. GENOVESE, *Funzione e quantificazione del risarcimento. Considerazioni relative al danno da illecito antitrust*, cit., p.222.

⁸ G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p.553.

⁹ G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, p.69.

È evidente, infatti, che la centralità del rimedio riparatorio rischia di togliere alla responsabilità civile la flessibilità necessaria per incidere adeguatamente sull'attività del soggetto danneggiante.

L'esigenza di perseguire, accanto alla finalità compensativa, anche quella preventiva, è particolarmente sentita in alcuni settori del diritto civile, ove il livello di deterrenza connesso al risarcimento integrale si rivela insufficiente, in relazione alle peculiarità dell'area considerata.

La riparazione integrale risponde ad una concezione di “giusto risarcimento”, non essendo tale quello che vada oltre la misura del pregiudizio concretamente arrecato. La regola secondo cui il risarcimento non può oltrepassare la misura del pregiudizio subito è volta ad impedire che la vittima di un illecito ottenga un ingiustificato arricchimento. Tali ipotesi non rivestono più una finalità riparatoria, mirando a svolgere funzioni diverse.

In via di prima approssimazione, si può osservare come questi rimedi “non riparatori” siano caratterizzati da una più marcata valenza sanzionatoria e/o deterrente. Il riconoscimento di una funzione deterrente non può, però, condurre all'automatica affermazione di un contrasto con il principio compensativo. Si è osservato, invero, come la “giusta” riparazione possa e debba associarsi ad un'efficacia deterrente.

L'introduzione di criteri di liquidazione difformi da quelli ordinari può essere necessaria per consentire una “giusta” riparazione¹⁰, o per privilegiare ulteriori istanze che l'ordinamento giuridico reputa più importanti, in determinati contesti. Risulta necessario, pertanto, accertare se siffatte figure siano concepibili all'interno del sistema di responsabilità civile, oppure se si pongano al di fuori del medesimo, integrandolo “dall'esterno”.

¹⁰ Sebbene sia evidente che, in linea generale, “non fa parte del concetto di giustizia risarcitoria la previsione di somme che superino il limite del danno concretamente subito e che nulla hanno a che vedere con la riparazione del danno, essendo animate da altre finalità (*in primis*, ovviamente, il riferimento è ai danni punitivi)”. Così, G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p.553.

Il processo evolutivo che ha interessato il sistema di responsabilità civile negli ultimi decenni ha evidenziato le difficoltà di attuazione del principio di integrale riparazione del danno. Queste ruotano in modo particolare attorno alla risarcibilità del danno non patrimoniale, per la sua intrinseca difficoltà di valutazione secondo criteri oggettivi ed uniformi. Peculiari profili problematici sono emersi in collegamento agli orientamenti, sia dottrinali che giurisprudenziali, volti a consentire un ampliamento del perimetro del danno non patrimoniale. Il riferimento è, in particolare, alla proliferazione di “voci” di pregiudizi non patrimoniali, cui si è assistito negli ultimi anni.

La volontà di permettere una riparazione “integrale” di tutte le possibili perdite connesse alla violazione dell’integrità psico-fisica dell’individuo ha condotto, invero, ad un moltiplicarsi incontrollato delle figure di danno. Parte della dottrina ha prontamente rilevato il pericolo di duplicazioni risarcitorie, associato a tale fenomeno.

Tale rischio è emerso con particolare evidenza in relazione alla controversa figura del danno c.d. esistenziale¹¹.

¹¹ Per approfondimenti sul danno esistenziale, cfr.: P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1994, p.416; *ID.*, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. E impr.*, 1994, p.84; *ID.*, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p.807; P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni, Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico-legali, processuali*, Padova, 1999, p.1 ss.; P.G. MONATERI, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 1999, p.5; P. CENDON – P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000; P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, Milano, 2004, p.1647 ss.; *ID.*, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2006, c.2334; M. FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p.777; L. DI PAOLA, *Brevi riflessioni in tema di danno esistenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p.357; G. FACCI, *Il definitivo riconoscimento del danno esistenziale*, in *Dir. e form.*, 2002, p.501; G. CASSANO (a cura di), *La prima giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002; S. RONDELLI, *Da Trieste in giù: il percorso del danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2002, p.58; G. RAGO, *Il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, p.329; R. DE MATTEIS, *Il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, p.565. Per una visione in chiave critica, si veda: G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p.693; *ID.*, *Attenzione, non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, *ibidem*, p.841; G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003; *ID.*, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2006, p.843; G. PONZANELLI (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007; F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p.675; G. PEDRAZZI, *La nuova stagione del danno non patrimoniale oltre le duplicazioni risarcitorie*, in *Danno e resp.*, 2002, p.995; *ID.*, *Semiserie avvertenze sul danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, p.797; G. CHINÈ, *Cronaca di una morte annunciata? La parabola del danno esistenziale*, in *Corr. mer.*, 2006, p.829. Si vedano altresì i contributi indicati *infra*, in commento alle sentenze della Corte di Cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, e delle Sezioni Unite della Suprema Corte, 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975 cit.

Ad una prima corrente dottrinarica, volta a superare i limiti del risarcimento del danno non patrimoniale attraverso un collegamento dell'art. 2059 c.c. con i diritti inviolabili della persona, tutelati dall'art. 2 Cost., si è contrapposto un orientamento che ha inteso aggirare le ristrettezze del sistema attraverso la creazione di una nuova figura di danno. La responsabilità civile è stata concepita, quindi, quale sistema tripolare, al cui interno sarebbe possibile individuare tre distinte categorie di danni: il danno patrimoniale, il danno morale ed infine il c.d. "danno esistenziale".

Secondo tale filone interpretativo, quest'ultimo sarebbe costituito dalla somma di ripercussioni di segno negativo comportanti una compromissione della sfera realizzatrice della persona. Si è cercato, quindi, di costruire una ipotetica categoria aggregante di danno, che potesse ricomprendere in sé tutti quei pregiudizi che riguardano essenzialmente le attività extralavorative dell'individuo¹².

Si fa riferimento, in particolare, a quei pregiudizi che si caratterizzano in negativo, riguardando ogni peggioramento della qualità di vita che ha indotto la vittima a non condurre più una esistenza normale, piacevole e serena. Il danno esistenziale, così come concepito dai suoi sostenitori, è rinvenibile nella compromissione di tutte le molteplici espressioni della personalità umana, non necessariamente connesse ad una lesione della salute¹³.

Il dato unificante della categoria del danno esistenziale sarebbe costituito, quindi, dalla compressione di un'attività non reddituale della persona. In tale cornice sarebbero ricomprese tutte le ipotesi di danni

¹² Già F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, cit., p.11 ss., osservava che, fin dalle origini di questa nuova categoria di danno, l'impressione era che si trattasse di "un coacervo di ipotesi insuscettibili di *reductio ad unum* e non aventi analogia di natura con il danno alla salute". In particolare, "accanto a ipotesi di danno meritevoli di piena considerazione (...) vengono affastellate ipotesi ambigue, in cui la responsabilità è chiamata a interventi di supplenza, e ipotesi spurie o quanto meno opinabili".

¹³ Cfr. P. CENDON, *Esistere o non esistere*, cit., p.35: "Per danno esistenziale non potrà intendersi se non il diminuito ventaglio (o il peggior smalto) delle attività realizzatrici che la vittima si trovi a svolgere dopo la commissione del torto, in confronto a ciò che essa avrebbe potuto fare laddove il fatto non avesse avuto luogo".

precedentemente assimilate al danno alla salute, nell'intento di assicurare alle medesime un risarcimento, al di fuori dei limiti dell'art.

2059 c.c. Tale figura di danno sarebbe stata idonea, secondo i suoi sostenitori, a coprire tutti i casi lasciati fuori dai limiti stringenti dell'art. 2059 c.c. La nascita del danno esistenziale è collegata, infatti, ad una presunta crisi del sistema di responsabilità civile basato sul modello bipolare¹⁴.

Il filone interpretativo contrario al riconoscimento di un'autonoma voce di danno c.d. esistenziale si fonda sulla convinzione che non vi fosse alcun bisogno di creare una nuova voce di danno da affiancare a quelle già esistenti. I limiti alla risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali ben potevano essere superati operando sulle categorie già esistenti, in particolare valorizzando il collegamento con i diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione¹⁵.

Un'analisi della produzione giurisprudenziale dell'ultimo decennio rivela gli evidenti rischi di un utilizzo spregiudicato del danno esistenziale¹⁶: casi in cui si prescinde completamente da qualsiasi criterio di valutazione

¹⁴ Per un'indagine sulle ragioni di questa presunta crisi, v. L. FANELLI, *Le ragioni alla base dell'emersione di una nuova categoria di danno: danno esistenziale*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, cit., p.17 ss. Questa crisi sarebbe stata, peraltro, duplice, riguardando da un lato il danno alla salute, dall'altro il danno non patrimoniale. Il danno biologico è criticato nella sua stretta connessione con un riconoscimento ed un accertamento di tipo medico-legale, che lascerebbe privi di tutela molteplici aspetti di pregiudizi della personalità umana. La crisi del danno non patrimoniale deriverebbe, invece, dalla limitazione del sistema di tutela previsto dall'art. 2059 c.c., che in correlazione con l'art. 185 c.p., delinea una lacuna consistente nel sistema risarcitorio dei danni alle persona, precludendo ad una notevole fascia di ipotesi dannose la possibilità di ottenere un risarcimento. Inoltre, la nozione di danno morale in termini di patema d'animo consentirebbe di risarcire solo situazioni transeunti, escludendo i casi di sofferenze protratte nel tempo, o caratterizzate da una diversa intensità. La considerazione del "valore uomo" è stata, però, portata alle sue estreme conseguenze, ritenendo meritevole di tutela risarcitoria qualsiasi aspetto afferente alla personalità, e non solo il "nucleo" inviolabile, come correttamente sostenuto dall'altra corrente dottrina. Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno considerato necessaria l'introduzione di una nuova figura di danno, di tipo non reddituale, quale conseguenza di eventi lesivi non incidenti direttamente sulla capacità di guadagno o sul patrimonio dei soggetti lesi, aventi ripercussioni sui rapporti extralavorativi ed in particolare su quelli familiari, di svago, o sociali.

¹⁵ Tale valorizzazione era suggerita, in particolare, da E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

¹⁶ In virtù di questa voce di danno sono stati riconosciuti risarcimenti nelle situazioni più disparate, dall'uccisione dell'animale domestico, al tentato furto della motocicletta nuova, alla mancata registrazione del filmato delle nozze. Cfr. Trib. Milano, 27 novembre 2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p.673, con nota di P. ZIVIZ, *Bene affettivamente rilevante e risarcimento del danno*. Per un'acuta analisi delle possibili, svariate occasioni di risarcimento del danno esistenziale, in un ampliamento senza limiti di questa categoria, cfr. F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, cit., p.675.

basato sulla gravità dell'offesa, arrivando a tutelare tutti i possibili accadimenti negativi della vita umana.

La giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento non univoco nei confronti del danno esistenziale: alcuni giudici di merito ne hanno concesso il risarcimento, ma sono soprattutto i giudici di pace ad aver accolto tali pretese risarcitorie. Anche la Cassazione si era occupata, prima della svolta del 2003, del danno esistenziale; i suoi sostenitori hanno ritenuto che, in alcune pronunce, la Corte lo avesse ufficialmente riconosciuto¹⁷.

Nonostante alcuni sporadici riconoscimenti, tuttavia, la giurisprudenza non è mai arrivata ad accogliere una ricostruzione lineare e coerente del danno esistenziale; ha utilizzato questa categoria per colmare quei “vuoti” del sistema che talvolta avrebbero potuto essere “riempiti” impiegando le “voci” di danno già esistenti, mentre altre volte non avrebbero avuto alcuna giustificazione per essere risarciti¹⁸.

¹⁷ Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 7713 del 2000, in cui si affermava che la categoria del danno esistenziale potrebbe rendere risarcibile *ex art. 2043 c.c.* ogni pregiudizio, anche solo soggettivo, che riguardasse la sfera della persona e derivasse dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. “L’art. 2043 c.c., correlato agli artt. 2 e ss. Cost., va così necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana”: così, Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, p.835 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il danno esistenziale “arriva” in Cassazione. “Alle soglie”: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, e di G. PONZANELLI, *Attenzione, non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*. Nel caso di specie è stato ritenuto che il mancato adempimento, da parte del genitore, degli obblighi di assistenza della prole, avesse causato ai figli un danno esistenziale, in aggiunta a quello morale e a quello patrimoniale.

¹⁸ Spesso, infatti, sono stati liquidati a titolo di danno esistenziale pregiudizi che potevano essere altrimenti qualificati e liquidati; oppure, sotto tale qualifica, sono stati semplicemente liquidati danni morali in casi nei quali la legge non ne consentiva la liquidazione. L’utilizzo disinvolto della categoria del danno esistenziale rischia di avallare qualsiasi pretesa risarcitoria, derivante dal disappunto provato per ogni situazione spiacevole che possa avere riflessi pregiudizievoli sulle “attività realizzatrici” della persona. La degenerazione degli strumenti civilistici verso cui il danno esistenziale rischia di condurre è espressa in modo efficace dalla posizione di chi ricorda che “il fatto che nella Costituzione degli Stati Uniti d’America sia iscritto il diritto degli uomini alla felicità non autorizza neppure il più fervente adepto nostrano dell’*American tort law* a pensare che qualunque lesione di quel diritto generi pretese immediatamente azionabili in giudizio; che se uno è infelice possa immediatamente pretendere che qualcun altro lo risarcisca della sua infelicità”. Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità civile, e l’anima*, in *Danno e resp.*, 2002, p.101. In dottrina e giurisprudenza sono stati ripetutamente segnalati i possibili rischi, sul piano della liquidazione del danno non patrimoniale, del verificarsi di duplicazioni risarcitorie, stante la spesso non chiara distinzione tra le sofferenze risarcite in quanto danno morale e quelle ricomprese nella voce di danno esistenziale 105. Ed invero, non risulta agevole individuare una precisa linea di demarcazione tra danno morale e danno esistenziale nemmeno all’interno delle pronunce che hanno riconosciuto la risarcibilità di quest’ultimo Cfr., *ex multis*, G. PEDRAZZI, *La nuova stagione del danno non patrimoniale oltre le duplicazioni risarcitorie*, nota a Trib. Roma, 7 marzo 2002, in *Danno e resp.*, 2002, p.995. Si è già osservato come la sovrapposibilità tra danno morale e danno esistenziale fosse già stata evidenziata, in dottrina, prima delle sentenze del 2003.

Il rischio di sovrapposizioni fra le diverse “voci” di danno era stato sottolineato anche dalle stesse pronunce della Suprema Corte nn. 8827 e 8828 del 2003¹⁹.

Si trattava, quindi, di un’ipotesi di danno *in re ipsa*, diversamente dal danno da lesione di un interesse della persona costituzionalmente protetto, di cui era affermata la necessità di allegazione e prova, da parte del danneggiato, nel corso del giudizio.

Distinguendo in questo modo le funzioni, stante la compresenza di finalità differenti, si potevano evitare sovrapposizioni tra le diverse voci di danno, restituendo al danno morale soggettivo l’ambito limitato che rivestiva per tradizione, in correlazione con la sua natura punitiva. Ove, invece, si fosse inteso disconoscere la componente punitiva del danno morale, il rischio di incorrere in una duplicazione delle voci risarcitorie non poteva essere agevolmente scongiurato²⁰.

¹⁹ Un’analisi effettuata su un campione di sentenze rese dai giudici di pace nel 2007 ha rivelato che il danno esistenziale era liquidato nei casi di “microinvalidità” al fine di perseguire due diverse possibili finalità: in alcuni casi, tale liquidazione si è associata al mancato riconoscimento di una voce di danno “tradizionale”, compensandone, quindi, la mancata liquidazione. In altri casi, invece, la liquidazione del danno esistenziale ha comportato un’implementazione delle poste risarcitorie complessivamente liquidate. Cfr. A. D’ANGELO, *Nuove voci di danno e duplicazioni risarcitorie nelle pronunce dei Giudici di Pace*, in *Danno e resp.*, 2007, p.383. L’analisi rileva, inoltre, che il numero di sentenze che accolgono la richiesta di risarcimento del danno esistenziale come autonoma voce di danno è, in relazione al campione analizzato, statisticamente molto contenuto (0,56%). Tali dati spingono l’A. ad osservare che “i Giudici di Pace chiamati a risarcire i danni da microinvalidità derivanti da sinistri stradali, non hanno percepito tale categoria di danno come uno strumento indispensabile per rispondere a quelle esigenze di tutela “integrale” della persona, altrove invocate”. Uno dei percorsi interpretativi prospettabili al fine di evitare sovrapposizioni all’interno del danno non patrimoniale era rappresentato dal collegamento con le funzioni del risarcimento nelle sue diverse “voci”. La distinzione tra danno morale soggettivo, avente funzione prevalentemente punitiva, e danno da lesione di un interesse inviolabile (per alcuni, c.d. danno esistenziale), con finalità più solidaristico-satisfattiva, poteva trovare maggiore spessore in considerazione della diversità di prova richiesta per tali danni. Ai fini del risarcimento del danno morale, si tendeva ad escludere che il danneggiato fosse tenuto alla dimostrazione del pregiudizio subito, essendo l’astratta configurabilità di un fatto-reato l’unica condizione per la sua risarcibilità. Anche la Corte Costituzionale nella pronuncia n. 233 del 2003, richiamando le c.d. sentenze gemelle della Corte di Cassazione, ha escluso che il danno da lesione di interessi della persona costituzionalmente rilevanti possa essere identificato con la semplice lesione dell’interesse. Il danno morale soggettivo, invece, ha conservato anche a seguito delle pronunce del 2003 la propria valenza di danno *in re ipsa*, distinguendosi, in ciò, dal danno non patrimoniale da lesione di interessi della persona costituzionalmente protetti. Su questo punto, tuttavia, la dottrina non era pienamente concorde, ritenendo che, a seguito del nuovo orientamento giurisprudenziale, la liquidazione del danno morale soggettivo “puro” avrebbe perso il suo carattere di “assoluto automatismo e di pericolosa arbitrarità”.

²⁰ Cfr. M. FRANZONI, *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compito dell’interprete*, in *Corr. giur.*, 2004, p.512. Alla luce di tali considerazioni sui rischi di sovrapposizione concettuale tra danno morale soggettivo e danno esistenziale, emerge con evidenza l’inutilità stessa della categoria del danno esistenziale, che sarebbe stata teorizzata proprio per colmare i vuoti di tutela nel risarcimento dei danni non

Le difficoltà interpretative si sono acuite a causa di un atteggiamento non del tutto coerente da parte della Corte di Cassazione. Infatti, se in alcune pronunce ha confermato, ed anzi, specificato l'impostazione adottata nel 2003, in altre ha espresso considerazioni che hanno rafforzato i dubbi interpretativi, dando adito anche a presunti riconoscimenti del danno esistenziale²¹.

Si è già osservato come, proprio in relazione al danno non patrimoniale, si verificano alcune delle "situazioni patologiche" del sistema di responsabilità civile: da un lato, il rischio di quantificazioni "esorbitanti", dall'altro, quello di una sottovalutazione del danno.

Il complesso quadro così ricostruito è stato confermato e precisato dall'atteso intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2008²².

La Corte, nella sua più autorevole composizione, ha ricostruito l'evoluzione del risarcimento del danno alla persona, pronunciandosi sui molteplici profili controversi, in relazione ai quali erano sorti indirizzi interpretativi difformi²³.

Viene ribadita, in primo luogo, la risarcibilità del danno non patrimoniale unicamente in presenza di un'ingiustizia "costituzionalmente qualificata". Il riferimento ai diritti inviolabili si qualifica ulteriormente in

patrimoniali. Si veda altresì quanto osservato da R. BERTI-F. PECCENINI-M. ROSSETTI, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004, p.126: "chi pretende di affermare (...) che tale categoria conservi vigore ed utilità anche dopo il *decisum* di Cass. 8827/03, dovrebbe conseguentemente ammettere che, sino ad oggi, ogni qual volta i nostri Tribunali hanno liquidato danni morali e biologici, non hanno mai interamente ristorato tutti i pregiudizi patiti dalle vittime".

²¹ Il riferimento è, in particolare, alla già citata Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in tema di demansionamento, a proposito della quale si è parlato di una "consacrazione" del danno esistenziale da parte delle Sezioni Unite della Cassazione: cfr. P.G. MONATERI, *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, cit., p.791. Cfr. altresì Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Corr. giur.*, 2006, p.1382, con nota di M. FRANZONI, *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale* e in *Danno e resp.*, 2006, p.843, con nota critica di G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, p.1446, con nota di P. ZIVIZ, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*.

²² Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, cit.

²³ Per un'analisi in chiave critica delle diverse questioni sollevate nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, si veda G. PONZANELLI, *Una discussa voce di danno al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2009, p.553.

relazione alla necessità che i medesimi siano lesi in modo consistente, dovendo sussistere altresì il requisito della gravità dell'offesa²⁴.

L'affrancazione del danno non patrimoniale dalla sussistenza di un reato permette, poi, di affermare l'unitarietà di tale figura, al cui interno non risulta opportuno ritagliare "sottofigure".

La validità del c.d. danno esistenziale quale autonoma categoria all'interno del "danno non patrimoniale", pertanto, è stata apertamente sconfessata: questo, "identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie.". Prosegue, poi, la Corte osservando che "il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno". Al giudice è demandato il compito di accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, dovendo determinare quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate a seguito dell'illecito, al fine di consentire la loro integrale riparazione. Il perseguimento di tale obiettivo non necessita della presenza del danno esistenziale, ed anzi, rifugge dalla scomposizione del danno non patrimoniale in "voci", poiché queste determinano fenomeni di duplicazioni risarcitorie²⁵.

²⁴ Cfr. Cass, sez un., 11 novembre 2008, n. 26972: "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. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno 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.)."

²⁵ Il problema delle duplicazioni risarcitorie è affrontato in modo approfondito dalle Sezioni Unite, che lo illustrano nelle sue possibili applicazioni: "Determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei suindicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza. Egualmente determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno da perdita del

L'obiettivo della riparazione integrale è strettamente connesso, poi, al profilo probatorio, dovendosi bandire formule quali quella del danno *in re ipsa* o del danno-evento. L'integrale riparazione si coniuga con una configurazione del danno non patrimoniale quale danno-conseguenza, la cui sussistenza deve essere rigorosamente provata.

Si può osservare come le Sezioni Unite abbiano posto la riparazione integrale quale obiettivo cui devono tendere le regole di responsabilità civile. Tale fine può essere adeguatamente realizzato attraverso un sistema bipolare, piuttosto che mediante il riconoscimento di una molteplicità di "voci" di danno. La semplificazione attuata dalla Suprema Corte è improntata, invero, alla migliore implementazione del principio compensativo, intendendosi risarcire tutto il danno non patrimoniale, nella sua interezza, ma scongiurando il rischio di risarcire due volte il medesimo pregiudizio.

La reazione della dottrina e della giurisprudenza a seguito delle pronunce del 2008, però, non è stata univoca, registrandosi una tendenza a disattendere i principi chiaramente enunciati dalle Sezioni Unite²⁶.

rapporto parentale, poichè la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato. Possono costituire solo "voci" del danno biologico nel suo aspetto dinamico, nel quale, per consolidata opinione, è ormai assorbito il c.d. danno alla vita di relazione, i pregiudizi di tipo esistenziale concernenti aspetti relazionali della vita, conseguenti a lesioni dell'integrità psicofisica, sicchè darebbe luogo a duplicazione la loro distinta riparazione. Certamente incluso nel danno biologico, se derivante da lesione dell'integrità psicofisica, è il pregiudizio da perdita o compromissione della sessualità, del quale non può, a pena di incorrere in duplicazione risarcitoria, darsi separato indennizzo (diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 2311/2007, che lo eleva a danno esistenziale autonomo). Ed egualmente si avrebbe duplicazione nel caso in cui il pregiudizio consistente nella alterazione fisica di tipo estetico fosse liquidato separatamente e non come "voce" del danno biologico, che il c.d. danno estetico pacificamente incorpora."

²⁶ Cfr. G. PONZANELLI, *Il difficile 2009 del danno esistenziale, ma il 2010 andrà sicuramente peggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p.363; M. GORGONI, *Le duplicazioni risarcitorie del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2010, p.13. Si veda P. CENDON, *L'araba fenice. Più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani, ibidem*, p.1. In giurisprudenza si veda, in via esemplificativa, Cass., 16 febbraio 2009, n. 3766, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p.757, con nota di P. ZIVIZ, *Le «magnifiche sorti e progressive» dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite*; Cass. sez. lav. 5 ottobre 2009, n. 21223, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p.337, con nota di R. RICCÒ, *La dimensione oggettiva del danno esistenziale*; Cass., 4 gennaio 2010, n.13, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p.1037, con nota di M. FORTINO, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*; L. SILIQUINI CINELLI, *Comunicazione a mezzo posta e danno esistenziale: parametri valutativi della fattispecie*, in *Danno e resp.*, 2010, p.609; V.M. BIANCO, *La ritrovata autonomia del danno esistenziale*, in *Dir. giur.*, 2010, p.246; R. FOFFA, *Focolai di danno esistenziale e cure radicali della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2010, p.501. Per ciò che concerne, in particolare, i criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, si veda, *ex multis*, V. PICCININI, *La liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Giur. mer.*, 2010, p.48.

L'attribuzione di diverse valenze al risarcimento del danno non patrimoniale potrà essere esaminata in relazione all'asserita natura esclusivamente compensativa della responsabilità civile.

Nell'impostazione tradizionale ci si riferiva alla *fictio* del *pretium doloris*, basata sull'equiparazione tra il danno morale, ovvero le sofferenze psichiche causate dall'illecito penale, e il denaro. Con riguardo alla persona ed ai suoi diritti non patrimoniali, è evidente, infatti, che il risarcimento non reintegra alcun patrimonio, consentendo di soddisfare col mezzo sostitutivo del denaro ciò che non può essere reintegrato economicamente.

Partendo dalla considerazione che la funzione della responsabilità civile non può essere unicamente individuata in termini reintegratori, la dottrina e la giurisprudenza, negli ultimi decenni, hanno vagliato l'opportunità di considerare e valorizzare anche altre finalità. Il settore dei danni non patrimoniali è parso un terreno d'indagine particolarmente fertile, non essendo possibile, in relazione a tali perdite, realizzare il ripristino dello *status quo ante*, nel rispetto del principio della integrale riparazione del danno.

L'impossibilità di rimettere la vittima nella stessa posizione in cui si trovava prima della lesione del bene, invero, ha condotto a privilegiare aspetti diversi da quelli riparatori, quali la necessità di incidere sulla condotta del danneggiante o di sanzionare le sue azioni, qualora queste costituiscano fattispecie ritenute particolarmente gravi dall'ordinamento.

Le difficoltà di configurare una funzione unitaria della responsabilità civile risultano particolarmente evidenti, pertanto, in relazione al risarcimento del danno non patrimoniale²⁷.

²⁷ Cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996. Una funzione strettamente punitiva trovava la sua *ratio* nel meccanismo di tipizzazione voluto dal legislatore del 1942; la logica sanzionatoria rimanda, infatti, ad un'epoca anteriore al momento di netta separazione tra diritto penale e responsabilità civile. Nel diritto romano delle origini, la responsabilità civile era concepita essenzialmente come strumento sanzionatorio per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti; le sanzioni civili svolgevano, quindi, un ruolo di supplenza delle sanzioni penali. Il risarcimento del danno non patrimoniale era inteso alla stregua di una sorta di "pena privata", intendendo come tale una sanzione che trova il proprio beneficiario nel danneggiato, non essendo rivolta ad un soggetto pubblico.

La funzione sanzionatoria, peraltro, si caratterizza per l'attenzione rivolta principalmente al danneggiante, ed in questo senso è stata a lungo ritenuta coerente con il sistema di limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi di reato, in quanto attribuisce una posizione centrale alla considerazione della riprovevolezza della condotta del danneggiante. La prospettiva punitiva, quindi, pone in secondo piano la figura del danneggiato. L'obiettivo di reintegrazione dei pregiudizi da questo subiti è perseguito solo "di riflesso", non costituendo il fine primario dell'assegnazione di un risarcimento pecuniario.

Le origini della componente sanzionatoria nel risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali sono riconducibili storicamente al diritto romano. La funzione punitiva si ricollega all'idea, dominante nel periodo precedente all'entrata in vigore dell'attuale codice civile, secondo cui, non determinando il danno morale una diminuzione del patrimonio del danneggiato e non potendo, di conseguenza, essere propriamente "risarcito", la sua previsione svolgesse una finalità punitiva, placando il sentimento di vendetta del soggetto leso, attraverso la punizione del colpevole. L'art. 38 del codice penale del 1889 e l'art. 7 del codice di procedura penale del 1924, inoltre, prevedevano la possibilità, per il giudice, di assegnare alla parte offesa una somma "a titolo di riparazione", in aggiunta al risarcimento del danno. Questa costituiva, pertanto, una sorta di "pena aggiuntiva" volta a rafforzare l'efficacia repressiva in determinati reati. Solo con il codice penale del 1930 fu eliminato "l'ibrido istituto" della riparazione pecuniaria²⁸, e fu consacrata la comparsa esplicita, a livello legislativo, del danno non patrimoniale.

I lavori preparatori al codice penale, attestavano, in relazione all'abolizione della "riparazione pecuniaria", la volontà di non riproporre alcun tipo di pena privata.

²⁸ In questi termini, cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 147.

L'idea della pena privata, peraltro, non venne del tutto meno, ma continuò ad esistere in termini differenti: non più in una prospettiva repressiva, bensì di tipo preventivo-retributivo²⁹.

Se storicamente la finalità punitiva ha rivestito un ruolo di primo piano, si sono poi delineate ulteriori funzioni, in particolare quella c.d. “solidaristico – satisfattiva”³⁰.

Questa trova il suo fondamento nell'idea che l'attribuzione di una somma di denaro alla vittima di un illecito possa procurarle sensazioni piacevoli, idonee a compensare la sofferenza inflitta con l'illecito.

La componente solidaristica si giustifica in relazione alla necessità di una reazione, da parte dell'ordinamento, nei confronti di una lesione ritenuta grave nella gerarchia dei valori. La prospettiva satisfattiva deve, invece, essere interpretata in relazione allo scopo della condanna al pagamento di una somma di denaro in favore della vittima.

Il riconoscimento di un importo monetario, invero, esprime il tentativo di fornire una risposta all'offesa subita dalla vittima, che tenga in considerazione la particolare natura del danno non patrimoniale.

Caratteristica fondamentale del risarcimento del danno non patrimoniale è, peraltro, l'attribuzione di un vantaggio patrimoniale che non può mai essere

²⁹ Cfr. P. PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, p.123. Si veda G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p.286 ss., secondo cui, se è vero che “l'imposizione al danneggiante dell'obbligo di prestare rimedio al pregiudizio arrecato ha, avanti a tutto, la funzione di reintegrare il patrimonio del danneggiato sicché il fine sanzionatorio passa in seconda linea, non meno vero appare il soccorso che l'idea di pena privata può offrire alla responsabilità civile, giacché l'esperienza quotidiana impone sempre più spesso l'introduzione di un *quid* ulteriore rispetto al semplice obbligo risarcitorio”. Il concetto stesso di “pena privata” pone, invero, dubbi sulla sua compatibilità con i principi fondamentali di un ordinamento giuridico moderno, inducendo a guardare con sfavore al suo riconoscimento. Nondimeno, parte della dottrina aveva suggerito l'opportunità di valorizzare i caratteri della pena privata all'interno del risarcimento del danno non patrimoniale, proprio al fine di perseguire obiettivi di prevenzione e retribuzione.

³⁰ La teoria della funzione satisfattoria del danno non patrimoniale è stata proposta, in particolare, da C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale*, cit. Cfr., *ex multis*, G.B. PETTI, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale*, Torino, 1999, p.71 ss., ove si osserva come tale tesi trovi i suoi precedenti germanici nelle teorie di Windscheid e Jering, che accennano alla *satisfaktionsfunktion*. A sostegno di tale configurazione è altresì richiamata la Relazione al codice civile (n. 203), sebbene concepisca la soddisfazione della vittima come riparazione indiretta, mentre la funzione satisfattoria attribuita al danno non patrimoniale è diretta ed immediata.

omogeneo al danno subito, potendo unicamente essere proporzionale al medesimo³¹.

La funzione risarcitoria del danno non patrimoniale intende fornire una risposta all'offesa subita dalla vittima dell'illecito, senza pretendere, al contempo, di neutralizzare effettivamente o dare piena soddisfazione al pregiudizio sofferto.

La dottrina ha osservato come la soddisfazione della vittima non risulti facilmente separabile dalla componente punitiva e preventiva, dando frequentemente luogo ad ipotesi caratterizzate da una funzione "mista"³², in particolare nella tutela dei diritti della personalità, come reputazione, riservatezza, identità personale, in cui assumono un ruolo dominante la riprovevolezza del comportamento lesivo e la gravità dell'offesa.

La negazione del riconoscimento di finalità esclusivamente afflittive in capo alla riparazione del danno non patrimoniale ha indotto gli interpreti a non escludere che la logica punitiva potesse conciliarsi con la funzione solidaristico-satisfattiva, riguardando essenzialmente i caratteri dell'illecito – in particolare la sua gravità – e potendo pertanto esplicitare, rispetto ad essa, un ruolo di tipo integrativo³³.

³¹ A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p.159, ove l'A. porta il discorso sulla disomogeneità fino al limite di configurare, rispetto all'art. 2059 c.c., una sorta di indennizzo.

³² Così C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p.39; per una rassegna di decisioni dei giudici di merito in cui si fa riferimento esplicito a questa funzione "mista" del risarcimento del danno non patrimoniale, cfr. P. PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p.126 ss. Tra le varie menzionate, cfr. in particolare App. Roma, 5 novembre 1990, secondo cui "la riparazione del danno non patrimoniale svolge una funzione composita che è di per sé satisfattoria e, nel contempo, punitiva in quanto il dolore, il perturbamento dell'animo che il reato produce nell'offeso e che sono l'essenza del danno non patrimoniale trovano soddisfazione solo se la riparazione costituisca anche una misura afflittiva per il colpevole".

³³ In base a tale impostazione, si riteneva tradizionalmente che il risarcimento del danno non patrimoniale assolvesse alla duplice finalità satisfattoria, in relazione alla posizione della vittima, e punitiva del danneggiante, con cui l'ordinamento reagisce alla riprovevolezza della condotta. Parte della dottrina, tuttavia, riteneva preferibile non intendere il concetto di soddisfazione quale possibile equivalenza, anche ideale, tra un danno non suscettibile di valutazione economica ed una somma di denaro, costituendo sempre la "riparazione" un arricchimento patrimoniale del danneggiato. Cfr. C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p.95. La considerazione dei beni oggetto della lesione è stata intesa quale possibile criterio discrezionale, in grado di suggerire la funzione perseguita, nel caso concreto, dal risarcimento. In caso di atti lesivi della vita, o dell'incolumità personale, l'assegnazione di una somma di denaro assolverebbe, quindi, ad una funzione propriamente di tipo compensativo-satisfattoria. In questa prospettiva, la violazione di aspetti della personalità quali l'onore o la reputazione suggerirebbe, per converso, di valorizzare il profilo sanzionatorio-deterrente, rendendolo prevalente su quello riparatorio. Si veda quanto osservato da autorevole dottrina, in merito alla funzione sanzionatoria e deterrente della condanna risarcitoria per danno morale soggettivo, il cui

La recente evoluzione del danno non patrimoniale ha imposto una riconsiderazione del suo profilo funzionale. Alla luce degli ultimi approdi delle Sezioni Unite, si deve indubbiamente privilegiare l'ottica compensativa. L'affermazione della natura riparatoria del danno non patrimoniale, tuttavia, pare non convincere parte della dottrina, rivelandosi troppo restrittiva e non corrispondente alla realtà giurisprudenziale e normativa italiana.

La composizione del quadro, apparentemente frammentato, delle molteplici funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale sarebbe, allora, rinvenibile nel riconoscimento della "plurifunzionalità"³⁴ 138 della stessa responsabilità civile³⁵.

L'eterogeneità delle fattispecie che possono dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale non permette di affermare, a priori, la prevalenza di una delle finalità delineate. L'analisi della giurisprudenza, in particolare di merito, permette di osservare come in alcuni casi sia privilegiata la funzione riparatoria e satisfattoria, in altri quella punitiva, ed in altri ancora risultino presenti entrambe³⁶. L'analisi della produzione giurisprudenziale degli ultimi decenni rivela, infatti, come le diverse funzioni possano coesistere, o ricevere l'una maggiore considerazione rispetto all'altra, permettendo, così, di valutare l'insieme delle circostanze del caso concreto³⁷.

Il richiamo al danno non patrimoniale e alle sue possibili valenze, pertanto, risulta emblematico della eterogeneità funzioni del rimedio

pensiero è così riassunto: "l'affermazione di una (tendenzialmente generalizzata) funzione punitivo-sanzionatoria (e, dunque, di deterrenza) della condanna risarcitoria a fronte di un danno morale deve essere modulata, nel senso che tale, ipoteticamente generale, funzione punitivo-sanzionatoria debba essere esclusa almeno nei casi in cui il risarcimento prescinda del tutto da un accertamento in concreto della colpevolezza del candidato responsabile, mentre può rinvenire il proprio terreno di elezione nella materia degli illeciti dolosi; così, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p.255.

³⁴ In questi termini, v. A. JANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della "doppiezza"*, in *Danno e resp.*, 1999, p.721. Questa plurifunzionalità si riflette direttamente sulla liquidazione equitativa del danno, che permette al giudice di modulare il risarcimento in funzione satisfattoria, piuttosto che punitiva.

³⁵ Per un'analisi delle diverse funzioni svolte dalla responsabilità civile, anche in una prospettiva di comparazione, cfr. G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992.

³⁶ Tale analisi era stata svolta già da P. PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p.141.

³⁷ Cfr. G. COMANDÈ, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e impr.*, 1994, p.914, secondo cui "le diverse finalità possono presentare peso specifico diverso a seconda della vittima, del danneggiante, della tipologia lesiva e dell'interesse leso".

risarcitorio in generale; queste sono strettamente correlate, a loro volta, ai diversi possibili interessi che si intendono tutelare³⁸.

Si può osservare, a questo proposito, come negli ultimi decenni si sia assistito ad un vero e proprio “proliferare” di funzioni attribuite alla responsabilità civile³⁹.

Tale constatazione, peraltro, discende inevitabilmente dalla circostanza che l’ordinamento giuridico moderno cerca di conferire una pluralità di rimedi appropriati alla molteplicità e complessità dei problemi sociali cui vuole dare risposta.

Nel diritto italiano sono rinvenibili diverse ipotesi “non riparatorie”, sebbene per ciò solo non necessariamente punitive, in settori eterogenei che spaziano dalla responsabilità per lite temeraria, al diritto di famiglia, alla violazione della proprietà intellettuale.

La rassegna eterogenea delle ipotesi che saranno analizzate nei successivi sottoparagrafi consiglia alcune considerazioni preliminari. Tali peculiari fattispecie di recente introduzione legislativa sono state accostate ai *punitive damages*, in quanto sospettate di abbandonare la tradizionale prospettiva “riparatoria” della responsabilità civile, per abbracciare funzioni asseritamente sazionatorie/punitive e/o di deterrenza.

Sebbene in Italia, a differenza che nell’esperienza francese, non sia stata avanzata alcuna proposta di introdurre figure modellate su detto istituto anglosassone – potendosi parimenti ritenere poco plausibile che ciò avverrà nel prossimo futuro – e la stessa Suprema Corte abbia chiaramente negato la loro compatibilità con l’ordine pubblico italiano, si è rilevato come molteplici voci, sia in dottrina che nella giurisprudenza di merito, richiama la categoria dei “danni punitivi” proprio in relazione alle ipotesi analizzate.

³⁸ Sul punto, si vedano le interessanti riflessioni di M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul “concetto” di danno aquiliano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p.1113 ss.

³⁹ Sulla poliedricità di funzioni del risarcimento, si veda: P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., pp.1076-1078; F. MASTROPAOLO, *voce Danno – III) Risarcimento del danno*, cit., p.1 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, cit., *passim*.

Si è così cercato di accertare se si possa parlare davvero di una “criptoaffermazione” dei danni punitivi in Italia⁴⁰. Pertanto, nei paragrafi che seguiranno, si cercherà di indagare e ricomporre il quadro delle fattispecie risarcitorie, non limitate alle ipotesi tradizionalmente ricomprese nell’alveo della responsabilità civile, al fine di verificare la presenza di ulteriori rimedi, diversi da quelli strettamente compensativi, che non svolgano, per ciò solo, una funzione necessariamente punitiva.

La necessità e l’utilità di un’analisi approfondita delle misure risarcitorie qualificabili in senso lato come “ultracompensative” trovava conferma nel rinnovato interesse mostrato dalla dottrina a seguito della pronuncia dei giudici di legittimità sulla incompatibilità dei *punitive damages* con l’ordinamento italiano. L’impossibilità di riconoscere i danni punitivi nell’ordinamento italiano non può implicare necessariamente l’inammissibilità di qualsiasi ipotesi di risarcimento non strettamente compensativo. Se il contrasto dei *punitive damages* statunitensi con il nostro sistema di responsabilità civile è indubbio, ciò non implica automaticamente che non sia concepibile l’introduzione di figure con funzione deterrente e/o sanzionatoria, sebbene sprovviste del carattere di eccessiva sproporzione che contraddistingue l’esperienza nordamericana.

L’idea che il sistema di responsabilità civile rifugga da qualsiasi valenza non strettamente compensativa, così come professato da parte della giurisprudenza (segnatamente, di legittimità) e della dottrina italiana, non pare rispecchiare fedelmente la realtà giuridica, né tale asserzione risulta giustificata dal timore di emulare l’esperienza non del tutto positiva degli ordinamenti di *common law*.

Al contempo, gli strumenti “risarcitori” analizzati non possono essere automaticamente assimilati ai *punitive damages* statunitensi. L’impressione derivante dal quadro così tratteggiato è che gli evidenti problemi in termini di

⁴⁰ Tale affermazione è di ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, II, 288.

excessiveness incontrati dai *punitive damages* negli Stati Uniti, e il correlato “abuso” di tale strumento, inducano i giuristi di *civil law* a rifuggire l'accoglimento di qualsivoglia istanza avente una valenza extracompensatoria.

L'errore sotteso a tale concezione risiede nell'incentrare il dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, sulla compatibilità dei *punitive damages* con i principi fondamentali di ordinamenti, quali quelli di *civil law*, storicamente caratterizzati dalla “conquista” dell'affermazione dell'autonomia del diritto civile da quello penale, conseguentemente focalizzando l'attenzione sulla possibilità di una recezione del predetto rimedio. L'opportunità di un siffatto *legal transplant* non è certamente la giusta prospettiva da assumere, conducendo a sicure quanto prevedibili conclusioni negative⁴¹.

L'integrazione del nostro *tort system* “dall'esterno” costituisce, allora, una possibile chiave di lettura del fenomeno in esame, sebbene non la sola prospettabile. È necessario, in ogni caso, intendere correttamente il senso di tale ricostruzione: si tratta, per un verso, di riconoscere le carenze strutturali dello strumento risarcitorio; per un altro, di ammettere che il medesimo non si esaurisce nella funzione riparatoria, potendo rivelare altresì sfumature diverse, segnatamente deterrenti, che possono parimenti trovare cittadinanza in ambito civilistico.

Al fine ricondurre a razionalità il sistema, appare, dunque, necessario giustificare alcune delle figure che saranno di seguito esaminate quale “mezzo alternativo/suppletivo” per consentire l'integrale riparazione. È evidente come dette previsioni legislative, traendo origine da interventi avvenuti in contesti completamente diversi, siano grandemente influenzate proprio dall'ambito

⁴¹ In tal senso PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 27, il quale sottolinea come il sistema di responsabilità civile italiano non possa, né debba, accogliere un rimedio punitivo dotato di valenza generale. I *punitive damages* statunitensi, d'altra parte, “sono dei veri «alieni» e non possono essere trasposti nell'esperienza italiana, non esistendo, infatti, le condizioni istituzionali” per un loro trapianto. Si è accertato, infatti, come le ipotesi analizzate non abbiano, in realtà, nulla a che vedere con tale figura, risultando di difficile inquadramento entro categorie definite. Se si intende prestar fede alla concezione secondo cui la *compensation* è il fine essenziale ed ultimo della responsabilità civile, ne deriva che tali ipotesi sembrano, piuttosto, collocarsi al di fuori della stessa, mirando a supplire all'insufficienza e all'inefficacia del rimedio risarcitorio.

specifico in cui si inseriscono. Tuttavia, possono essere unite da un filo conduttore, individuabile nella necessità di assicurare l'effettività della tutela, ovvero la "riparazione" integrale e giusta.

Risarcire "oltre" la misura del pregiudizio subito dalla vittima non equivale necessariamente a punire, né indica di per ciò solo una "violazione" del principio di riparazione integrale del danno. Lo stesso concetto di "riparazione" può essere inteso nel senso di richiedere il soddisfacimento di molteplici esigenze, non riducibili a quella di ricostituzione, sotto il profilo patrimoniale, di uno stato alterato. Il risarcimento operato sulla base di particolari parametri, d'altra parte, può essere un contributo proprio per l'attuazione del principio di integrale riparazione.

Peraltro, la proclamazione della esclusività del principio compensativo all'interno della responsabilità civile si accompagna a segnali da cui traspare una certa insoddisfazione nei confronti del tradizionale metodo di riparazione del danno.

Il processo evolutivo che ha interessato il sistema di responsabilità civile negli ultimi decenni ha evidenziato le difficoltà di attuazione del principio di integrale riparazione del danno. Queste ruotano in modo particolare attorno alla risarcibilità del danno non patrimoniale, per la sua intrinseca difficoltà di valutazione secondo criteri oggettivi ed uniformi. Peculiari profili problematici sono emersi in collegamento agli orientamenti, sia dottrinali che giurisprudenziali, volti a consentire un ampliamento del perimetro del danno non patrimoniale. Il riferimento è, in particolare, alla proliferazione di "voci" di pregiudizi non patrimoniali, cui si è assistito negli ultimi anni⁴².

⁴² La volontà di permettere una riparazione "integrale" di tutte le possibili perdite connesse alla violazione dell'integrità psico-fisica dell'individuo ha condotto, invero, ad un moltiplicarsi incontrollato delle figure di danno. Parte della dottrina ha prontamente rilevato il pericolo di duplicazioni risarcitorie, associato a tale fenomeno⁷⁷. Tale rischio è emerso con particolare evidenza in relazione alla controversa figura del danno c.d. esistenziale⁷⁸.

Per approfondimenti sul danno esistenziale, cfr.: P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1994, 416; *ID.*, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. e impr.*, 1994, 84; *ID.*, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 807; P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni, Il risarcimento del danno esistenziale*:

Negli ultimi decenni, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di elaborare soluzioni idonee ad aggirare la stringente riserva di legge posta dall'art. 2059 c.c. alla risarcibilità del danno non patrimoniale, inizialmente limitata pressoché esclusivamente ai casi di danno derivante da illecito penale. La disposizione codicistica, del resto, era il risultato di un dibattito piuttosto acceso, concernente la stessa opportunità e legittimazione del rimedio risarcitorio, nel caso di perdite di tipo non patrimoniale. L'estrema astrattezza e soggettività del danno morale, inteso quale turbamento, stato d'ansia, sofferenza interiore, suggeriva di limitare la risarcibilità di tali pregiudizi, al fine di evitare facili abusi del rimedio. La stessa natura di tali danni, invero, implica l'impossibilità di configurare un vero "risarcimento", non essendo possibile mettere il danneggiato nella stessa posizione in cui si trovava prima della lesione. Il risarcimento del danno non patrimoniale è stato concepito, quindi, quale unica possibile forma di reazione dell'ordinamento nei confronti di danni caratterizzati da imponderabilità ed estrema difficoltà di accertamento e di valutazione. Le peculiarità del tipo di pregiudizio in esame hanno suggerito di non individuare nella "riparazione" del danno la finalità

aspetti civili, penali, medico-legali, processuali, Padova, 1999, 1 ss.; P.G. MONATERI, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 1999, 5; P. CENDON-P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000; P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, Milano, 2004, 1647 ss.; ID., *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2006, c.2334; M. FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 777; L. DI PAOLA, *Brevi riflessioni in tema di danno esistenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 357; G. FACCI, *Il definitivo riconoscimento del danno esistenziale*, in *Dir. e form.*, 2002, 501; G. CASSANO (a cura di), *La prima giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002; S. RONDELLI, *Da Trieste in giù: il percorso del danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2002, 58; G. RAGO, *Il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, 329; R. DE MATTEIS, *Il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002, 565. Per una visione in chiave critica, si veda: G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p.693; ID., *Attenzione, non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, *ibidem*, 841; G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003; ID., *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2006, 843; G. PONZANELLI (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007; F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 675; G. PEDRAZZI, *La nuova stagione del danno non patrimoniale oltre le duplicazioni risarcitorie*, in *Danno e resp.*, 2002, 995; ID., *Semiserie avvertenze sul danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, 797; G. CHINÈ, *Cronaca di una morte annunciata? La parabola del danno esistenziale*, in *Corr. mer.*, 2006, 829. Si vedano altresì i contributi indicati *infra*, in commento alle sentenze della Corte di Cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, e delle Sezioni Unite della Suprema Corte, 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975.

esclusivamente svolta, in questo particolare ambito, dalle regole della responsabilità civile.

In effetti, appare evidente come il legislatore del codice civile concepisse il risarcimento del danno non patrimoniale limitatamente ai casi di reato, in virtù del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., investendo il rimedio civilistico di una chiara valenza sanzionatoria. La funzione punitiva, correlata all'origine storica dell'art. 2059 c.c., ha assunto gradualmente un ruolo secondario, per lasciare spazio ad altre istanze, variamente denominate dalla dottrina, in particolare a finalità di tipo "solidaristico-satisfattivo", nell'ambito di una evidente maggiore considerazione della posizione del danneggiato. Il superamento della tradizionale finalità prettamente sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale si è accompagnato ad una progressiva erosione dei limiti posti legislativamente alla riparazione di tali pregiudizi. La volontà di estendere la risarcibilità dei danni non patrimoniali oltre la sussistenza di illeciti penali ha condotto alla proposizione di numerose questioni di illegittimità costituzionale, nella convinzione che solo l'eliminazione della contrastata disposizione codicistica potesse consentire un adeguamento delle regole di responsabilità civile ai valori espressi dalla carta costituzionale⁴³. La Consulta, tuttavia, ha sempre rigettato le questioni di incostituzionalità proposte⁴⁴.

⁴³ Le prime decisioni della Corte Costituzionale sul danno non patrimoniale sono le n. 87 e 88 del 1979; nella seconda, in particolare, il giudice delle leggi si occupò anche del problema della definizione e risarcibilità del danno alla salute, rigettando la questione di costituzionalità dell'art. 2043 c.c. in relazione agli artt. 3, 24 e 32 Cost. V. Corte cost., 26 luglio 1979, nn. 87 e 88, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 698, con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale*; in *Foro it.*, 1979, I, c.2543, con nota di F. GIARDINA e M. SANTILLI. Tali sentenze non avevano risolto, però, i dubbi di illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.; la questione fu nuovamente affrontata nel 1986, a seguito di due ordinanze di rimessione dei Tribunali di Genova e di Salerno (cfr. Trib. Genova, 8 ottobre 1979, in *Gazz. Uff.* n. 50 del 1980; Trib. Salerno, 14 dicembre 1981, in *Gazz. Uff.* n. 283 del 1982). La Corte doveva stabilire se sussistesse contrasto tra l'art. 2059 c.c. e l'art. 32 Cost. e, quindi, se fosse costituzionalmente illegittima la limitazione del risarcimento del danno alla salute, costituzionalmente tutelato, ai soli casi di reato. La Corte stabilì che il danno alla salute dovesse essere risarcito in base all'art. 2043 c.c., e non più in virtù dell'art. 2059 c.c. Al centro di tale importante decisione vi era la figura del danno biologico, inteso quale "danno-evento", mentre il danno patrimoniale e quello non patrimoniale (morale subiettivo) vennero qualificati "danni-conseguenza". Fu altresì precisata la distinzione tra danno morale e danno biologico, il primo consistente nel "transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso"; il secondo, inteso quale lesione alla integrità psicofisica del soggetto leso, di natura a-reddituale. La Corte era, infatti, pienamente consapevole che, intendendo salvare l'art. 2059 c.c. da una dichiarazione di

La Corte ha preferito, infatti, conservare l'impianto creato dal legislatore del 1942, suggerendo al contempo all'interprete di seguire la via della rivisitazione delle categorie di danno previste dagli artt. 2043 e 3059 c.c.

Si è affermato che la Consulta non avrebbe avuto il "coraggio" di pronunciare l'incostituzionalità dell'art. 2059 c.c., principalmente per il timore di introdurre, in caso di abrogazione della norma, un sistema di integrale risarcibilità del danno non patrimoniale⁴⁵.

incostituzionalità, l'unica possibilità prospettabile era quella di riferire il danno biologico ad un'altra disposizione di legge, limitando l'art. 2059 c.c. al solo danno morale soggettivo. Il sistema di responsabilità civile dei danni alla persona viene, pertanto, "rivoluzionato" dalla c.d. sentenza Dell'Andro, che istituisce una struttura incentrata sul combinato disposto degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost., destinata a regolare le pretese risarcitorie per circa un ventennio, e superata solo nel 2003. Il danno biologico diventa la figura centrale e imprescindibile, in quanto danno evento, risarcibile sulla base dell'art. 2043 c.c., essendo suscettibile di una valutazione economica secondo criteri oggettivi ed uniformi. Da questo possono dipendere le due figure secondarie del danno conseguenza: il danno morale soggettivo, riconosciuto quale unica componente del danno non patrimoniale, risarcibile ex art. 2059 c.c. solo in caso di reato, ed infine il danno patrimoniale da lucro cessante. Cfr. Corte cost., 14 luglio 1986, n.184, in *Foro it.*, 1986, I, c.2053, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute* e c.2976, con nota di P.G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico ("Staatsrecht vergeth, Privatrecht besteht")*; in *Giur. it.*, 1987, 396, con nota di G. PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*; in *Dir. inf.*, 1987, 443, con nota di F.D. BUSNELLI, *In difesa della sentenza n.184/86 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*. Nella sentenza n. 184 del 1986, cit., la Corte si è anche pronunciata sulla funzione punitiva del danno morale, in un passaggio in cui evidenzia le difficoltà di individuazione della funzione risarcitoria, in relazione ai pregiudizi non patrimoniali. Infatti, se da un lato riconosce che individuare nella responsabilità civile un carattere essenzialmente sanzionatorio sarebbe "del tutto infondato e antistorico", tuttavia "dopo l'attenta lettura della relazione ministeriale al codice civile" ritiene che sia impossibile negare (...) che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma, a volte, almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato".

⁴⁴ Con la sentenza n. 372 del 1994, la Corte costituzionale respinse la nuova censura di incostituzionalità, affermando l'irrisarcibilità del danno alla salute dei congiunti sulla base dell'art. 2043 c.c., poiché tale norma ne postula la prevedibilità da parte dell'autore dell'illecito. La norma di riferimento veniva individuata, pertanto, nell'art. 2059 c.c., distinguendo dal danno morale soggettivo, un danno alla salute di tipo diverso, per il carattere permanente e non transeunte della lesione. In questo modo la Corte si è allontanata, in parte, dalla precedente sentenza n. 184 del 1986, che limitava l'art. 2059 c.c. al solo danno morale soggettivo, e ne ha ampliato i confini, includendovi anche il danno alla salute psichica. È, però, evidente che a questa soluzione consegue una limitazione del risarcimento per il danno subito dai congiunti, ai soli casi di reato. Il rischio di incostituzionalità viene scongiurato con il ricorso ad un'interpretazione analogica dell'art. 2043 c.c., cui andava così ricondotto il danno alla salute, pur essendo esso di natura non patrimoniale. Cfr. Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, c.3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*; in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 982, con nota di G. SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*, 990, con nota di G. GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*, e 1001, con nota di E. NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dommatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale*; in *Giust. civ.*, 1994, 3035, con nota di F.D. BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi", un "punto e a capo"*.

⁴⁵ A questa possibilità parte della dottrina obiettava che l'opera di selezione degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria avrebbe potuto essere svolta dalla giurisprudenza, così come avviene in relazione al risarcimento dei danni patrimoniali ex art. 2043 c.c. In questo senso, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, 84.

Una tappa fondamentale nell'evoluzione del danno non patrimoniale è stata segnata nel 2003. La Corte di Cassazione è intervenuta in due diversi momenti, affrontando, con un primo gruppo di pronunce, il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale ove la responsabilità dell'autore del fatto illecito sia affermata non in base ad un accertamento concreto dell'elemento psicologico, bensì in virtù di una presunzione *ex art. 2054 c.c.* La questione riguardava, più in generale, il rapporto sussistente tra il giudizio penale e quello civile, storicamente di pregiudizialità necessaria. Tale interpretazione era conforme alle intenzioni del legislatore di istituire un sistema di risarcibilità del danno non patrimoniale basato su una regola di assoluta tipicità, in cui il risarcimento avesse una funzione essenzialmente punitiva e non tanto ripristinatoria⁴⁶.

La Corte ha considerato sufficiente, ai soli fini del risarcimento del pregiudizio non patrimoniale, la ricorrenza di una fattispecie corrispondente, nella sua oggettività, alla astratta previsione di una figura di reato, con la conseguente possibilità che, ai fini civilistici, la responsabilità sia accertata per effetto di una presunzione di legge. La Suprema Corte ha altresì sottolineato la necessità di tenere in considerazione il nuovo atteggiamento

⁴⁶ Si riteneva, infatti, che l'attribuzione del danno non patrimoniale potesse scaturire solo dall'accertamento del fatto-reato, e che questo non potesse trovare fondamento nella semplice premessa su cui si basa la presunzione, ovvero quella per cui il soggetto non avrebbe fatto tutto il possibile per evitare il danno, ma che richiedesse, invece, l'effettiva dimostrazione di una condotta colposa, in quanto tale qualificata sotto il profilo penale. Questa regola restrittiva, che comportava una seria compromissione della tutela della persona, trovava la sua giustificazione in relazione al perseguimento di una finalità di tipo punitivo, che poteva essere esplicitata coerentemente solo laddove fossero accertati, in concreto, tutti gli elementi del reato, *in primis* quello soggettivo. Secondo la Corte di Cassazione proprio il superamento del rapporto di pregiudizialità ha costituito il principale fattore di indebolimento dell'interpretazione tradizionale; non meno significativa è stata, peraltro, la progressiva introduzione di nuove ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale al di fuori dei casi di reato. Queste sarebbero un chiaro indice della scelta dell'ordinamento di attribuire maggiore rilievo all'esigenza di tutela risarcitoria della vittima, privilegiando la funzione satisfattiva del risarcimento, ormai prevalente su quella punitiva. Le incongruità cui conduceva il sistema sono state superate riconoscendo la diversità degli ambiti della responsabilità civile e penale ed, in particolare, la difformità dei ruoli svolti dalle medesime. La responsabilità civile deve rivestire una funzione essenzialmente risarcitoria, lasciando all'ambito penalistico l'aspetto punitivo. Su queste basi è possibile, allora, differenziare il regime probatorio e permettere alla responsabilità civile di ricorrere all'utilizzo di presunzioni di colpa. Cfr. Cass., 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282 e 7283, in *Danno e resp.*, 2003, p.713, con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p.691, con nota di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.* e p.703, con nota di P. ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*; in *Giur. it.*, 2004, p.1135, con nota di M. BONA, *L'ottava vita dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*

assunto dalla giurisprudenza “in relazione alla tutela riconosciuta al danno non patrimoniale, nella sua accezione più ampia, di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati di rilevanza economica, sia dal legislatore (...), sia dalla Suprema Corte” (in riferimento all’ampia tutela risarcitoria garantita al danno biologico), in un’ottica di integrale riparazione del danno ingiustamente subito⁴⁷.

Il percorso evolutivo iniziato dalla Corte con tale primo gruppo di pronunce è stato, poi, completato con le due c.d “sentenze gemelle” nn. 8827 e 8828 del maggio del 2003⁴⁸, già citate, che hanno innovato il modo di interpretare il rinvio alla legge contenuto nell’art. 2059 c.c. Nelle motivazioni si afferma che questo va inteso secondo un modello più ampio di quello previsto dall’art. 185 c.p. La Corte ha escluso di poter ulteriormente accettare la tradizionale lettura restrittiva dell’art. 2059 c.c., in relazione all’art. 185 c.p., come diretto a permettere il risarcimento del solo danno morale soggettivo da reato. Il risarcimento del danno non patrimoniale è stato ammesso, pertanto, ogni volta in cui si verifichi una lesione di un interesse della persona costituzionalmente protetto, sebbene il fatto non sia configurabile quale reato⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. Cass., 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282 e 7283, cit. Con tali pronunce è stata segnata una tappa significativa verso l’estensione dell’area di risarcibilità del danno non patrimoniale, la cui ricostruzione non può prescindere dalla consapevolezza del cambiamento nelle funzioni svolte da tale risarcimento. Questo ampliamento ha trovato il suo punto di origine nel superamento del rapporto inscindibile tra l’art. 2059 c.c. e l’art. 185 c.p., dovuto, oltre che alle previsioni del nuovo codice di procedura penale, anche al proliferare di leggi civili che hanno ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale fuori dei casi di reato. Tale processo ha “neutralizzato” l’idea di una riserva di legge penale, mostrando la possibilità di incrinare il rigido collegamento dell’art. 2059 c.c. con i casi di illecito penale.

⁴⁸ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 816 ss, con nota di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d’estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell’universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’art. 2059 c.c. va in paradiso*; in *Corr. giur.*, 2003, 1017, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*; in *Foro it.*, c.2280, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675, con nota di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c.*, di P. CENDON, *Anche se gli amanti non si perdono l’amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/03*, e di P. ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*; in *Giur. it.*, 2004, 29, con nota di M.P. SUPPA, *La svolta della Cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell’art. 2059 c.c.*

⁴⁹ La Corte, consapevole dell’evoluzione in corso nel sistema dei danni non patrimoniali, dovuta ad interventi sia della giurisprudenza che del legislatore, osserva che deve ritenersi del tutto superata la tradizionale coincidenza tra il danno non patrimoniale e il danno morale soggettivo. Il primo deve, anzi, “essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla

L'orientamento della Suprema Corte è stato confermato nei mesi successivi dalla Corte Costituzionale, che si è pronunciata a favore di un ampliamento dell'area di risarcibilità del danno non patrimoniale, resosi ormai necessario per conformare l'art. 2059 c.c. ai valori espressi dalla Costituzione⁵⁰. Le due Corti hanno, così, riconosciuto la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale anche al di fuori dei casi di reato, laddove vi sia stata la lesione di un interesse della persona costituzionalmente rilevante. I contrasti in dottrina, però, non sono cessati, in quanto l'estensione del risarcimento del danno non patrimoniale oltre i casi di illecito penale non ha impedito il sorgere di opinioni divergenti riguardo alla opportunità di individuare ulteriori voci di danno, quali, in particolare, il c.d. danno esistenziale.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ha affermato, infatti, la necessità del riconoscimento di un'autonoma "voce" di danno "esistenziale", al fine di fornire tutela risarcitoria alle ricadute della lesione sulle attività realizzatrici dell'individuo, di natura a-reddituale. A tale filone interpretativo se n'è opposto un altro, secondo cui le regole della responsabilità civile erano già in grado di fornire una tutela piena e completa, nel rispetto del principio dell'integrale riparazione del danno, alle molteplici ricadute dell'evento lesivo

persona". Il collegamento fra l'art. 2059 c.c. e i valori costituzionali conduce, quindi, ad affermare che, se sussiste una lesione dell'interesse di tale serietà da coinvolgere in concreto il piano dei valori costituzionali, evidenziando un pregiudizio serio e intollerabile, tale caso sarà necessariamente ricompreso nel rinvio di cui all'art. 2059 c.c., consentendo, così, la piena tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali. La soluzione prospettata è, quindi, quella di "ampliare indirettamente" la riserva di legge contenuta nell'art. 2059 c.c., stabilendo un collegamento tra la disposizione codicistica e l'art. 2 Cost.: questa possibilità diventerebbe, peraltro, l'unica in grado di adeguare il sistema di responsabilità civile alla Costituzione, evitando, al contempo, l'abrogazione dell'art. 2059 c.c.

⁵⁰ Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, 939, con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il "nuovo" articolo 2059 c.c.)*, di G. CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, e di O. TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1041, con nota di P. ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*; in *Giur. it.*, 2003, 1777, con nota di P. CENDON-P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (...dopo la sentenza 233/2003 della Corte Costituzionale)*. La questione di legittimità era stata sollevata da Trib. Roma, 20 maggio 2002, in *Danno e resp.*, 2002, 856, con nota di P.G. MONATERI, *Il brontosauro alla resa dei conti? "I will survive"*, di E. NAVARRETTA, *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, e di G. PONZANELLI, *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità*; in *Resp. civ. prev.*, 2002, 778, con nota di P. ZIVIZ, *La compatibilità costituzionale dell'art. 2059 c.c.: una storia infinita*.

sugli aspetti dinamico-relazionali. Al contempo, tale evoluzione nel segno di un indefinito ampliamento dei limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale si è associato, inevitabilmente, ad una nuova concezione della stessa responsabilità civile, evocando un avvicinamento a sistemi di sicurezza sociale⁵¹. Conseguenza inevitabile di questo approccio, infatti, è una rottura degli equilibri tra le diverse funzioni della responsabilità civile: la finalità riparatoria, o meglio, indennitaria, viene privilegiata in modo incondizionato, a discapito della funzione di deterrenza.

Conseguenza inevitabile di questo approccio, infatti, è una rottura degli equilibri tra le diverse funzioni della responsabilità civile: la finalità riparatoria, o meglio, indennitaria, viene privilegiata in modo incondizionato, a discapito della funzione di deterrenza. L'intento razionalizzatore delle pronunce del 2003 si è coniugato, invero, alla volontà di "calmierare la proliferazione di ipotesi risarcitorie"⁵².

Nonostante l'asserita sussistenza, per quanto sporadica, di figure qualificate nei termini di "pena privata", ed il loro raffronto in prospettiva comparatistica con l'istituto anglosassone dei *punitive damages* abbiano sempre affascinato parte della dottrina italiana, le corti italiane hanno rivelato un atteggiamento di netta chiusura verso tale figura. L'occasione di confrontarsi direttamente con questa "voce" di danno si è verificata in sede di riconoscimento ed esecuzione di sentenze straniere contenenti una condanna ai *punitive damages*. Nel 2007 la Corte di Cassazione ha affermato, per la prima volta, l'incompatibilità dei danni punitivi⁵³ con l'ordine pubblico

⁵¹ Così, G. PONZANELLI, *Le "pericolose" frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackout elettrico*, in *Danno e resp.*, 2006, 57.

⁵² L'espressione è di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1039.

⁵³ Cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c.1460, con commento di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*; in *Corr. giur.*, 2007, p.497, con commento di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; in *Danno e resp.*, 2007, p.1125, con commento di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*; in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p.341, con commento di ID., *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*; in *Eur. dir. priv.*, 2007, p.1129, con commento di G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p.983, con commento di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, p.1890, con commento di L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e*

italiano⁵⁴. La Suprema Corte ha, così, confermato la pronuncia della Corte d'Appello di Venezia, che aveva negato il riconoscimento di una sentenza pronunciata in Alabama⁵⁵. L'attrice aveva ottenuto la somma di \$ 1,000,000 a

prospettive di riforma e p. 2100; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p.188, con nota di G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*; A. DE PAULI, *L'irricoscibilità in Italia per contrasto con l'ordine pubblico di sentenze statunitensi di condanna al pagamento dei danni «punitivi»*; in *Giur. it.*, 2007, p.2724, con nota di V. TOMARCHIO, V., *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*; in *Giur. it.*, 2008, p.396, con nota di A. GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*. Si veda altresì: A. SIROTTI GAUDENZI, *I "punitive or exemplary damages": confronto tra i sistemi di "common law" e i paesi di "civil law"*, in *Foro pad.*, 2007, p.242; F. QUARTA, *Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: the Italian Supreme Court's Veto*, in *31 Hastings Int'l & Comp. L Rev.* 753 (2008); V.M. BIANCO, *In tema di c.d. danni punitivi nell'ordinamento italiano (commento a Cass. Sez. III Civ. 19 gennaio 2007 n. 1183)*, in *Riv. Corte Conti*, 2009, p.6.

⁵⁴ Ai sensi del settimo comma dell'art. 797 c.p.c., la sentenza di cui si vuole ottenere il riconoscimento in Italia non deve contenere "disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano". Sulla nozione di ordine pubblico interno, si veda, *ex multis*, Cass., 13 dicembre 1999, n. 13928, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p.1, con nota di G. CAMPEIS – A. DE PAULI, *Rogatorie negate, delibazione e ordine pubblico internazionale*, ove viene definito quale "complesso dei principi – ivi compresi quelli desumibili dalla Carta Costituzionale – che formano il cardine della struttura economico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché quelle regole inderogabili, le quali abbiano carattere di fondamentalità (che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative) e siano immanenti ai più importanti istituti giuridici". Si veda altresì G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p.83; G. BARILE, voce «Ordine pubblico» (*dir. int. priv.*), in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p.1116. La questione della possibile contrarietà dei *punitive damages* all'ordine pubblico era stata affrontata già da G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, cit., pp.407-408, secondo cui non si vedevano ragioni per negare la loro compatibilità rispetto all'ordine pubblico internazionale, il cui nucleo di valori non poteva ritenersi leso dalle funzioni di *punishment* e *deterrence* tipiche di tale istituto. Quanto all'ordine pubblico interno, invece, si ravvisavano possibili profili di contrarietà, a fronte di un'interpretazione rigida di tale nozione; se ne rilevavano, peraltro, i rischi in termini di una paralisi dell'applicazione delle disposizioni preliminari, ogni volta in cui la legge straniera risultasse, "in qualche modo, difforme da quella italiana". Si auspicava, quindi, un'interpretazione più ristretta del concetto di ordine pubblico, individuabile "nelle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società" (citando la motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 2 febbraio 1982, in materia matrimoniale, in *Foro it.*, 1982, I, c.934 ss.).

⁵⁵ Cfr. App. Venezia, 15 ottobre 2001, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p.1021, con nota di Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p.770, con nota di G. CAMPEIS–A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*; si veda altresì L. OSTONI, *Italian Rejection of Punitive Damages in a U.S. Judgment*, in *24 J.L. & Com.* 245 (2005) e M. BARATELLA, *Le pene private*, cit., p.209 ss. La sentenza oggetto del giudizio di delibazione era stata pronunciata dalla Corte distrettuale dello stato dell'Alabama nei confronti di un'impresa italiana produttrice di fibbie per la chiusura di caschi, a favore della madre di un ragazzo morto a seguito di un incidente in moto, per un difetto di progettazione e produzione della fibbia del casco, realizzata da una società italiana. Questa non si era costituita nel giudizio instaurato presso la *District Court* di Jefferson, ove veniva condannata al pagamento della somma di un milione di dollari. L'attrice, successivamente, adiva la Corte d'Appello di Venezia richiedendo la delibazione della sentenza di condanna ai fini esecutivi. I giudici italiani, tuttavia, rigettavano la richiesta poiché il risarcimento, pur non essendo espressamente qualificato in termini di *punitive damages*, conteneva una condanna punitiva asseritamente non compatibile con i principi dell'ordine pubblico italiano. È stato osservato che tale pronuncia pare aver "per implicito ritenuto in astratto delibabile la sentenza, il cui riconoscimento si è negato solo a seguito della verifica in concreto dell'incompatibilità con l'ordine pubblico". Cfr. G. CAMPEIS–A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, cit., p.774. Si veda altresì G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p.505, ove si rileva la necessità di escludere un giudizio astratto e generale, dovendo il giudice valutare nel caso concreto, "fino a che punto una condanna «punitiva», oltre che risarcitoria, non

titolo di risarcimento per la morte del figlio, avvenuta in un incidente stradale, in conseguenza di un difetto nella fibbia del casco. Sebbene la corte americana non avesse specificato se tale somma fosse inclusiva dei *punitive damages*, le corti italiane ritennero che la medesima avesse natura punitiva⁵⁶.

Di conseguenza, rifiutarono di concedere il riconoscimento e l'esecuzione della pronuncia nel nostro ordinamento⁵⁷, sulla base di un grave contrasto con l'ordine pubblico italiano⁵⁸.

distrugga l'equilibrio nella valutazione degli interessi contrapposti". A questo proposito, si veda anche quanto affermato, in relazione alla pronuncia della Corte di Cassazione, da S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, cit., p.983, secondo cui la Corte "dovrebbe tenere maggiormente in considerazione che la sentenza statunitense presenta maggiori punti di contatto col sistema giuridico-giudiziario-fattuale in cui è stata pronunciata, piuttosto che con il paese in cui si chiede la delibazione; con la conseguente possibilità di applicazione moderata o elastica del concetto di ordine pubblico interno, nonché la facoltà di discostarsi da un'applicazione generalizzata ed estesa e di concentrarsi, invece, sul singolo caso concreto."

⁵⁶ La Corte d'Appello di Venezia ritenne che, in difetto di motivazione sul punto, "l'ammontare considerevole (...) del risarcimento accordato (...), la particolare qualità (produttore) del danneggiante, lasciano ragionevolmente supporre che la condanna della convenuta rappresenta una vera e propria sanzione, comminata per finalità meramente afflittive e deterrenti, estranea ai principi della nostra giurisdizione". Tale posizione è stata, poi, avallata dalla Suprema Corte, secondo cui la medesima poggia legittimamente "sia sulla carenza di qualsiasi indicazione circa i criteri seguiti per la determinazione dell'importo del risarcimento, nonché circa la natura e la specie del danno arrecato, all'eliminazione delle cui conseguenze è volta la condanna, sia su una valutazione di eccessività o sproporzionatezza della somma liquidata, in sé, attesi i criteri generalmente seguiti dai giudici italiani, e in relazione a quanto già di considerevole conseguito dalla Parrott allo stesso titolo dalla conducente dell'autovettura con la quale era andata a scontrarsi la motocicletta del figlio, dalla società produttrice del casco e da altri soggetti pure convenuti in giudizio". Sul punto, si condivide quanto osservato da G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit., c.1401, ovvero che la Suprema Corte "avrebbe potuto e dovuto meglio motivare, giudicando nel merito la misura dei danni punitivi di cui si chiedeva l'*enforcement*; ad esempio, osservando che, per essere i danni punitivi concessi nei confronti del produttore italiano parte di un più ampio verdetto risarcitorio, non era chiara la relazione/proporzione esistente tra il risarcimento globale e quello concesso a titolo punitivo."

⁵⁷ Per ulteriori riflessioni in tema di riconoscimento ed esecuzione in Italia di sentenze straniere contenenti una condanna ai *punitive damages*, cfr.: A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p.867; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, cit., p.493; S. CORONGIU, *Pregiudizio subito e "quantum" risarcitorio nelle sentenze di "punitive damages": l'impossibile riconoscimento in Italia*, in *It'l Lis*, 2004, p.89; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p.383.

⁵⁸ In prospettiva comparatistica, si può osservare che la Germania ha adottato, analogamente all'Italia, una posizione restrittiva nei confronti dei *punitive damages*. In conformità al principio della *Totalreparation*, stabilito dal § 249 del BGB, il *Bundesgerichtshof* ha negato il riconoscimento di decisioni statunitensi inclusive di condanne punitive (si veda *BGH*, 4 giugno 1992, NJW 1992, 3096, ZfP (106 Band.) 1993). La Corte Suprema ha ritenuto i *punitive damages* contrari all'ordine pubblico, poiché nell'ordinamento tedesco lo stato detiene il monopolio delle funzioni di punizione e deterrenza. L'art. 40, s.3, dell'EGBG (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Introductory Act to the Civil Code*) stabilisce che le pretese eccedenti il giusto risarcimento non possono trovare esecuzione in Germania. Tuttavia, la stessa giurisprudenza tedesca ha di recente ammesso che tali pronunce straniere non possano ritenersi automaticamente contrarie all'ordine pubblico. Si veda, da ultimo, BverfG, 24 gennaio 2007, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2007, p.211 ss. Cfr. D. MARTINY, *Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany*, in 35 *Am. J. Comp. L.* 721 (1987); K. JUENGER, *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, in 36 *Am. J. Comp. L.* 1 (1988); J.

La Suprema Corte, in particolare, ha individuato il fondamento della decisione nella funzione esclusivamente riparatoria della responsabilità civile, rigettando, così, ogni possibilità di ammettere i danni punitivi⁵⁹, o anche solo di prendere in considerazione la gravità della condotta del convenuto, ai fini delle operazioni di liquidazione del danno. Compito precipuo della responsabilità civile, invero, è quello “di restaurare la sfera patrimoniale del

ZEKOLL, *The Enforceability of American Money Judgments Abroad: A Landmark Decision by the German Federal Court of Justice*, in 30 *Colum. J. Transnat'l L.* 641 (1992); P. HAY, *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany – The 1992 Decision of the German Supreme Court*, in 40 *Am. J. Comp. L.* 729 (1992); A.R. FIEBIG, *The Recognition and Enforceability of United States Punitive Damages Awards*, in 22 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 635 (1992); H. BUNGERT, *Enforcing US Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *Int'l Lawyer* 1075 (1993); V. BEHR, *Enforcement of United States Money Judgments in Germany*, in 13 *J.L. & Com.* 211 (1994). Tuttavia, si ritiene che “*the apparently unbridgeable gap between American and German approaches towards punitive damages*” si stia progressivamente restringendo: si veda V. BEHR, *Punitive Damages in American and German Law - Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 105 (2003); *ID.*, *Myth and Reality of Punitive Damages in Germany*, in 24 *J.L. & Com.* 197, 203 (2005); H. KOZIOL, *Punitive Damages – A European Perspective*, in 68 *La. L. Rev.*, 2008, p.741; N. JANSEN-L. RADEMACHER, *Punitive Damages in Germany*, in H. KOZIOL-V. WILCOX (eds.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, cit., p.75 ss. Per approfondimenti sull'orientamento delle Corti francesi in merito alla riconoscibilità delle sentenze straniere contenenti condanne ai *punitive damages*, si rimanda al par. 2.7. Può essere utile, infine, qualche cenno all'esperienza spagnola, che si distingue da quelle finora richiamate, avendo concesso il riconoscimento ad una sentenza statunitense. Nel caso *Miller Import Corp. V. Alabastres Alfredo, S.L.*, STS, 13 novembre 2001, Exequatur N. 2039/1999, la Corte Suprema spagnola ha deciso di disporre l'esecuzione di una decisione di una corte federale statunitense nella sua interezza, nei confronti di un convenuto spagnolo, sebbene all'attore fossero stati attribuiti *punitive damages* quale parte del risarcimento globale. La Corte ha rigettato l'argomento secondo cui tale riconoscimento sarebbe stato contrario all'ordine pubblico, ed altresì diverse eccezioni procedurali sollevate dal convenuto. Per un'accurata disamina di tale decisione, si veda S.R. JABLONSKY, *Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts – A Recent Case in the Supreme Court of Spain*, in 24 *J.L. & Com.* 225 (2005), ove si può leggere anche una traduzione in inglese del testo integrale della sentenza. Si veda anche il commento di M. REQUEJO ISIDRO, *Reconocimiento en España de sentencias condenando al pago de punitive damages*, in *Iniuria* (1995), 83, p.20 ss. In una pronuncia del 21 aprile 2005, la Corte Suprema spagnola ha cassato la decisione della Corte d'Appello che accordava un risarcimento eccessivo, senza sufficiente approfondimento. Cfr. T. ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, in 74 *Def. Counsel J.* 320 (2007). Cfr. altresì P. DEL OLMO, *Punitive Damages in Spain*, in H. KOZIOL-V. WILCOX (eds.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, cit., p.137 ss. Per ulteriori approfondimenti sul tema del riconoscimento ed esecuzione di sentenze di *punitive damages* in Europa, cfr. R.A. BRAND, *Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgements Too Far*, in 24 *J.L. & Com.* 181 (2005); J.J. BERCH, *The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union*, in 19 *Minn. J. Int'l L.* 55 (2010); M. REQUEJO ISIDRO, *Punitive Damages From a Private International Law Perspective*, in H. KOZIOL-V. WILCOX (eds.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, cit., p.245.

⁵⁹ Cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.: “Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante”. Secondo A. GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, cit., p.396, la questione della contrarietà all'ordine pubblico dei *punitive damages* si potrebbe risolvere “nella contrarietà all'ordine pubblico di una nomenclatura”. L'A. osserva, invero, che “in Italia (...) gli strumenti di deterrenza di condotte illecite particolarmente insidiose non sono affatto sconosciuti al sistema della responsabilità civile, con l'unica differenza che non sono qualificati come risarcimento dei danni – bensì, per esempio, come «riparazioni» – essenzialmente a causa della più accentuata propensione alla generalizzazione astratta, caratteristica delle culture giuridiche di derivazione romanistica”. Ne deriva che, ove l'istituto statunitense assumesse la diversa denominazione di “*punitive reparations*”, non vi sarebbero più ostacoli al riconoscimento”.

soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato”. Il *dictum* della Cassazione sottintende l'accoglimento del principio di integrale riparazione del danno quale limite ultimo – sia in positivo, che in negativo – all'interno del sistema di responsabilità civile; su tali basi risulta coerente la negazione della compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano. La condanna al pagamento di una somma aggiuntiva rispetto a quanto strettamente necessario per riparare il pregiudizio, a titolo di *punitive damages*, condurrebbe ad un risarcimento eccedente la riparazione della perdita subita, attribuendo al danneggiato utilità che non mirano alla reintegrazione dello *status quo ante*, bensì ad incidere sulla figura del danneggiante, in un'ottica deterrente-punitiva.

Secondo la Corte di Cassazione, inoltre, la stretta relazione tra pregiudizio e risarcimento implica che la responsabilità civile debba guardare unicamente alla posizione del danneggiato. Ne deriva che non può essere presa in considerazione la condotta del danneggiante (in particolare, il grado di riprovevolezza che la contraddistingue), nè si può apprezzare la sua situazione economica o i profitti che possa aver tratto dal comportamento illecito. Questa visione si fonda su diversi elementi, tra cui l'asserita assenza di altri rimedi civilistici dotati di una natura sanzionatoria. Secondo la Corte, invero, tale carattere non può essere individuato nella clausola penale, che ha unicamente lo scopo di rafforzare il vincolo contrattuale e di consentire una liquidazione convenzionale e anticipata del danno. Parimenti, è negata ogni valenza non compensatoria al risarcimento del danno morale, la cui quantificazione è basata esclusivamente sulla posizione del danneggiato⁶⁰.

⁶⁰ Si veda, sul punto, quanto ritenuto, invece, dalla Corte d'Appello di Venezia nel 2001. La Corte osservava che “è evidente la sua palese contrarietà all'ordine pubblico, posto che i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità da illecito extracontrattuale (come del resto da illecito contrattuale) configurano il risarcimento dovuto dal danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato. È vero peraltro che sono note nel nostro ordinamento anche ipotesi di pena privata (...) ma è certo che esse trovano fondamento nella stessa volontà dei privati (...), mentre le ipotesi di sanzioni civili indirette (...) non solo ribadiscono, per la loro espressa previsione, la natura eccezionale di un siffatto istituto

La concisa motivazione della Suprema Corte pare non lasciare spazio alcuno alla valorizzazione, ancorché quali componenti non esclusive, di finalità differenti da quelle strettamente riparatorie. La *ratio* di tale perentoria statuizione è in parte rinvenibile nella volontà di scongiurare qualsiasi richiamo ad una commistione tra diritto civile e diritto penale, evocante periodi “primitivi” del pensiero giuridico moderno⁶¹.

Detto orientamento può essere spiegato alla luce della preoccupazione che un risarcimento connotato da carattere punitivo (quale i *punitive damages*) possa risultare nell’applicazione di una sanzione di stampo penalistico, in assenza delle garanzie accordate dal diritto penale. Parte della dottrina ha giudicato troppo rigido l’orientamento conservatore della Cassazione, laddove ribadisce in modo così categorico il rifiuto di qualsivoglia istanza “ultracompensativa” all’interno del sistema di responsabilità civile italiano⁶².

Sebbene risulti fondata su consolidati principi della responsabilità civile italiana, la posizione avallata dalla Corte non pare corrispondere alla realtà del *tort system* nostrano. Siffatta concezione monofunzionalistica delle ipotesi di illecito civile pare non riflettere fedelmente la realtà normativa e giurisprudenziale italiana. Tale atteggiamento, se può essere compreso alla luce della volontà di non riconoscere la compatibilità dei *punitive damages*

ma, soprattutto, evidenziano come la funzione deterrente della sanzione civile, peraltro in limiti predeterminati, non si connota anche con il riconoscimento di un contestuale (e ingiustificato) beneficio per il danneggiato”. La Corte prosegue osservando che “se può affermarsi con certezza che nel nostro ordinamento, come sopra evidenziato ma, anche, in materia di danni non patrimoniali *ex art. 2059 c.c.* e dunque di illecito aquiliano (...) sussistono rimedi prettamente civilistici, connotati anche da finalità afflittive e deterrenti, deve comunque negarsi che allorquando tali istituti, come quello in esame, perseguono, in campo privatistico, finalità esclusivamente pubblicistiche, la loro contrarietà al nostro sistema ed ai principi generali che lo caratterizzano è fuor di dubbio, configgendo irrimediabilmente con l’ordine pubblico.”

⁶¹ Un’attenta ricostruzione del percorso di emancipazione dell’illecito civile da quello penale, sulla scorta del pensiero di Ugo Grozio, Samuel von Pufendorf e Thomasius, oltre che di Jean Domat e Robert Joseph Pothier, è rinvenibile nell’opera di P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema della responsabilità civile*, in *ID.* (a cura di), *La responsabilità civile*, cit.

⁶² Cfr., in particolare, G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit., c.1460 ss.; P. PARDOLESI, *Danni punitivi all’indice?*, cit., p.1130; secondo L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, cit., p.1897, le argomentazioni richiamate dalla Suprema Corte a sostegno della propria decisione, pur non potendo sorprendere “particolarmente il cultore della materia, soprattutto quello più legato ad una versione classica della responsabilità civile (...) lasciano un senso di smarrimento”. Nella parte motiva della sentenza n. 1183/07, invero, la Suprema Corte ha proclamato la assoluta estraneità dell’idea della punizione e della sanzione al risarcimento del danno.

statunitensi con l'ordinamento italiano, nondimeno non risulta condivisibile per l'evidente negazione della sussistenza di ipotesi di risarcimento non esclusivamente compensativo, ovvero in senso lato "ultracompensativo"⁶³. La Corte afferma l'esistenza di una corrispondenza biunivoca tra il *quantum* risarcitorio e lo scopo della responsabilità civile⁶⁴. La stretta connessione esistente tra danno e risarcimento, pertanto, determina, secondo i giudici di legittimità, una funzione della responsabilità civile del tutto orientata verso il danneggiato, al contempo ignara sia delle peculiarità della condotta del danneggiante – in particolare, quindi, della eventuale gravità o riprovevolezza della stessa – sia delle sue condizioni economiche, sia, infine, dell'utilità eventualmente derivante all'agente dalla propria condotta illecita⁶⁵.

Il dibattito concernente il profilo funzionale dei rimedi risarcitori in Italia si è recentemente arricchito di nuovi spunti, a seguito delle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul danno non patrimoniale⁶⁶. Al "nuovo" danno non patrimoniale, così come concepito quale categoria

⁶³ La forte avversione nei confronti dei *punitive damages* può essere spiegata, per lo meno in parte, in relazione alla percezione di una situazione "incontrollata" negli Stati Uniti, dovuta alla risonanza ottenuta da alcune condanne multi-milionarie. Si è già osservato come tale impressione sia il frutto di un'analisi errata e superficiale della realtà nordamericana (si veda *supra*, par. 3.3.). Può essere interessante rilevare come solo due decenni or sono, la dottrina italiana guardava ai *punitive damages* con occhi diversi: non con timore, ma con interesse verso una figura fonte di potenziali benefici per l'ordinamento, una "formula, quindi, quasi magica", sebbene se ne riconoscessero già i pericoli. Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, cit., pp.405-406.

⁶⁴ Tale convinzione evoca quanto affermato da Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*, individuando un parallelismo segnatamente con l'equivalenza ivi stabilita tra *crime e punishment* da un lato, e *tort law e compensation* dall'altro. Si è visto come, secondo il Giudice inglese, a tali correlazioni conseguiva il diniego della ammissibilità degli *exemplary damages*, se non in un numero estremamente circoscritto di ipotesi. Cfr. cap. II, paragr. 1, del presente lavoro. A seguito della pronuncia della Corte di Cassazione del 2007, la compatibilità dei *punitive damages* con l'ordinamento italiano è stata nuovamente negata dalla Corte d'Appello di Trento, sezione di Bolzano, l'anno successivo. App. Trento, sez. dist. Bolzano, 16 agosto 2008, n. 151, in *Danno e resp.*, 2009, p.92 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, e in *Corr. giur.*, 2009, p.523, con nota di P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*.

⁶⁵ La perentorietà delle affermazioni della Cassazione nella sentenza n. 1183/07 potrebbe essere spiegata, come suggerito in dottrina, in relazione ad un non inusuale fraintendimento concettuale tra la funzione di un istituto e le sue finalità, ovvero tra funzione ed effetti⁵⁰³. Si potrebbe, così, ritenere che la professata esclusione di finalità sanzionatorie dall'alveo della responsabilità civile sia dettata dalla volontà di evidenziare, quale sua funzione imprescindibile e prioritaria, quella compensativa. Su un ulteriore piano potrebbe allora essere indagata la possibilità che la stessa persegua concretamente altre valenze, in aggiunta a questa, svolgendo ad esempio un'efficacia afflittiva e preventiva. In questo senso, cfr. L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, p.1894 ss.

⁶⁶ Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, cit.

unitaria e insuscettibile di scomposizione in voci singolarmente risarcibili (quali il tanto discusso “danno esistenziale”), è riconosciuta una funzione prettamente riparatoria, in correlazione al principio di integrale riparazione del danno⁶⁷. Tale affermazione è associata alla esplicita messa al bando di qualsivoglia voce di danno riconducibile al modello della pena privata.

La visione “mono-funzionalistica” della responsabilità civile, confermata dalla Cassazione nella sentenza *de qua*, oltre che dalle stesse Sezioni Unite nell’ambito del risarcimento del danno non patrimoniale, pare non riuscire a convincere una parte significativa della dottrina, rivelandosi troppo restrittiva e non corrispondente alla realtà giurisprudenziale e normativa⁶⁸.

Secondo l’opinione minoritaria, vi sarebbero plurime ragioni per sostenere l’opportunità dell’introduzione di un istituto affine ai *punitive damages* nel nostro ordinamento⁶⁹, risultando essi “congeniali alle moderne esigenze della responsabilità civile”. In particolare, la possibilità di condannare il danneggiante al risarcimento dei “danni punitivi” consentirebbe di soddisfare la necessità di valutazione specifica delle condotte illecite e delle peculiarità del caso concreto, ma anche istanze di giustizia retributiva, sia del singolo danneggiato che della società, ed infine, sarebbe di supporto nella ricerca della deterrenza ottimale. In questo senso, la privazione aprioristica e pregiudiziale di un siffatto strumento rischia di cristallizzare il

⁶⁷ Secondo, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, p.44 ss., sarebbe ancora possibile riconoscere una valenza punitiva, in quanto il nuovo danno non patrimoniale si suddivide in “due modelli, del tutto distinti e indipendenti. Il primo, soltanto civilistico, presuppone l’assenza di un fatto reato, ha funzione di *compensation* e si scompone in due sotto-modelli. (...) Il secondo modello, che ha ad oggetto il danno non patrimoniale “da reato” (...) ha funzione punitiva e consegue all’accertamento, in concreto, di una specifica fattispecie di reato, attraverso la mediazione dell’art. 185 c.c.”. Questa suddivisione funzionale viene poi argomentata e sviluppata oltre dall’A.: “se si inizierà a distinguere nitidamente la funzione di *compensation* da quella deterrente e punitiva ex art. 185 c.p., nulla potrebbe impedire al giudice civile, in presenza di un evento dannoso che sia anche conseguenza di un fatto reato, di risarcire il danno e, nel contempo, di punire il responsabile”.

⁶⁸ Si veda, *ex multis*, L. DI BONA DE SARZANA, *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber Amicorum. Dedicato a F.D. Busnelli*, Milano, 2008 p.563; P. PARDOLESI, *Danni punitivi all’indice?*, cit., p.1125; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit., c.1460; *ID.*, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p.25; *ID.*, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell’ordinamento italiano: una nuova vicenda*, cit., p.92.

⁶⁹ Il riferimento è, in particolare, a L. DI BONA DE SARZANA, *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, cit., p.572 ss.

sistema della responsabilità civile, escludendo dal medesimo ogni possibilità di regolamentazione efficiente.

Accanto ad opinioni così nettamente favorevoli all'ammissione dei danni punitivi, si staglia un orientamento intermedio che, pur non ritenendo opportuna una diretta introduzione dei *punitive damages*, non riesce ad adeguarsi alla stringente configurazione della responsabilità civile proposta dalla Cassazione.

Il modello strettamente compensativo, invero, pur rivestendo un evidente ruolo centrale, è stato affiancato da altre ipotesi di rimedi risarcitori, che si distaccano nettamente dal primo quanto alla funzione concretamente perseguita. Negare l'esistenza di tali figure pone un evidente contrasto con la realtà giuridica, né risultava strettamente necessario al fine di respingere i *punitive damages* nel caso sottoposto al vaglio dei giudici di legittimità.

La possibilità di riconoscere figure analoghe ai *punitive damages* nell'ordinamento italiano, d'altra parte, potrebbe essere concepita trascendendo completamente dall'ambito risarcitorio, quale rimedio di altra natura e, in particolare, in funzione di deterrenza della responsabilità per danni. Questa facoltà permetterebbe, secondo certa dottrina, di rispondere ad un bisogno differenziato di tutela, ponendo l'attenzione sul comportamento gravemente riprovevole del danneggiante⁷⁰. In questa prospettiva può risultare utile delineare una nozione "funzionale", anziché statica, di danno.

Tale approccio può condurre, altresì, ad individuare un ampliamento del concetto stesso di "danno", al fine di ricomprendervi non solo la diminuzione patrimoniale causata dall'illecito, ma anche la distruzione di "valori" che richiedono una quantificazione monetaria. L'estensione della nozione di danno, pertanto, potrebbe fondarsi sul perseguimento di una valenza di tipo

⁷⁰ In questo senso, cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p.309.

“punitivo”, che può giustificare una condanna civile al pagamento di un multiplo del danno⁷¹.

Siffatte condanne risarcitorie non possono, peraltro, essere automaticamente assimilate ai *punitive damages* anglo-americani, in particolare a quelli conosciuti dall’esperienza statunitense, caratterizzati da problematiche e dubbi di incostituzionalità che rischiano di inficiarne le funzioni.

L’impressione derivante dal quadro così tratteggiato è che gli evidenti problemi in termini di *excessiveness* incontrati dai *punitive damages* negli Stati Uniti, e il conseguente abuso di tale strumento, inducano i giuristi di *civil law* a rifuggire l’accoglimento di qualsivoglia istanza avente una valenza extra-compensatoria.

L’errore sotteso a tale concezione risiede, invero, nell’incentrare il dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, sulla compatibilità dei *punitive damages* con i principi fondamentali di ordinamenti, quali quelli di *civil law*, storicamente caratterizzati dalla “conquista” dell’affermazione dell’autonomia del diritto civile da quello penale, focalizzando l’attenzione sulla possibilità di una recezione del predetto rimedio. L’opportunità di un trapianto dei danni punitivi non pare essere, invero, la giusta prospettiva da assumere, conducendo a sicure quanto prevedibili conclusioni negative.

Appare, invece, più opportuno proseguire sulla via della “integrazione” dall’esterno: riconoscere carenze strutturali del nostro sistema risarcitorio e ammettere che il medesimo non si esaurisce nella funzione meramente riparatoria, potendo rivelare altre sfumature, segnatamente deterrenti, che possono trovare spazio in ambito civilistico.

⁷¹ Tale convinzione è espressa, in particolare, da G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. Dir. Priv.*, p.499 ss.

Ed invero, risarcire oltre la misura del pregiudizio subito non significa necessariamente punire, né tantomeno ciò costituisce una violazione del principio di riparazione integrale del danno.

Funzione reintegratoria e funzione deterrente e/o sanzionatoria non si oppongono necessariamente. Le figure che si analizzeranno nei sottoparagrafi successivi dimostreranno che la funzione sanzionatoria può essere a sostegno di quella reintegratoria.

L'accesso alla molteplicità delle funzioni della responsabilità civile non deve ritenersi preclusa, poiché possono essere rinvenuti segnali di profili sanzionatori e deterrenti, idonei a corrodere il sistema monolitico della funzione compensativa della dottrina dominante e della giurisprudenza di legittimità.

Come chiaramente emerso, e già noto, manca nel nostro sistema giuridico una disposizione che preveda espressamente i c.d. danni punitivi, come accade, invece, nel diritto della maggior parte degli Stati Uniti d'America o in Inghilterra. Salvo rare eccezioni, neppure nella prassi applicativa si parla ancora *apertis verbis* di “danni punitivi” a fianco di altre voci di danno già note al nostro ordinamento⁷².

È, altresì, emerso che, parte della dottrina italiana, guarda alle dinamiche dei danni punitivi, presenti nei sistemi di *common law*, con grande interesse, onde prendere, eventualmente, spunto da essi per utilizzare in chiave sanzionatorio-deterrente i pochi rimedi civilistici presenti nel nostro ordinamento che possano essere utilizzati in tal guisa.

In linea con l'evoluzione del diritto vivente, una parte della dottrina, pur prendendo atto della assenza di una norma del nostro sistema giuridico che contempli espressamente i danni punitivi o esemplari, si è chiesta se sia «comunque possibile individuare nelle disposizioni vigenti in Italia quantomeno la presenza di alcuni aspetti caratteristici tipici del concetto

⁷² A. M. MUSY, *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno e responsabilità*, 2000, 1126.

relativo al danno punitivo, questo, ovviamente, tenendo conto, delle diverse finalità ad esso relative»⁷³.

⁷³ P. G. MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 686 ss.

CAPITOLO I

LINEE EVOLUTIVE DEI PUNITIVE DAMAGES NEL SISTEMA GIURIDICO NORDAMERICANO

Sommario: 1. Nozione e funzione di *punitive damages*. Cenni sull'american *Tort Law*. 2. Sviluppi applicativi dei *punitive damages* negli illeciti contrattuali ed extracontrattuali nel sistema statunitense. 3. *Segue*. Un significativo ambito applicativo del rimedio: il settore della responsabilità del produttore. 4. Critiche all'istituto del danno punitivo e tentativi di superamento.

1. Gli Stati Uniti d'America e gli altri ordinamenti di *common law* in aggiunta ai *compensatory damages* (cioè i danni aventi una funzione compensatoria-risarcitoria) contemplano i cd. *punitive o exemplary damages*⁷⁴ (*lett.* danni punitivi o esemplari), i quali sono concessi con il precipuo scopo di punire in modo esemplare il soggetto responsabile di

⁷⁴ Per un approfondimento della nozione di *punitive damages* si v., tra gli altri, G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in Riv. di dir. civ., 1983, I, pag. 435 ss; E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: I casi Txo production corporation v. Alliance resources corporation e AB v. soth west water services Ltd*, in Riv. di dir. civ., 1995, pag. 81ss; A. PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 1986, parte IV, pag. 134 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento giuridico italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur.it.*, 1985, pag. 12 ss.; R. PARDOLESI, *Rischio radioattivo e danni punitivi nell'esperienza statunitense: il difficile rapporto tra disciplina federale dell'attività nucleare e diritto statale della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 142 s.; ID. *Per un pugno di (miliardi di) dollari*, in *Foro it.*, 1987, IV, c. 300 ss.; V. D'ACRI, *I danni punitivi*, Roma, 1995; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla Law of Torts all'inadempimento contrattuale*, Milano, 2008.

Si richiama, perché di particolare interesse, la definizione di *punitive damages* fornita dal *Restatement of the Law, Second, Torts*, vol. 4, pubblicato dall'*American Bar Institute* (St. Paul Minnesota, American Law Institute Publishers, 1965, ed. 1979, al par. 908, pag. 464) «(1) Punitive damages are damages, other than compensatory or normal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and other like him from similar conduct in the future.

(2) Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of defendant's act, the nature and the extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant».

È opportuno precisare che la nozione di *damage* non va confusa con quella di *damages*, in quanto con il primo termine si indica il danno subito che a determinate condizioni comporta il diritto al risarcimento, mentre *damages* indica essenzialmente (ma non esclusivamente) il risarcimento accordato da un organo giudiziario. I *damages* non hanno soltanto una funzione risarcitoria-compensatoria, ma anche punitiva, così l'identificazione del termine *damages* con la nozione di risarcimento non è affatto esaustiva, perché non permette di considerare numerosi altri profili. La nozione di *damage* è utilizzata per esprimere il concetto del danno o pregiudizio subito pur essendo differente da quella di *damages* è ad essa strettamente correlata, dato che la parte che ha subito un danno può chiedere di essere risarcita quando esiste un nesso di causalità (più esattamente bisognerebbe parlare di *question of remoteness of damages*) sia che si tratti di *breach of contract*, sia che si tratti di *tort*. Per maggiori chiarimenti si rinvia a F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico- Law dictionary* (Milano 1984), p. 609-610.

un fatto grave e riprovevole commesso con dolo o comunque in mala fede (con *malice*)⁷⁵ per scoraggiare, in un'ottica di prevenzione generale e speciale, il futuro ripetersi di condotte illecite dello stesso tipo (funzione di *deterrence*)⁷⁶. L'istituto dei danni punitivi assolve, dunque, due funzioni principali e caratteristiche: dal punto di vista dell'interesse pubblico, una funzione di '*deterrence*', in quanto mediante la previsione di regole volte a garantire al rimedio il massimo di effettività (come ad esempio la mancanza dell'ammontare massimo delle condanne) mira a prevenire, secondo una logica di costi-benefici, la reiterazione di condotte particolarmente riprovevoli e dannose per la collettività; dal punto di vista della tutela degli interessi della vittima del danno ingiusto, i danni punitivi assolvono una funzione di '*punishment*', in quanto, secondo una logica retributiva-sanzionatoria importata dal diritto penale, danno luogo ad una misura retributiva e «soddisfano il

⁷⁵ Si tratta di un termine difficilmente traducibile in italiano e che è utilizzato per indicare il dolo in generale, la premeditazione nella commissione di un reato e l'intenzionalità di un atto illecito. Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico- Law dictionary*, cit. p. 985.

⁷⁶ F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, fasc. 4, pag. 917, osserva: «il riferimento a una funzione deterrente porta in sé una basilare ambiguità di fondo, legata alla disinvolta, ma ormai (anche qui) acquisita, traduzione del termine «*deterrence*» in una «deterrenza» nostrana ancora ignorata dal classico Zingarelli. La *deterrente* immortalata dal *Cost of Accidents* non è una funzione della responsabilità ma, piuttosto, un obiettivo di politica economica e sociale a cui la responsabilità presta le proprie funzioni, ed in particolare la funzione di prevenzione, chiamata a sdoppiarsi secondo un metodo di 'prevenzione generale, o di mercato' e un metodo di 'prevenzione specifica, o collettivo', e quindi a svilupparsi soprattutto nella direzione degli *unintentional torts* (con particolare riferimento alla circolazione stradale) e della responsabilità (oggettiva) da attività imprenditoriale. La cd. deterrenza nostrana non è neppure essa una funzione *della* responsabilità ma, essendo tradizionalmente connessa al presupposto della colpa, esprime un'esigenza morale affidandone la realizzazione a una funzione preventiva, la quale necessariamente tende a palesare un profilo sanzionatorio che riecheggia *mutatis mutandis* un modello penalistico. *Deterrente* nordamericana e cd. deterrenza nostrana hanno in comune una valorizzazione della funzione di prevenzione della responsabilità civile e mirano entrambe a ridimensionare l'invasione degenerativa di una funzione indiscriminatamente compensativa. Ma i loro itinerari divergono – calandosi in una strategia politica e in una logica di mercato, la prima-; ispirandosi esclusivamente a valori costituzionali, la seconda- e proiettano tale divergenza sulla natura dei danni – *lato sensu* punitivi – che all'una e all'altra si ricollegano, nonché sulla misura e sulle modalità del relativo risarcimento». In argomento, si v. anche S. Rodotà, *Presentazione, Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economica-giuridica*, a cura di G. CALABRESI (trad. di A. De Vita, V. Varano, V. Vigoriti), Milano, 1975, IX.; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, pag. 138 ss.

desiderio della società e del privato cittadino di vedere rimossa l'ingiustizia perpetrata»⁷⁷.

Nel sistema statunitense, ove non vige il principio della soccombenza di guisa che ogni parte che agisce in giudizio, sia essa vincitrice o soccombente, è comunque tenuta a corrispondere al proprio difensore gli onorari previsti, i danni punitivi svolgono, di fatto, anche l'ulteriore funzione di '*compensation*' che consente di recuperare le spese processuali eventualmente anticipate dal danneggiato, altrimenti non comprese nel mero risarcimento dei danni⁷⁸.

I danni punitivi hanno origini molto antiche: di essi si trova traccia già nel codice di Hammurabi del 2000 a.C. circa, nelle leggi Ittite risalenti al 1400 a.C., nonché nel codice ebreo della legge di Mosè del 110 a.C. circa⁷⁹. Esempi di danni punitivi si rinvennero anche nel diritto romano, connessi alla concezione all'epoca vigente secondo la quale la funzione principale della responsabilità civile era tanto quella di reagire all'illecito con lo scopo di risarcire il danneggiato, quanto quella di punire il responsabile della lesione⁸⁰. L'archetipo anglosassone, probabilmente di diretta derivazione romanistica, risale al secolo XIII e si identifica con l'istituto dei *multiple damages*, regolamentato da una legge inglese del 1275, la quale prevedeva la sanzione di *double damages* contro i responsabili del *tort* di *trespass*. Nei secoli XIII e XIV tale figura di illecito aveva come scopo la tutela della «inviolabilità della

⁷⁷ Cfr. G.T. SCHWARTZ, *Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment*, in *California Law Review*, 1982, pag. 133 ss.

⁷⁸ Negli USA diversamente dall'Italia è, peraltro, ammessa la stipula di un vero e proprio patto di quota lite – *contingency fee* – tra cliente ed avvocato.

⁷⁹ Cfr. G. PONZANELLI, *I Punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., pag. 436, nota 3; più di recente, cfr. P. SIRENA, *Il risarcimento dei danni cd. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. di dir. civ.*, 2006, I, pag. 531.

⁸⁰ Emblematico al riguardo il caso del *furtum*, punito con una condanna al pagamento di una somma multipla, che poteva arrivare fino a quattro volte il valore della cosa. Sulla storia del furto nel diritto romano v. B. ALBANESE, voce *furto*, introduzione storica, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969, 313 e ss. Con riferimento alla evoluzione della responsabilità civile nella storia, dall'*Actio furti* ai *punitive damages*, cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, pag. 37 ss.

persona e delle cose da questa possedute, contro ogni offesa ed interferenza fisica (*corpore corpori*) da parte di terzi»⁸¹. Nella loro veste odierna, i *punitive damage* sono stati applicati nel Regno Unito nel famoso caso *Huckle v. Money* del 1763⁸². A seguito della colonizzazione l'istituto ha trovato terreno fertile nell'America del Nord, dove il primo precedente giudiziario risale con probabilità al caso *Genay v. Norris* del 1784⁸³. Negli Stati Uniti d'America la più ampia diffusione ed applicazione giurisprudenziale dell'istituto si è avuta a partire dalla seconda metà del XVIII secolo. Il settore in cui i *punitive damages* sono nati storicamente ed in cui si sono in una prima fase sviluppati è senza alcun dubbio quello dei *torts*, ovvero quello degli illeciti civili⁸⁴. L'*American Tort Law*, cioè il sistema di responsabilità civile vigente negli USA, presenta peculiarità che occorre in questa sede richiamare per delineare e comprendere l'ampia diffusione e le modalità applicative dei danni punitivi nel sistema statunitense.

La prima caratteristica dell'*American Tort Law* consiste nel fatto che esso è *State Law*. Ciò significa che la maggior parte delle regole che lo costituiscono derivano dal diritto vigente di ogni Stato dell'Unione e quindi riflettono le peculiarità di ognuno di essi. In altri termini, esistono tanti sistemi di responsabilità civile quanti sono gli Stati dell'Unione. Il

⁸¹ Così espressamente, L. MOCCIA, voce *Common Law*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. III, 1988, 27 ss., il quale sottolinea inoltre la tripartizione di questo illecito in *trespass to person, to land e to chattels*, a seconda che gli interessi sottesi fossero l'integrità o la libertà personale, ovvero il possesso di beni immobili o mobili.

⁸² Il caso riguardava l'arresto senza motivo di un tipografo, privato della libertà per più di sei ore. Nel giudizio che ne seguì, ad istanza del prevenuto, i giudici riconobbero a costui una somma di £ 300, di gran lunga superiore al danno effettivamente subito, sebbene si fosse raggiunta la prova che era stato trattato in maniera civile e corretta.

⁸³ In questo caso un verdetto esemplare è stato emesso nei confronti di un oste per aver aggiunto, per scherzo, in un bicchiere di vino servito ad un avventore del suo locale, una quantità rilevante di *spanishfly*, così provocandogli una malattia nel corpo.

⁸⁴ Come è stato ampiamente evidenziato in dottrina, si v., tra gli altri, U. MATTEI, *Common Law, Il diritto angloamericano*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1992, pag. 332, nel sistema di *common law* vige il principio della tipicità dell'illecito extracontrattuale. Di recente tuttavia tale principio è stato stravolto dall'introduzione del *tort of negligence*, ovvero di un *tort* di generale applicazione, caratterizzato dalle indefinite possibilità applicative, fondato sull'esistenza di un generale dovere di diligenza che incombe su tutti i consociati nell'agire sociale (in proposito, v. L. MOCCIA, voce *common law*, cit. pag. 6).

legislatore federale non interviene nella materia se non occasionalmente e saltuariamente⁸⁵. La seconda caratteristica riguarda il ruolo centrale della giuria quale organo competente a decidere le cause di *torts law*. I membri della giuria sono generalmente dodici e vengono sorteggiati nell'ambito di una lista di cittadini tenuta presso gli albi di ogni Corte distrettuale. La giuria gode di una forte garanzia costituzionale (riconosciuta dal sesto e settimo emendamento della Costituzione federale) e riflette l'esigenza di tutelare le aspettative della società civile, non di rado tende a favorire le richieste avanzate dall'attore (ovvero il danneggiato). Altra caratteristica dell'*American Torts Law* è la *pre-trial discovery* e l'*adversary system* che sono le principali caratteristiche del processo ed evidenziano le regole che presiedono all'assunzione dei mezzi di prova e ne fissano lo svolgimento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'accertamento dei fatti di causa avviene direttamente ad opera delle parti anche fuori dall'aula giudiziaria, ma pur sempre sotto il controllo del giudice. Quarta caratteristica è l'*American Rule*, il quale ha lo scopo di incentivare il ricorso alla giustizia civile da parte dei ceti meno abbienti, i quali non sono in grado di sopportare economicamente gli elevati onorari dei legali americani⁸⁶.

La quinta caratteristica riguarda i *damages* che nel sistema nordamericano si distinguono in base alla funzione perseguita: *compensatory damages*⁸⁷, cioè i risarcimenti aventi finalità restitutoria e

⁸⁵ Quando ciò accade, si palesano problemi di coordinamento tra le due normative, quella statale e quella federale. Sul punto si rinvia a G. PONZANELLI, *Responsabilità da prodotti da fumo: il «grande freddo» dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, parte IV, pag. 450.

⁸⁶ Questo sistema, che come già riferito non contempla il principio della soccombenza ai fini del pagamento delle spese processuali, consente a ciascuna delle parti di pagare gli onorari del proprio avvocato pattuendo con costui un vero e proprio 'patto quota lite' (*contingency fee*), ovvero stabilendo quale onorario una percentuale del risarcimento sperato, con esclusione di ogni pagamento in caso di esito infausto. In Italia il cd. patto quota lite è espressamente vietato, sia dal Codice Deontologico degli avvocati (art. 45), sia dall'art. 2233, comma 3, del codice civile che fa divieto agli avvocati di stipulare con i loro assistiti, anche per interposta persona, alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni.

⁸⁷ Nell'ambito dei *compensatory damages* si individuano ulteriori due sottocategorie e cioè i *general damages* e gli *special damages*. Questi ultimi devono essere allegati e provati dall'attore, sia

riparatoria; i *non compensatory damages*, cioè quei danni aventi una funzione punitiva, deterrente e simbolica. In quest'ultima categoria rientrano sia i *punitive damages* che i *nominal e contemptuous damages*, i quali hanno rispettivamente uno scopo punitivo e deterrente⁸⁸ ovvero una funzione puramente simbolica. Altra caratteristica dell'*American Torts Law* è l'assenza di un sistema di sicurezza sociale – gestito direttamente dallo Stato o, comunque, da soggetti pubblici – che assicuri al danneggiato la copertura delle spese mediche sopportate in conseguenza dell'illecito. In genere tali spese restano a carico della vittima, salvo poi essere trasferite sul soggetto responsabile tramite il sistema di responsabilità civile, la quale, così operando, di fatto svolge, in maniera più o meno esplicita, anche una funzione di sicurezza sociale. Ultima caratteristica è rappresentata dalla possibilità, in taluni casi di agire in giudizio mediante un'azione di gruppo (*class action*). Questa possibilità è di fondamentale importanza nei casi di '*mass tort cases*', cioè nei casi di illeciti in cui sono coinvolti un numero indeterminato di persone. La *class action* costituisce un'azione giudiziaria condotta dal singolo rappresentante di una categoria o di un gruppo (la *class*) contro un determinato soggetto che, a date condizioni legalmente previste, consente di estendere gli effetti favorevoli del giudizio in favore di tutti coloro che appartengono a quella categoria.

Con riferimento al procedimento di concessione dei *punitive damages*, occorre evidenziare che affinché vi possa essere una condanna estesa ai danni punitivi non è sufficiente aver posto in essere un illecito civile. Ai fini della loro concessione occorrono ulteriori presupposti: in

nell'an che nel suo preciso ammontare, anche ricorrendo eventualmente a presunzioni (*presumptive damages*). I *general damages*, nei quali rientrano anche il danno morale e quello soggettivo (*damages for pain and suffering*), richiedono invece soltanto la prova dell'*an* e non quella sul *quantum*, trattandosi di danno non patrimoniale e come tale liquidato discrezionalmente dalla giuria.

⁸⁸ Come sottolinea G. PONZANELLI in *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 438 i giudici americani richiamano costantemente nelle loro motivazioni *punishment* e *deterrence*.

primo luogo che il danneggiante abbia posto in essere la condotta con *malice* (dolo o comunque mala fede)⁸⁹, requisito quest'ultimo che si ricollega alla funzione di retribuzione (*punishment*) propria dei danni punitivi⁹⁰. Accanto alla *malice* la giurisprudenza ritiene sufficiente anche il requisito della *gross negligence*⁹¹. Riguardo alle modalità di accertamento dell'elemento soggettivo, la giurisprudenza dominante ritiene della *malice* si debba dare una prova diretta e visibile, non essendo sufficiente una *implied malice*⁹². Inoltre, la presenza dell'elemento soggettivo deve essere accertato in giudizio ed apprezzato dalla giuria, alla quale compete in via di principio il compito di stabilire discrezionalmente sia l'*an* che il *quantum* dei danni punitivi. Una questione molto delicata riguarda i rapporti tra la Corte e la Giuria. Alla prima compete l'accertamento dell'esistenza di una prova chiara ed evidente (una *evidence*) per la concessione dei danni punitivi. Stabilita l'*evidence*, spetterà quindi alla giuria ogni potere sulla concessione e quantificazione dei danni punitivi, anche se in merito all'*an*, la giuria non di rado prende in considerazione eventuali suggerimenti forniti dalla Corte medesima. Circa il *quantum*, la giuria in ogni caso non ha un

⁸⁹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a RILEY, *Punitive damages: the doctrine of just Enrichment*, in *27 Drake Law Reviv*, 1977-1978, pag. 227 ss.

⁹⁰ Come è stato giustamente sottolineato da G. PONZANELLI in *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit. p. 447, il requisito della *malice* costituisce il momento di raccordo tra l'origine storica degli illeciti civili, strettamente legata all'illecito penale, e la loro versione attuale nella quale la tradizione è rimasta, ma cambiando ed assumendo la peculiarità di una sanzione penale: quella appunto dei *punitive damages*.

⁹¹ Il settore dove si ritiene sufficiente la *gross negligence* per la concessione dei danni punitivi è, ad esempio, quello della responsabilità automobilistica e della responsabilità del produttore. In realtà per gli ordinamenti di *common law* non rileva tanto il grado di intensità del comportamento colposo, quanto l'esistenza o meno della colpa sulla base della diligenza richiesta ad un *reasonable man* del caso concreto. Queste considerazioni non valgono per il bailee, cioè per colui che pur non essendo un *servant* riceve in possesso una cosa da altri con l'obbligo di custodirla, restituirla o consegnarla. Infatti, nell'ipotesi in cui l'accordo di *bailement* è costituito soltanto nell'interesse del *bailor*, il *bailee* risponderà soltanto per colpa grave (*gross negligence*), se invece il *bailement* è conferito esclusivamente nell'interesse del *bailee*, quest'ultimo sarà tenuto alla massima diligenza, infine se è stato istituito nell'interesse di entrambi, il *bailee* dovrà comportarsi secondo il parametro dell'ordinaria diligenza. Un'altra eccezione alla regola generale dell'irrelevanza del diverso grado della colpa in *common law* può essere rilevata proprio nell'ambito dei *punitive damages* dove ai fini della liquidazione rileva l'atteggiamento dell'autore del danno.

⁹² Sul punto cfr. G. PONZANELLI in, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit. p. 447.

potere assoluto: a parte le limitazioni di carattere normativo poste dai singoli Stati ovvero quelle poste dalla prassi giurisprudenziale e, di recente, della Suprema Corte, nel giudizio di quantificazione la giuria normalmente tiene conto del carattere dell'azione posta in essere, della natura e dell'estensione del danno causato dal responsabile e delle sue condizioni economiche e sociali. Ed inoltre in genere si pretende che i verdetti si basino su una *raesonable proportion* tra danni compensativi e quelli punitivi. Ad ogni modo tali limitazioni non hanno impedito alle giurie di emettere condanne per danni punitivi incredibilmente alte, soprattutto nel settore della responsabilità del produttore.

2. La condanna al pagamento dei danni punitivi è frequente in quei casi ove si intende sanzionare «una certa condotta per il suo carattere doloso, oppressivo, oltraggioso, o per la gravità del danno sociale arrecato, soprattutto quando mancherebbe altrimenti una effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli attuali parametri»⁹³. La loro concessione avviene anche in quei casi in cui il fatto illecito sia posto in essere con *gross negligence*, mentre è esclusa nei casi di semplice *negligence*. I *punitive damages* trovano larga applicazione allorché un fatto particolarmente riprovevole arrechi pregiudizio ad un diritto fondamentale della persona umana, quale ad esempio la vita, l'integrità psico-fisica e la libertà personale, o ancora l'onore, la reputazione o la privacy. Inoltre, essi non di rado trovano riconoscimento anche a fronte di pregiudizi di natura patrimoniale, come la lesione del possesso di beni mobili e immobili, nonché nei casi in cui è possibile ravvisare un *surplus* di profitti da parte del responsabile rispetto al danno patrimoniale effettivamente subito dal danneggiato⁹⁴.

Con riferimento alla tutela della vita, dell'integrità fisica e della salute, i danni punitivi sono stati concessi ampiamente nel settore della circolazione automobilistica, allorché viene accertata una ipotesi di *gross negligence* da parte del conducente (ad es. il cd. *delinquent driver*)⁹⁵. In materia di lesione all'onore e alla reputazione i danni punitivi venivano concessi ampiamente in ipotesi di diffamazione sia nel caso di *libel* (diffamazione a mezzo stampa) sia in ipotesi di *slander*

⁹³ S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Digesto discipline privatistiche*, Torino, 1995, p. 351.

⁹⁴ P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, p. 49.

⁹⁵ Tipico il caso del guidatore che guida a luci spente all'interno di un centro abitato, investendo una persona e cagionandone la morte (cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit. p. 446, nota 35).

Altro esempio di particolare gravità, sempre con riferimento alla tutela della vita e della salute, riguarda un caso di incidente nucleare. Il caso riguardava il dipendente di una società operante nel settore nucleare (la *Ker McGee Corp.*), rimasto vittima di contaminazioni radioattive a seguito di un incidente nucleare (in proposito si v., A. Palmieri, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, cit., pag., 184 ss.).

(ingiuria), in presenza di una particolare *malice* da parte del diffamatore, ovvero allorché era provata la sua intenzione di nuocere alla persona offesa⁹⁶. Tuttavia, questo orientamento ha subito un radicale mutamento nei sistemi di *common law* a seguito della decisione della Corte Suprema degli USA del 1964 sul caso *New York Times v. Sullivan*, con la quale, in ottica di contemperamento tra libertà di stampa e di parola (tutelata dal primo emendamento della Costituzione americana) e l'onore e la reputazione delle persone, sono stati dettati criteri più restrittivi per la concessione dei danni punitivi⁹⁷.

L'applicazione dei danni punitivi si riscontra anche con riferimento alla violazione della riservatezza e dei dati personali contenuti in banche dati, specie nel caso in cui dette violazioni siano sistematiche e programmate, mediante la diffusione o finanche la commercializzazione dei dati senza il consenso dell'interessato⁹⁸.

I *punitive damages* hanno suscitato particolare interesse nei casi cd. *mass tort cases*, cioè nei casi di illeciti che coinvolgono un numero indeterminato di persone. Si pensi ad esempio ai cd. *asbestos litigation* cioè ai danni causati dall'uso dell'amianto, o ai danni alla salute dei

⁹⁶ Cfr. P. GUIDA, *La diffamazione a mezzo stampa in common law: profili civilistici*, in MALCHIONDA-PASCUZZI, *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa*, Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento il 18 marzo 2005, Trento 2005, p. 355.

⁹⁷ Cfr. E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: I casi Txo production corporation v. Alliance resources corporation e AB v. soth west water services Ltd*, cit., pag. 92, nota 28. Il processo di ridimensionamento delle condanne si è poi consolidato con la decisione in merito al caso *Gertz v. Welch* del 1974, la quale ha introdotto due distinti regimi di responsabilità per il *tort* di diffamazione: 1) quella di *common law*, che regola la diffamazione tra privati cittadini, dove l'illecito è legato alla colpa del soggetto attivo; 2) quella introdotta dalla Suprema Corte, che regola le ipotesi di diffamazione nei casi in cui il soggetto attivo si sia valso di un mezzo di comunicazione di massa, la cui disciplina prevede due sottofattispecie: quella in cui il diffamato sia un personaggio pubblico o comunque una persona che ricopre un pubblico ufficio (*public official o figure*) e quella in cui la persona offesa è un privato cittadino (*private figure*). Nel primo caso, per ottenere il risarcimento dei danni, siano essi compensativi o punitivi, chi si assume diffamato deve dimostrare il dolo del soggetto agente. Nel secondo caso (cioè di *private figure*), l'offeso per ottenere il risarcimento dei danni *compensatory* dovrà dimostrare semplicemente la colpa del responsabile; se invece chiede la concessione dei danni punitivi dovrà dimostrarne il dolo.

⁹⁸ E. URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Diritto comparato ed europeo*, 2001, c. 2044.

cittadini dovuti a determinati interventi sanitari (come ad es. l'uso del silicone dei *breast implants*) e, più in generale all'uso di farmaci o prodotti contenenti sostanze tossiche. Da ciò ne consegue l'ampia casistica riguardante la responsabilità dei produttori per danni causati da prodotti difettosi e/o dannosi che senza dubbio rappresenta l'ambito in cui si è assistito ad una crescente applicazione dei danni punitivi e che ha più contribuito a far conoscere il rimedio fuori dai confini statunitensi, soprattutto in conseguenza delle condanne esemplari pronunciate in danno di alcune imprese nordamericane⁹⁹.

Secondo l'opinione tradizionale i danni punitivi trovano applicazione allorquando il fatto riprovevole costituisca un illecito civile (*tort*), regolato dal *law of tort*, e, pertanto, essi non sono concessi quando il fatto integri un inadempimento contrattuale, regolato dal *law of contract*¹⁰⁰. Detta impostazione, che si fonda sull'assunto secondo cui i danni non patrimoniali, *in primis* quelli punitivi, sarebbero fonte di pericolose incertezze in un settore quale quello commerciale che necessita di certezze per garantire il progresso economico, è stata oggetto di profonda rivisitazione alla luce delle non infrequenti deroghe registratesi nel tempo¹⁰¹. Il ricorso ai *punitive damages* è infatti diventato elastico, e superando il confine dei *torts* ha trovato applicazione in un'ampia gamma di ipotesi prima escluse. Una delle prime eccezioni al principio tradizionale riguardava le società esercenti un pubblico servizio, le quali potevano rispondere anche dei danni punitivi se non adempivano le obbligazioni assunte nei confronti del pubblico¹⁰². Il

⁹⁹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia al parag. successivo.

¹⁰⁰ Ciò trova conferma sia negli autorevoli enunciati del *Restatement of Contracts*, sia nella giurisprudenza tradizionale delle Corti nordamericane. Per i vari riferimenti giurisprudenziali si v. G. PONZANELLI, *I Punitive damages nell'esperienza nordamericana*, p. 476.

¹⁰¹ V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento giuridico italiano: un approccio comparatistico ai punitive damages di common law*, cit., pag. 122.

¹⁰² Per una ricostruzione storica delle eccezioni al principio tradizionale si rinvia ancora a G. PONZANELLI, *I Punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 470 ss.

riconoscimento dei danni punitivi veniva effettuato, non in forza dell'esistenza di un contratto, bensì sul presupposto di una superiorità economica di una delle parti ovvero sulla presenza di un vero e proprio abuso di una parte sull'altra. Già all'inizio del secolo scorso i danni punitivi sono stati concessi per la prima volta sul presupposto della violazione di una relazione fiduciaria esistente tra due soggetti e, quindi, nell'ambito di una vicenda *tout court* contrattuale. Il *leading case* da cui si è preso spunto per operare tale riconoscimento risale al giudizio *Welborn v. Dixon*¹⁰³ nel quale la scelta se concedere o meno i danni punitivi non è stata condizionata dalla formale distinzione tra *tort o contract*, ma semplicemente si è basata sulla presenza di un fatto antiggiuridico particolarmente riprovevole cui bisognava porre rimedio, anche attraverso il ricorso dei danni punitivi. Più di recente, i danni punitivi sono stati riconosciuti in caso di inadempimento contrattuale dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1996, nel giudizio *BMW of North America Inc. v. Gore*. La Corte condannò il concessionario-distributore BMW al pagamento di una somma di 50 mila dollari a titolo di danni punitivi per aver omesso di dire al proprio acquirente Gore che l'autovettura da questi acquistata non era perfettamente nuova e, quindi, per posto in essere una vera e propria frode negoziale ed una violazione del contratto medesimo. Altro caso di concessione di danni punitivi in ambito contrattuale sancito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti risale al

¹⁰³ La vicenda riguardava la concessione di un mutuo garantito dalla contemporanea cessione di alcuni terreni, con l'intesa che, una volta ripagato il debito, le proprietà medesime sarebbero state nuovamente trasferite dal creditore al debitore (una sorta di *pactum fiduciae*, più precisamente di *fiducia cum creditore*). Tuttavia il mutuante-creditore, violando l'intesa alienò i terreni ad un terzo, il quale – ignorando l'esistenza del patto ed essendo in buona fede fece salvo il proprio acquisto. Al debitore-mutuatario che aveva perso irrimediabilmente i beni dati in garanzia, furono riconosciuti, oltre al risarcimento del danno effettivo, anche i *punitive damages*, sulla base del comportamento fraudolento del creditore. Altro caso significativo al riguardo è quello *Boise Dodge Inc. v. Clark* del 1969. La vicenda riguardava l'acquisto di un'auto venduta come nuova, ma che in realtà non lo era poiché il concessionario ne aveva manomesso il contachilometri. In tale giudizio la Corte dell'Idaho ha riconosciuto all'acquirente anche i danni punitivi, in quanto si trattava di un fatto particolarmente riprovevole, commesso dal danneggiante con malice, a nulla rilevando la formale qualificazione giuridica dell'operazione (contratto) posta in essere dalle parti.

1993 per una presunta violazione della clausola di *due process of law* di cui al quattordicesimo emendamento della Costituzione federale¹⁰⁴.

L'applicazione del rimedio in commento in ambito contrattuale si verifica frequentemente nel settore assicurativo, poiché le società assicuratrici tengono sovente nella fase formativa ed esecutiva del contratto condotte fraudolente o comunque lesive dell'impegno di buona fede (*covenant or implied duty of good faith*), particolarmente rilevante negli accordi caratterizzati da una profonda disparità di potere economica tra le parti contraenti. Come osservato in dottrina¹⁰⁵, le ipotesi in cui le compagnie di assicurazione sono state condannate al pagamento dei danni punitivi sono sostanzialmente riconducibili a due gruppi coincidenti con le due diverse fasi del contratto quella formativa e quella esecutiva.

Nel *leading case Wetherbee v. United Ins. Co.* del 1968, ad una società assicuratrice è stata inflitta una condanna estesa ai danni punitivi particolarmente dura, in quanto il comportamento fraudolento della società integrava una grave ipotesi di responsabilità precontrattuale ed aveva dirette ripercussioni sul contenuto patrizio.

Con riferimento alla fase di esecuzione del contratto, molti sono i casi in cui si evidenzia la *mala gestio* da parte della compagnia assicuratrice. L'ipotesi più ricorrente è quella del danneggiato che riesce ad ottenere in sede giudiziale un risarcimento superiore a quello del

¹⁰⁴ Trattasi del caso *Txo Production Corp. V. Alliance Resources Corp* riportato in Foro it., 1994, parte IV, p. 92, con nota di G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi*, in Foro it., parte IV, 1994, c. 92, ss. La vicenda riguardava la società Txo che dopo aver individuato un giacimento di petrolio stipulò un contratto con la società proprietaria del terreno *Alliance* al fine di ottenere il permesso per sfruttare il giacimento. L'accordo prevedeva un riconoscimento economico molto favorevole ed importante per la società proprietaria dell'area. La Txo resasi conto del pessimo affare concluso cercò di rivedere i termini dell'accordo, e citò in giudizio l'*Alliance* paventando un possibile caso di evizione, asserendo che l'*Alliance* non era la sola proprietaria dell'area. Nel giudizio la Txo fu condannata al risarcimento dei danni compensatory (per 19 mila dollari) ed *exemplary* (10 mila dollari) poiché si accertò che il giudizio intentato dalla Txo era pretestuoso e finalizzato alla risoluzione del precedente accordo a d essa sfavorevole.

¹⁰⁵ Cfr, G. PONZANELLI, *I Punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 482, nota 153 bis.

massimale previsto nella polizza dell'assicurato-danneggiante, con la conseguenza che la maggiore differenza viene posta a carico di costui. Talvolta accade che l'assicurato-danneggiante intenti un giudizio contro la propria assicurazione per dimostrare sia che la Compagnia avrebbe potuto comporre la vertenza in sede stragiudiziale per un importo pari o inferiore a quello del massimale e, dall'altro lato che detta composizione non è stata possibile per mala fede o colpa grave (*gross negligence*) da parte dell'assicuratrice. Un caso di *mala gestio* è giunto all'attenzione della Suprema Corte nell'anno 2003 (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Prece Campbel*) e riguardava un incidente automobilistico non definito in via stragiudiziale dall'assicuratore, nonostante le contrarie indicazioni del proprio ufficio interno.

In una famosa controversia di rilievo internazionale (*Texaco Inc. v. Pennzoil, Tex App. 1987*), i danni punitivi sono stati comminati anche in ipotesi di responsabilità extracontrattuale del terzo (*Texaco*) per lesione del diritto di credito (della *Pennzoil*) alla stipulazione di un contratto definitivo (con la *Getty Oil*). La *Texaco* venne condannata al pagamento di circa tre miliardi di dollari a titolo di *punitive damages* per la sua condotta di *tortious interference*, per aver in sostanza maliziosamente condizionato la società venditrice *Getty Oil* a non vendere le quote alla società *Pennzoil* – con la quale aveva sottoscritto in precedenza un accordo preliminare – e, dunque, per averla indotta ad un inadempimento contrattuale.

3. Un altro settore in cui si è assistito ad una crescente applicazione dei danni punitivi è quello della *products liability*¹⁰⁶. Come già accennato, questo settore ha contribuito a far conoscere l'istituto di là dai confini degli Stati Uniti, soprattutto a seguito delle elevate condanne pronunciate in danno di alcune imprese nord-americane.

Nell'ordinamento statunitense, la responsabilità del produttore non si basa su un giudizio di responsabilità colposa, ma si fonda sul principio della *strict liability*, e cioè sul mero fatto obiettivo di aver collocato sul mercato un prodotto dannoso o difettoso (*dangerous o defective*). L'esigenza che sta alla base di tale sistema – che si è affermato negli USA a partire dagli anni settanta dello scorso secolo- è quello di far gravare sul produttore del bene difettoso tutti i costi di una determinata attività, e ciò per tre principali ragioni. *In primis*, perché costui è in grado di far gravare tali costi sul prezzo finale del prodotto e, quindi, è in grado di internalizzare anche il costo sociale dell'attività. *In secundis*, perché si ritiene giusto che il produttore, traendo beneficio dalla attività medesima, sopporti anche le conseguenze negative che da essa derivino. Infine, perché il produttore, essendo il soggetto che più di ogni altro può intervenire sul prodotto difettoso onde scongiurare eventuali conseguenze nocive per i consumatori (ad es. ritirandolo dal mercato, eliminandone il vizio o il difetto, etc.), deve essere stimolato in questo senso. E non v'è dubbio che la responsabilità oggettiva possa costituire una spinta valida ed efficace in questo senso, se non altro perché pone l'imprenditore davanti alla seguente alternativa:

- a) intervenire immediatamente sul prodotto;
- b) risarcire tutti i soggetti danneggiati, i quali a tal fine dovranno dimostrare soltanto la difettosità del prodotto e del nesso causale

¹⁰⁶ Cfr. G. PONZANELLI, *I Punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., pag. 450.

tra tale difetto e il danno da loro subito, a prescindere dallo stato soggettivo, doloso o colposo, in cui versava il produttore.

Definite così le cose, è necessario comprendere come i danni punitivi, basati su una particolare condotta del soggetto produttore, si concilino con la *strict liability*, la quale prescinde da ogni ricerca in merito allo stato psicologico del soggetto agente, per basarsi sul mero dato oggettivo di aver collocato sul mercato un prodotto difettoso o dannoso.

In realtà *punitive damages* e *strict liability* possono coesistere perché le relative regole operano su piani diversi. Ed infatti, in un giudizio di responsabilità del produttore, il soggetto danneggiante potrebbe limitarsi a chiedere soltanto il risarcimento dei danni subiti, all'uopo provando la difettosità o dannosità del prodotto ed il nesso causale tra questo ed il danno subito, a prescindere da ogni indagine sull'elemento soggettivo. Ma il medesimo danneggiato potrebbe anche spingersi oltre e chiedere che la condanna venga estesa a danni punitivi. Tuttavia in tal caso il danneggiato, oltre alla difettosità o dannosità del bene, in applicazione dei principi generali in materia di *punitive damages*, dovrà allegare e provare anche la particolare riprovevolezza nella condotta del danneggiante, e cioè la *malice* o la *gross negligence* da parte del produttore. Stando così le cose, sul piano logico-giuridico, non pare che si possa postulare una incompatibilità tra danni punitivi e responsabilità oggettiva.

In dottrina sono stati individuati alcuni tipi di attività delle società produttrici, a cui la giurisprudenza statunitense ha ritenuto applicabili i *punitive damages*. In primo luogo, quando vi sia un'attività commerciale fraudolenta (*fraudolent-type misconduct*) da parte del produttore. In applicazione di tale criterio, è stata pronunciata condanna ai danni punitivi contro una società farmaceutica, la quale, falsificando i risultati

sperimentali volti a permettere la regolare commercializzazione dei prodotti testati, aveva ingannato la *Food and Drug Administration*, ottenendo così la licenza per la commercializzazione di prodotti di cui essa stessa aveva accertato la loro natura pericolosa.

L'altro gruppo di attività cui la giurisprudenza ricollega l'applicabilità dei danni punitivi riguarda la violazione, da parte delle società produttrici, delle previsioni concernenti gli *standard* di sicurezza presenti nei prodotti.

In tali casi, qualora il danneggiato riesca a dimostrare che l'azienda ha prodotto i beni in aperta violazione delle disposizioni normative o regolamentari che fissano i requisiti di sicurezza dei prodotti, si avrà di norma una pronuncia favorevole in ordine alla concessione dei danni punitivi.

Il terzo gruppo riguarda la non adeguata verifica e controllo dei prodotti (*inadequate testing or quality control*). Tuttavia, in tali casi non ogni negligenza importa una automatica condanna ai danni punitivi. In genere si ritiene che sia necessaria una violazione evidente di tali doveri di controllo e, quindi, una *gross negligence*.

Il quarto gruppo riguarda la responsabilità del produttore per non aver eliminato i difetti conosciuti o quelli facilmente conoscibili (*Post-marketing failure to remedy known damages*). Secondo l'orientamento della giurisprudenza statunitense, la società produttrice è tenuta a controllare il prodotto, anche quando questo è ormai uscito dalla sua sfera di disponibilità. L'omissione colposa o gravemente colposa di tale dovere può essere sanzionata, non solo con la condanna ai *compensatory damages*, ma anche tramite il riconoscimento dei danni punitivi. Al riguardo, un famoso caso ha suscitato molto clamore negli Stati Uniti¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Si tratta del caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, riportato da G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit. pag. 457.

I fatti riguardano un difetto di progettazione e fabbricazione di un modello di automobile della nota casa automobilistica Ford, una delle quali, una volta immessa sul mercato, causò la morte del proprietario ed il ferimento di altre persone a causa dello scoppio del serbatoio di carburante (appena) urtato da un'altra auto. Durante il processo si accertò che la Ford era a conoscenza dell'estrema delicatezza dei materiali con cui venivano costruiti i serbatoi delle autovetture in questione, ma, anziché ritirare il prodotto dal mercato ed operare l'eliminazione dei vizi riscontrati, decise di continuare a vendere gli autoveicoli. Per tale motivo alla società in questione fu inflitta una condanna a titolo di danni punitivi per 3,5 milioni di dollari.

Anche la risposta inadeguata o insufficiente ai reclami ed alle segnalazioni (*consumer complaints*) di guasti o di difetti legati alla sicurezza e all'incolumità degli acquirenti di determinati beni può giustificare la concessione di danni punitivi. Così ad esempio è avvenuto nel caso *Ford Motor Company v. Novak del 1982*. In giudizio si accertò che per molti anni la compagnia aveva ricevuto numerose lamentele e segnalazioni riguardanti incidenti cagionati a seguito del difetto alla trasmissione dell'auto. La Corte condannò il produttore al pagamento dei danni punitivi, essendosi quest'ultimo limitato ad integrare il solo manuale delle istruzioni di guida, senza eliminare il difetto nell'auto. L'ultimo gruppo di attività riguarda le cd. ipotesi di *failure to warn*. In tali casi il comportamento che fonda l'azione civile, anche per i danni punitivi, consiste nella mancata comunicazione da parte del produttore di un idoneo avvertimento al fine di rendere edotto il consumatore dei pericoli legati all'uso del prodotto, onde assicurare un accettabile livello di sicurezza durante il suo utilizzo.

Nell'ambito della responsabilità del produttore si suole inquadrare anche la *tobacco litigation*, cioè i giudizi promossi contro le aziende

produttrici di sigarette per i danni da fumo¹⁰⁸. Le ragioni del successo di tali giudizi sono riconducibili a diversi fattori. In primo luogo, perché si tratta di azioni promosse da un numero indeterminato di attori mediante lo strumento della *class action*. In secondo luogo, per motivi di carattere ‘politico’, considerato che numerosi Stati dell’Unione hanno sostenuto l’iniziativa processuale dei fumatori, chiedendo in proprio alle imprese produttrici di tabacco la corresponsione di somme ragguardevoli a titolo di risarcimento, a causa degli alti costi sopportati dalle casse statali per garantire adeguati trattamenti sanitari alle persone affette da malattie legate all’uso del tabacco¹⁰⁹. In terzo luogo perché si è andata affermando nelle Corti un nuovo convincimento riguardo all’idea dell’illecito civile, in forza della quale, al di là dell’identificazione dell’effettivo responsabile, il giudizio di responsabilità viene ammesso ‘nei confronti di chi (normalmente impresa) è in grado di risarcire una perdita che, secondo i criteri holmesiani, non potrebbe in alcun modo essere riparata’¹¹⁰. In altre parole, in forza di tale convincimento, per i danni da fumo, si è andata affermando una sorta di *collective liability* da parte delle imprese produttrici di tabacco. Di certo la ragione che più di ogni altra ha determinato il successo della *tobacco litigation* è da ricercarsi sul piano culturale, e cioè nel venir meno del presupposto che in precedenza aveva sorretto le decisioni delle giurie, ossia la libera scelta del fumatore ed il connesso criterio dell’accettazione del rischio. Nel corso degli anni Ottanta dello scorso secolo è cambiato la concezione del fumatore: da soggetto irresponsabile egli è venuto ‘vittima’ del tabacco e di chi lo produce per via degli effetti di

¹⁰⁸ Cfr. G. PONZANELLI, *Responsabilità da prodotti da fumo: il «grande freddo» dei danni punitivi*, cit., pag. 450 ss.; Id., «*Class action*», *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in *Foro it.*, 1995, parte IV, pag. 305 ss.

¹⁰⁹ Cfr. G. PONZANELLI, «*Class action*», *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, cit., pag. 305 ss.

¹¹⁰ Cfr. G. PONZANELLI, *Responsabilità da prodotti da fumo: il «grande freddo» dei danni punitivi*, cit., pag. 453.

dipendenza ed assuefazione dello stesso e che ne limitano fortemente la libertà.

In ultimo è doveroso osservare che il riconoscimento dei danni esemplari nei casi di responsabilità del produttore ha comportato talune distorsioni rispetto alla disciplina generale dei *punitive damages* tali da comportarne una progressiva deformazione¹¹¹.

¹¹¹ Sul punto, si rinvia ancora a G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit. pag. 470.

4. La pratica diffusa del riconoscimento della risarcibilità dei danni punitivi da parte delle Corti degli Stati Uniti ha suscitato una critica altrettanto diffusa. Molti uffici giudiziari al di fuori del territorio degli Stati Uniti (soprattutto nei Paesi ad ordinamento di *civil law*) non delibano e non eseguono le sentenze ove sia stato riconosciuto un risarcimento punitivo, sicché i soggetti cui tali risarcimenti siano stati accordati rischiano di rimanere privi di tutela laddove i destinatari delle condanne non siano cittadini americani.

Tuttavia, anche nell'ambito dell'ordinamento federale degli U.S.A. non mancano problematiche legate al mancato ovvero limitato recepimento delle sentenze in materia di danni punitivi.

Tre Stati (Louisiana, Massachusetts e Nebraska) non riconoscono i danni punitivi; altri due (Michigan e Connecticut) li ammettono con notevoli limitazioni.

Le maggiori preoccupazioni della dottrina e del potere giudiziario in ordine ai danni punitivi sembrano scaturire dal presunto carattere dell'imprevedibilità dei medesimi.

Recenti studi empirici sui danni punitivi hanno sminuito tali preoccupazioni, riscontrando come in molti casi l'ammontare dei danni punitivi riconosciuti e liquidati sia stato prevedibile e congruo.

Il meccanismo ricognitivo di un danno punitivo può comunque essere potenzialmente idoneo a determinare un effetto generalizzato di deterrenza eccessiva, il che può aumentare le poste risarcitorie pattuite in via transattiva a carico della parte più spaventata dall'esito della lite ed a scapito dell'effettiva ripartizione delle responsabilità tra i litiganti; ciò ha indotto alcuni autori ad auspicare l'introduzione di criteri di regolamentazione della risarcibilità dei danni punitivi.

Ed invero due decenni fa nell'ordinamento federale statunitense si è sviluppato un dibattito teso all'elaborazione di un modello di regolamentazione della risarcibilità dei danni punitivi tuttora in corso.

Altra critica in subiecta materia si è incentrata sul presunto carattere di iniquità dei danni punitivi.

Alcuni autori hanno infatti sostenuto che, connotandosi anche di un profilo penalistico, laddove riconosciuti in forza di disposizioni normative di carattere procedurale che non prevedano adeguate garanzie per i presunti danneggiati convenuti in giudizio come tali, i danni punitivi rischiano di creare situazioni ingiuste.

Inclini pure importanti pronunce giurisprudenziali: nelle cause “Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc. 492 U.S. 257, 286-87” (O'Connor parzialmente concorde e parzialmente dissenziente) e “Philip Morris II, 549 U.S. 346, 359 n.1” (Stevens dissenziente), la Corte Suprema ha affermato che i danni punitivi hanno le medesime funzioni delle sanzioni penali e come tali devono essere presi in considerazione.

Sarebbe quindi auspicabile che le mentovate disposizioni normative di carattere procedurale venissero applicate anche a quei processi civili in cui l'attore invoca la condanna del convenuto al risarcimento di un danno punitivo a proprio favore.

Il quattordicesimo Emendamento della Carta Costituzionale degli Stati Uniti d'America prevede che il soggetto imputato in un processo penale possa essere condannato soltanto ove la sua colpevolezza sia provata oltre ogni ragionevole dubbio; ciò consente di evitare che la condanna penale scaturisca da imprecise configurazioni della vicenda controversa ovvero da pregiudizi positivi e negativi dei decidenti.

Nella giurisprudenza statunitense non sono mancati casi di diniego di riconoscibilità del danno punitivo a cagione di un pregiudizio dei decidenti.

Ad esempio, nella causa “Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Gault, 627 S.E.2d 549, 551-54”, la Corte Suprema sentenziò che un residente della Georgia non avesse diritto a ricevere un risarcimento punitivo da parte di un produttore di sigarette perché il produttore stesso s’era in precedenza accordato con lo Stato attraverso una transazione di cospicuo valore economico.

Non bisogna tuttavia sottacere che i danni punitivi e le sanzioni penali presenta una differenza fondamentale di scopo: i primi presidiano interessi privati, le seconde proteggono interessi pubblici.

Dal che scaturisce che la commisurazione dell’ammontare di un danno punitivo è determinata di volta in volta dalle circostanze di specie, mentre la misura della sanzione penale è predeterminata *ex lege*.

Non risponde comunque al vero la considerazione dell’imprevedibilità dei danni punitivi.

Le sentenze che hanno riconosciuto risarcimenti smisurati sono passate alla storia proprio perché eccezionali ed inusuali.

Studi statistici hanno infatti dimostrato che il quoziente del rapporto tra *compensatory damages* e *punitive damages* è inferiore a 1¹¹².

Quanto invece alla riconduzione ad equità delle condanne punitive, due autori (Cooter and Ulen) hanno proposto il sistema di calcolo della deterrenza ottimale (DO).

In particolare il parametro testé cennato “DO” è dato dalla moltiplicazione dell’importo risarcitorio compensativo (coefficiente “C”) per un moltiplicatore (coefficiente “M”) rappresentato dalla percentuale

¹¹² SCHUBERT, *Simplifying punitive damages in the U.S.: due process and the pursuit of manageable awards and procedures*, in *European Journal of Consumer Law*, 2011, disponibile in http://www.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/pdfs/punitive_damages_09242010.pdf

– calcolata statisticamente – dei soggetti che il danneggiante avrebbe potuto danneggiare con la propria condotta pregiudizievole; dunque si avrebbe la seguente formula: $DO=C*M$ ¹¹³.

¹¹³ COOTER–ULEN, *Law & Economics* 396-97 (Denise Clifton ed., Pearson Education, 5th ed. 2008).

CAPITOLO II

I PUNITIVE DAMAGES NEI PRINCIPALI ORDINAMENTI GIURIDICI NAZIONALI D'EUROPA

Sommario: 1. L'esperienza inglese. 2. L'esperienza tedesca. 3. L'esperienza francese. 4. L'esperienza elvetica.

1. L'istituto dei *punitive damages*, nell'accezione moderna del diritto¹¹⁴, nasce in Inghilterra nella seconda metà del Settecento, allorché le Corti iniziano a riconoscere i c.d. danni punitivi nei casi in cui il responsabile di un illecito civile avesse tenuto una condotta particolarmente riprovevole, maliziosa o che, comunque, denotasse una specifica volontà di cagionare un danno alla vittima¹¹⁵. Così nei casi di lesione alla integrità fisica, di violazione della libertà personale, di diffamazione, di violazione del diritto di proprietà¹¹⁶.

Nonostante la nascita inglese, i *punitive damages*, meglio conosciuti come *exemplary damages*, non hanno ottenuto largo seguito in

¹¹⁴ PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana* in *Rivista di diritto civile*, 1983, 435 ss., esaminando l'istituto, ne ritrova traccia sin da epoche remote, e già nel Codice di Hammurabi del 2000 a.C., nelle leggi ittite del 1400 a.C., nonché nelle leggi mosaiche del 110 a.C. circa. Anche nel diritto romano sono presenti esempi di danni punitivi, da ricollegare alla concezione vigente all'epoca, secondo la quale la principale funzione della responsabilità civile era quella di punire il responsabile della lesione e non tanto quella di risarcire la vittima. Nell'ambito del diritto romano, valga da esempio il caso del *furtum*, punito con una condanna al pagamento di una somma multipla, che poteva arrivare fino a quattro volte il valore della cosa. Con particolare riferimento al diritto romano ed alla evoluzione della responsabilità civile nella storia cfr. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

¹¹⁵ PONZANELLI, *I punitive damages*, cit., 436, sottolinea come l'archetipo anglosassone, di diretta derivazione romanistica, sia risalente al secolo XIII e si identifichi con l'istituto dei *multiple damages* regolamentato da una legge del 1275. Tale legge prevedeva la sanzione dei *double damages* contro i responsabili del *tort di trespass*. MOCCIA, voce *Common Law*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. III, 1988, 27 ss., nei secoli XIII e XIV tale figura di illecito aveva lo scopo di tutelare l'inviolabilità della persona e delle cose da questa possedute, contro offese ed ogni tipo di ingerenza fisica da parte di terzi. L'illecito è ripartibile in *trespass to person, to land, to chattles*, a seconda che gli interessi sottesi fossero l'integrità e/o la libertà personale, ovvero il possesso di beni immobili o mobili.

¹¹⁶ Si pensi ai celeberrimi casi *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*, entrambi del 1763. L'istituto è stato applicato per la prima volta in Inghilterra nel caso *Huckl v. Money*. Il caso menzionato riguardava l'arresto di un tipografo che, senza alcuna motivazione, venne privato della propria libertà per più di sei ore. Seguì un giudizio nel quale, ad istanza dell'interessato, i giudici riconobbero una somma di £. 300, somma nettamente superiore al danno effettivamente subito dal tipografo.

Inghilterra. Il mancato successo inglese è da far risalire soprattutto alla posizione restrittiva della giurisprudenza, in particolar modo alla posizione della *House of Lord* nello specifico caso *Rookes v. Barnard* del 1964¹¹⁷.

Il citato caso riveste una rilevante importanza, poiché fornì l'occasione di gettare alcuni principi di carattere generale relativamente alle posizioni giuridicamente differenti di *aggravated damages* e di *exemplary damages*, nonché all'ammissibilità di questi ultimi che, ingarbugliando le funzioni civili e penali della legge, vennero definiti "anomali"¹¹⁸.

Relativamente alla distinzione tra le due tipologie di danno, la Suprema Corte inglese operò una separazione netta tra *aggravated damages* e *exemplary damages*. I primi con funzione riparatoria, in quanto concessi con il precipuo scopo di risarcire la vittima dei pregiudizi morali sofferti in conseguenza della condotta riprovevole del responsabile; i secondi con funzione deterrente e con uno scopo, quindi, propriamente punitivo nei confronti del responsabile. Gli *exemplary damages* presenterebbero caratteristiche fortemente analoghe alle sanzioni penali, con la inevitabile conseguenza della confusione tra le funzioni proprie del diritto civile e quelle del diritto penale. Proprio a causa di tale "anomalia" sistematica nacque la necessità di prevedere opportune cautele nella loro applicazione.

Relativamente alla ammissibilità degli *exemplary damages*, la Corte, evidenziata l'anomalia del rimedio, aveva due possibilità: o dichiararne la assoluta inammissibilità, oppure segnare di confini rigidi e netti per la loro applicazione.

¹¹⁷ Caso di diffamazione a mezzo stampa, nel quale la Corte inglese determinò l'ammontare dei danni punitivi in relazione ai profitti conseguiti dal responsabile tramite la pubblicazione diffamatoria.

¹¹⁸ *Rooks v. Barnard*, [1964], *A. C.*, 1221. Gli *exemplary damages* vennero ritenuti "anomali" dal Lord Devlin: «*exemplary damages are anomalous because they confuse the civil and criminal functions of the law*».

La Corte Suprema decise di adottare la seconda delle soluzioni prospettate, restringendo il campo di ammissibilità, così che, le possibilità in cui poteva essere accordata la tutela degli *exemplary damages* vennero ridotte a tre tassative ipotesi:

- 1) in caso di violazione di taluni diritti fondamentali dei cittadini da parte dell'amministrazione dello Stato;
- 2) in caso di dimostrata e precisa intenzione da parte del responsabile di ottenere un lucro ingiusto che non troverebbe adeguata sanzione nel rimedio normale dei *compensatory damages*;
- 3) in caso di specifica disposizione di legge¹¹⁹.

La riconoscibilità degli *exemplary damages* si è ulteriormente ristretta nel 1993, con la pronuncia resa dalla *Court of Appeal* nel caso *AB and others v. South West Water Services Ltd*¹²⁰.

Dopo la decisione del caso *Rooks v. Barnard*, la giurisprudenza inglese aveva seguito due orientamenti in tema di riconoscimento dei c.d. danni punitivi: 1) i *punitive damages* potevano essere concessi quando il responsabile avesse tenuto un comportamento rientrante nei confini del *tort* e, comunque, confinato in una delle tre categorie specificate dalla House of Lord; 2) i *punitive damages* potevano essere concessi solo se il *tort*, oltre a rientrare nelle categorie delineate, poteva

¹¹⁹ Per approfondimenti, A. SIROTTI GAUDENZI, *I danni punitivi*, in AA.VV., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, Utet, Torino, 2008, pagg. 179 e ss.

¹²⁰ URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi Txo production corporation v. Alliance resources corporation e AB v. South West Water Services Ltd*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, 92. Il caso *AB v. South West Water Services Ltd* trattava di una immissione accidentale di sostanze tossiche nelle condutture idriche dell'acqua potabile da parte di alcuni dipendenti della società South West Water Services Ltd e di un occultamento doloso dell'accaduto agli utenti, con possibili conseguenze pericolose per la loro salute. Dopo l'accaduto, alcuni di quegli utenti che avevano subito dei danni, anche alla salute, per aver utilizzato l'acqua inquinata, citarono in giudizio la società chiedendo il risarcimento dei *compensatory damages*, nonché i danni esemplari, sostenendo che la società avendo continuato a non informare i clienti dell'accaduto, nonostante specifiche lamentele, aveva aggravato le conseguenze del proprio comportamento negligente e messo in pericolo la pubblica salute. Dalla accidentale immissione e dal doloso occultamento dell'accaduto.

essere sanzionato con tale tipo di condanna già prima del 1964 (orientamento restrittivo).

La *Court of Appeal*, nel caso menzionato del 1993, non accolse la domanda di alcuni danneggiati, poiché in concreto veniva in rilievo una ipotesi di *public nuisance*¹²¹, in ricorrenza della quale, prima del 1964, non vi era possibilità di concedere i danni punitivi. Si aderì, dunque, all'atteggiamento giurisprudenziale restrittivo, delineando un confine ulteriormente rigido per i danni esemplari e determinando numerose incongruenze applicative¹²².

Le ragioni di tale atteggiamento restrittivo da parte dei giudici inglesi nell'applicazione dei danni punitivi, risiede in tre ragioni¹²³.

La prima di esse riguarda il *compensatory principle* sul quale si basa la *law of civil wrongs* e secondo il quale compito della responsabilità civile sarebbe solo quello di risarcire e riparare il danno subito dal danneggiato, mentre alla *criminal law* spetta lo svolgimento della funzione punitiva e deterrente.

La seconda ragione va ricercata nella estensione delle voci di *non pecuniary losses*, ciò che, di fatto, rende superfluo il ricorso ai danni punitivi, di cui, peraltro, risulterebbe ardua impresa legittimarne l'attribuzione al danneggiato in punto di diritto.

¹²¹Tale comportamento illecito (a talune condizioni rilevante anche dal punto di vista penale) ricorre quando si pone in pericolo la vita, l'incolumità fisica, la proprietà, la tranquillità pubblica. Esso è fonte di responsabilità civile quando provochi, nei confronti di un soggetto determinato, *a special damage* (cioè: un pregiudizio grave e diverso) rispetto a quello cagionato alla collettività in quanto tale.

¹²²URSO, *I punitive damages fra regole, standars e principi, un'inedita vocazione pubblica di un antico strumento?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 2015, il quale riporta come rappresentativo di una tale restrizione e delle incongruenze applicative, il caso deciso dall'*Employment Appeal Tribunal* nel 1993. Si trattava di un caso di discriminazione razziale, integrante una violazione del *Race Discrimination Act* del 1976, per cui non sono stati concessi i danni punitivi in quanto si trattava di una legge entrata in vigore successivamente alla celebre pronuncia del 1964 che aveva segnato i limiti di applicabilità dei danni punitivi.

¹²³ Per una attenta analisi, secondo la dottrina inglese, dell'atteggiamento restrittivo della giurisprudenza, BEEVER, *The structure of aggravated and exemplary damages*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, 95 ss.

La terza ed ultima ragione si fonda sulle regole che governano la determinazione degli *exemplary damages*, che comportano, per loro stessa natura, incertezza ed indeterminatezza per quanto riguarda la loro quantificazione.

Tuttavia, a partire dagli ultimi dieci anni l'atteggiamento di restrizione e chiusura nei confronti degli *exemplary damages*, sta mutando e cedendo il passo ad un differente orientamento, teso, quest'ultimo, a riesumare, in senso moderno, questo antico rimedio di *common law*¹²⁴.

Di pregio notevole è il progetto di legge predisposto dalla *Law Commission* inglese del 1997, che invita ad utilizzare i danni esemplari nella loro "veste originaria", ovvero "la sua natura di meccanismo di protezione dell'individuo contro comportamenti lesivi dei suoi diritti fondamentali", soprattutto "in contesti relativamente nuovi come quelli in cui si inseriscono i mezzi di tutela dei diritti umani in ambito internazionale" o le forme di protezione del cittadino verso lo Stato "ove sia accertata la responsabilità di quest'ultimo nei suoi confronti"¹²⁵.

Questa nuova predisposizione verso gli *exemplary damages* trova una delle ragioni nella efficienza ed opportunità, in quanto essi potrebbero offrire una tutela più incisiva per quei beni per i quali il solo risarcimento del danno non sia in grado di garantire un ripristino integrale dell'interesse leso, ovvero per supplire alla carenza delle sanzioni penali ed amministrative¹²⁶.

¹²⁴ A tal proposito URSO, *I punitive damages*, cit. 2019 e ss., si domanda se «si possa scorgere oggi una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico». Lo scopo, secondo l'A. sarebbe quello di «verificare se sia possibile assicurare il rispetto di tali diritti attraverso strumenti antichi [...] ma dotati di una grande versatilità, indispensabile per modellare la reazione del sistema giuridico a una condotta che, in modo intenzionale, ne ha alterato l'equilibrio, cagionando un danno ingiusto».

¹²⁵ URSO, *I punitive damages*, cit., 2042 ss.

¹²⁶ THE LAW COMMISSION, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages – a Consulting paper*, London, 1993, 115 ss. Sugli scope dei Danni esemplari nel diritto inglese si veda BURROWS, *The scope of the exemplary damages*, in *The Law Quarterly Review*, 1993, 358 ss.

Le nuove frontiere dei danni esemplari iniziano a intravedersi anche grazie alla prassi applicativa. Emblematiche in tal senso sono due sentenze pronunciate dalla *House of Lord*. Nella prima, del 7 giugno 2001, causa *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*¹²⁷ la Corte ha accolto un ricorso presentato contro una sentenza della *Court of Appeal* che aveva applicato il criterio restrittivo del 1964. Tale decisione ha posto le basi per un ampliamento dell'ambito applicativo dei danni esemplari che, invero, grazie a questa decisione, potranno essere concessi anche nel caso di *torts* non sanzionabili prima del 1964.

Grazie alla seconda sentenza, del 27 luglio 2001, resa nel caso *Her Majesty's Attorney General v. Blake*¹²⁸, la *House of Lords* ha affermato che i danni esemplari possono essere accordati anche nel caso di *breach of contract*, con lo scopo, dunque, di prevenire e sanzionare le violazioni di obblighi contrattuali, sempreché altre forme di tutela proprie del diritto civile si riscontrino inadeguate.

Nonostante le aperture evidenziate, l'esperienza inglese continua ad essere contrassegnata da un riconoscimento molto limitato dei danni punitivi nell'ambito della responsabilità civile. Peraltro, tale limitata funzione ha come specifico scopo la tutela della persona umana, nel senso di assicurare e garantire una compensazione esemplare in quei casi nei quali vi siano lesioni ingiuriose al nome, all'onore, al decoro della persona¹²⁹.

¹²⁷ Caso di *misfeasance in public office*, cioè una condotta illecita omissiva da parte di un funzionario pubblico, non ricompresa nella categoria dei «pre-1964-tort». Un funzionario di polizia, abusando della buona fede della vittima di un furto, l'aveva indotta a sottoscrivere un modulo prestampato con cui dichiarava di ritirare la denuncia, archiviando, così, il procedimento penale.

¹²⁸ Caso di un ex agente segreto inglese condannato per tradimento per aver agito in favore dell'ex Unione Sovietica, che in un suo libro autobiografico, aveva narrato diverse vicende di cui era stato protagonista. Fu citato in giudizio dall'*Attorney General* e nei suoi confronti fu chiesta una condanna ai danni esemplari per evitare che egli potesse trarre vantaggio economico da tale pubblicazione su fatti rispetto ai quali si era obbligato al segreto.

¹²⁹ In tal senso è il *Waking Paper* del 1997, in particolare il par. 5.25 ss. Del *Report* intitolato *Aggravated, Exemplary and restitutionary damages*, London, HMSO, WP n. 247/1997. BROGGINI,

La visione ristretta della giurisprudenza inglese si desume anche dall'atteggiamento riservato alla riconoscibilità delle sentenze straniere di condanna ai danni punitivi, con particolare riferimento alle sentenze pronunciate negli Stati Uniti. La normativa inglese di diritto internazionale privato nega la possibilità di riconoscere tali sentenze, in via di principio. In tal senso dispone il *Protection Interest Act* del 1980¹³⁰, adottato con l'obiettivo di limitare l'applicabilità, nel Regno Unito, di norme straniere che contemplino i danni multipli o punitivi; di vietare alle corti inglesi di riconoscere e dare esecuzione alle sentenze straniere di condanna inerenti tali tipi di danni; di consentire a cittadini inglesi e a società operanti nel territorio di intraprendere un'azione giudiziaria dinanzi alle corti inglesi ai fini del recupero di somme pagate all'estero in esecuzione di una sentenza straniera di condanna ai danni multipli¹³¹.

L'atteggiamento ostile della legislazione inglese verso le legislazioni e le sentenze straniere in cui si prevedono i risarcimenti esemplari, trova radici, secondo la dottrina, nel carattere penale delle condanne e delle norme ivi contenute e, soprattutto, nel fatto che l'attore, nei casi de quibus, assume le vesti di un pubblico ministero privato (*Private Attorney General*)¹³². Di contro, si ritiene ammissibile il

Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile, in *Europa e diritto privato*, 1999, 488, secondo il quale la direzionalità dei danni punitivi è rilevabile proprio dalla casistica inglese degli ultimi anni, nella quale i danni esemplari sono stati concessi dalle corti inglesi soprattutto in ipotesi di diffamazioni scritte (*libel*).

¹³⁰ CROFF, *La prassi giudiziaria statunitense antitrust e il Protection of Interests Trading Act del Regno Unito*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1981, 600 ss.

¹³¹ SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti Europee e dei Tribunali arbitrali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1993, 874 ss.

¹³² BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi*, op. cit., 489 ss., l'A. svolge considerazioni soprattutto in relazione alla legislazione antitrust nordamericana, che prevede la condanna ai danni multipli ed, in particolare, ai *treble damages*. L'ostilità nei confronti delle sentenze di condanna straniere non incontra solo lo scoglio dell'ordine pubblico inglese, ma «ciò che incide sulla riconoscibilità in genere delle sentenze nordamericane [...] è il carattere penale di queste condanne, o più esattamente la funzione sostitutiva assunta dall'attore, che agisce quale *Private Attorney General*, quale pubblico ministero privato, per far condannare il titolare di un comportamento *antitrust* al pagamento di una *penalty* di per sé dovuta allo stato».

riconoscimento delle sentenze straniere ove la sentenza estesa ai danni punitivi non presenti le caratteristiche appena descritte, ma sia ravvisabile solo la concessione di somme ad un privato cittadino che abbia agito in giudizio a titolo personale (e non quale pubblico ministero privato)¹³³.

¹³³ In tal senso: SARAVALLE, *I punitive damages*, op.cit., 875.

2. La Germania è, indubbiamente, il paese europeo ove la questione del riconoscimento delle sentenze civili di condanna estese ai danni punitivi è stato maggiormente discusso e ove ha trovato riscontro ampio nelle pronunce della giurisprudenza¹³⁴.

Le opposizioni maggiori hanno riguardato la pretesa natura penale dei *punitive damages* e la contrarietà delle sentenze straniere ai principi di ordine pubblico interno per la funzione deterrente e punitiva che tali danni perseguono. A tali argomentazioni, identiche tutti i paesi di *civil law*, se ne somma un'altra, di diritto positivo: l'articolo 38 (abrogato) della legge di introduzione al codice civile. La citata norma prevedeva che, nell'ambito degli atti illeciti, il giudice nazionale non potesse applicare, nei confronti di cittadini tedeschi, leggi straniere che riconoscessero pretese risarcitorie maggiori rispetto a quelle previste dalla legislazione tedesca¹³⁵.

Con la legge 21 maggio 1999 di riforma del diritto internazionale privato si è avuta l'abrogazione dell'art. 38 ed una apparente apertura rispetto ai *punitive damages* ed alla previsione di responsabilità per fatti illeciti. Tuttavia la predisposizione di chiusura nei confronti dei danni punitivi è rimasta pressoché inalterata. Ed invero, pur essendo stato abrogato l'art 38 della legge di introduzione al codice civile, il nuovo articolo 40, par. 3, dispone che non possono essere accolte pretese che

¹³⁴ K. SIEHR, *Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu "punitive damages"*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, 705, nei Paesi di lingua tedesca le reazioni sono state le più svariate: si passa dalle pronunce che hanno consentito una piena delibazione delle sentenze straniere sui danni punitivi a quelle che hanno consentito di configurare un parziale riconoscimento, fino alle decisioni che non hanno permesso l'esecuzione delle sentenze straniere contenenti condanne per il risarcimento dei danni punitivi, per contrarietà ai principi della *lex fori*. Classificando i casi giurisprudenziali in relazione alla delibazione e dichiarazione di esecuzione di condanne al risarcimento dei "danni punitivi" provenienti dal mondo anglosassone, l'A. ha ravvisato come i giudici di Germania e Svizzera non abbiano tenuto un comportamento univoco.

¹³⁵ Di fatto tale disposizione impediva l'applicazione di sentenze straniere e, di conseguenza, condanne ai danni esemplari nei confronti di cittadini tedeschi, qualora fossero derivate pretese risarcitorie più esose rispetto a quelle previste in Germania. Tuttavia è stato sottolineato che la dottrina e la giurisprudenza tedesca non ritenevano che tale norma fosse applicabile al controllo in sede di riconoscimento delle sentenze straniere. Così CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, 980 e ss.

superino “notevolmente” l’importo necessario a risarcire la vittima, che servano fini diversi dal risarcimento del danneggiato ovvero che contrastino con le norme sugli atti illeciti vincolanti la Germania per effetto di accordi internazionali.

Tale norma, di fatto, impedisce l’applicazione di normative straniere che riconoscono come legittime le pretese risarcitorie recanti scopo punitivo e deterrente per il colpevole del danneggiamento, come accade per i danni punitivi.

Evidente, dunque, che nell’ordinamento giuridico tedesco, vi sia poca opportunità di applicazione di legislazioni straniere che prevedono il risarcimento dei danni esemplari. L’atteggiamento di chiusura si riscontra anche nella giurisprudenza, le cui decisioni riguardano soprattutto le questioni del riconoscimento di sentenze straniere di condanna al pagamento dei danni punitivi. Uno di questi casi¹³⁶ è giunto dinanzi al supremo organo di giustizia ordinaria dell’ordinamento tedesco, il *Bundesgerichtshof*, cioè la Corte di Cassazione tedesca.

Nel 1984 il convenuto, condannato da un tribunale americano per abuso sessuale di minori ad una lunga pena detentiva, aveva lasciato gli Stati Uniti d'America per trasferirsi in Germania, dove disponeva di proprietà immobiliare. Nella sentenza della Superior Court of the State of California del 24 aprile 1985 fu concesso all'attore, nato nel 1968, e indicato con lo pseudonimo “John Doe” un risarcimento dei danni, nei confronti del convenuto, dell'ammontare di ben 750.260 dollari. Si deve subito precisare che la pronuncia non faceva riferimento alle modalità di quantificazione dei danni e non venivano indicati i motivi della decisione. Tuttavia, sulla base dei verbali di causa della Superior Court, si risaliva ai gravi abusi sessuali posti in essere dal convenuto nei confronti dell'attore, che al tempo dei fatti non aveva ancora compiuto i

¹³⁶ Decisione 4 giugno 1992, pubblicata in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 3086 ss.

14 anni. Inoltre, erano stati indicate le voci che costituivano la somma totale del risarcimento: spese mediche (*past medical damages*), spese mediche future (*future medical*), spese per una probabile futura sistemazione dell'attore (*cost of placement*), risarcimento per l'angoscia, i dolori e le sofferenze provate ed altri simili danni (*anxiety, pain, suffering and general damages of that nature*). Oltre a queste somme di denaro, la sentenza prevedeva il pagamento di 400.000 dollari per i “danni punitivi” (*exemplary and punitive damages*). Il *Landgericht* (Tribunale) di Düsseldorf aveva dichiarato esecutiva la sentenza in Germania, riconoscendo anche gli interessi. In seguito all'appello proposto dal convenuto, la *Oberlandesgericht* (Corte d'appello) di Düsseldorf ritenne di confermare la dichiarazione di esecutività per una somma ridotta.

Il *Bundesgerichtshof*, con sentenza del 4 giugno 1992,⁴⁶ stabilì che la dichiarazione di esecutività della condanna al pagamento dei danni punitivi contenuta nella sentenza straniera fosse in contrasto con i limiti imposto dall'ordine pubblico tedesco.

Nel dettaglio, la Corte di Cassazione tedesca ha, innanzitutto, ritenuto che l'accordo di “quota lite” stipulato tra l'attore ed il proprio avvocato (pari al 40% di tutte le somme da percepire in corso di causa) non contrastasse i limiti imposti dall'ordine pubblico internazionale, nonostante il fatto che la stipulazione di tale patto in Germania debba intendersi nullo ex § 138 BGB.

Passando all'esame dei *punitive damages*, la Cassazione ha rilevato come la dichiarazione di esecutività della condanna al pagamento dei danni punitivi contenuta nella sentenza statunitense fosse ostacolata dal limite d'ordine pubblico espresso dal § 723, co. II, secondo periodo e § 328, co. I, n.4 ZPO. Infatti, l'ordinamento tedesco prevede quale

conseguenza di un'azione illecita il risarcimento del danno e non anche l'arricchimento del danneggiato.

La Bundesgerichtshof, quindi, nel suo articolato esame¹³⁷ ha ritenuto fondamentale sottolineare come la funzione punitiva e la funzione pedagogica, configurabili nell'istituto dei *punitive damages*, siano propri del diritto penale.

È giusto ritenere che la fattispecie proveniente dagli ordinamenti anglosassoni operi nell'ambito del diritto civile, ma – come rilevato dalla Corte di Cassazione tedesca non è ammissibile che, all'interno di un ordinamento come quello tedesco, un cittadino possa assumere la funzione di un pubblico ministero, pretendendo che vengano comminate sanzioni di fronte ad un illecito civile. È altrettanto evidente che la funzione punitiva non è del tutto estranea al diritto privato, dato che il diritto tedesco conosce l'istituto della “penalità contrattuale”; non si possono, però, tralasciare le considerazioni della *Bundesgerichtshof*, quando fa presente che in quest'ultima fattispecie viene presupposta una pattuizione negoziale tra le parti, per cui non può essere ricondotta ai principi su cui si poggia la sanzione penale¹³⁸.

¹³⁷ Per un dettagliato commento alla decisione in esame del *Bundesgerichtshof* : SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del contraente debole e del lavoratore*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2004. Secondo l'analisi della dottrina, per tutti: SARAVALLE, *I punitive damages*, *op. cit.*, 881 ss., gli argomenti sui quali si fonda la decisione della Corte di cassazione tedesca sono quattro: 1) la funzione deterrente e quella punitiva sono funzioni proprie del diritto penale, dunque sono estranee alla responsabilità civile; dall'illecito scaturirebbe, come unica conseguenza possibile, l'obbligo del risarcimento del danno e non anche l'arricchimento per la vittima; 2) i danni punitivi hanno una funzione afflittivo-deterrente e non sono assimilabili al danno morale che, invece, ha una funzione risarcitoria e, dunque, è pienamente ammissibile; 3) la condanna ad importi troppo elevati, calcolati in modo svincolato dai danni effettivi, comporta la violazione del principio di proporzionalità della pena; 4) se si concedesse a creditori stranieri l'esecuzione di sentenze di condanna al pagamento di danni punitivi, i creditori tedeschi si troverebbero in una posizione di svantaggio, con conseguente lesione del principio di parità di trattamento.

¹³⁸ SARAVALLE, *I punitive damages*, *op. cit.*, 885, osserva, in proposito che in Germania, nella *law in action*, l'obbligo del risarcimento del danno morale ha una duplice funzione: da un lato quella di reintegrare le perdite morali del danneggiato, dall'altro serve a dare soddisfazione al danneggiato. Infatti il quantum del risarcimento tiene in considerazione anche la gravità della colpa, così che maggiore è il rimprovero di colpevolezza, più alto sarà il risarcimento del danno. Dunque anche in Germania la distinzione tra danni punitivi e danni morali è meno marcata di quanto si pensi, giacché in ambo i casi alla funzione risarcitoria si affiancano la funzione sanzionatoria e quella deterrente.

La Corte ha osservato che la funzione “pedagogica” dei danni punitivi non può essere equiparata in alcun modo a quella di procurare soddisfazione prevista dal risarcimento del danno morale ex § 847 BGB, nonché dalle norme in tema di diritti della personalità. Pertanto, il danno morale non deve confondersi con il danno punitivo. La ratio del primo è ben diversa da quella del secondo: il danno morale ha funzione squisitamente risarcitoria, mentre l’istituto proprio del diritto anglosassone ha come funzione precipua quella di punire il responsabile del danno, nonché di costituire un deterrente nei confronti di quest’ultimo e della collettività intera (*punitive or exemplary damages*). Tuttavia, sembra che il tenore letterale della pronuncia del *Bundesgerichtshof* non escluda del tutto la possibilità che sentenze contenenti condanne per “danni punitivi” possano essere rese esecutive anche in Germania. Infatti, con riferimento ai limiti imposti dall’ordinamento pubblico internazionale, la Corte ha stabilito che «l’aspetto della pretesa al risarcimento del danno morale di procurare soddisfazione può essere chiamato in causa solo nella misura in cui i danni punitivi sono diretti a compensare anche eventuali danni immateriali». Nell’ipotesi de qua, ciò era già avvenuto, dato che era stata prevista un’indennità a titolo di *pain and suffering*.

Le conclusioni sarebbero state diverse se, attraverso la condanna al risarcimento dei punitive damages, fosse stato possibile risarcire gli «svantaggi economici non compensati separatamente o di difficile prova» (quali le spese processuali, i danni dovuti al ritardo non risarcibili in via autonoma, etc.). Eppure, né la sentenza, né i verbali di causa della Superior Court contenevano indizi dai quali fosse possibile dedurre che il giudice avesse inteso liquidare le spese legali. Inoltre, si doveva rilevare come le somme liquidate per compensare sia le spese mediche,

che i danni morali fossero di un importo tale da consentire il risarcimento.

Quindi, la Cassazione tedesca ha rilevato come non fosse possibile l'esecuzione di una condanna per danni punitivi (peraltro di notevole entità) in assenza di precise indicazioni da parte del tribunale straniero in ordine ai criteri di determinazione della condanna. Il giudice americano non aveva fornito le motivazioni che lo spingevano alla condanna per danni punitivi (*rectius*: non consentiva di individuare l'oggetto del risarcimento). In effetti, nell'ordinamento tedesco appare inaccettabile la condanna civile al pagamento di una notevole quantità di denaro che non abbia la funzione di consentire l'effettiva compensazione di un danno subito. L'ulteriore arricchimento non è consentito.

Tuttavia v'è da osservare che la Corte di Cassazione tedesca non pare aver preso in considerazione il fatto che il caso de quo trattava di una vicenda quasi interamente localizzata all'estero, in un ordinamento che riconosce i danni punitivi. Ed invero, la vicenda si era svolta per intero negli Stati Uniti, il responsabile vi risiedeva da molto tempo e aveva addirittura cittadinanza americana. In presenza di tali elementi, la verifica dell'intensità del collegamento della fattispecie con l'ordinamento del foro¹³⁹ avrebbe dovuto concludersi nel senso che il rapporto giuridico regolato era scarsamente collegato con l'ordinamento tedesco, con la conseguenza giuridica che la clausole dell'ordine pubblico avrebbe dovuto operare con una intensità molto attenuata e, comunque, in maniera da consentire ai giudici tedeschi di dare

¹³⁹ In Germania il grado di intensità del collegamento della fattispecie con l'ordinamento del foro viene definito *inlandsbeziehung*. Secondo una teoria formulata oltre un secolo fa, ma tuttora condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, l'ordine pubblico opera con diversa intensità a seconda dei contatti che la fattispecie presenta con il sistema di riferimento. Di talché, più il contatto è stretto, più si allarga la sfera dei principi che possono opporsi all'applicazione della sentenza o della norma straniera. In Italia la teoria appena esposta viene spesso confusa con la teoria del c.d. ordine pubblico attenuato, così CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico*, op.cit., 985.

esecuzione alla sentenza straniera, così come già era avvenuto nei primi due gradi di giudizio¹⁴⁰.

È evidente che la conclusione della *Bundesgerichtshof*, pur mostrando timide aperture all'istituto anglosassone, non avrebbe potuto permettere il riconoscimento di una fattispecie così lontana dal sistema contenuto dal BGB; una soluzione diversa avrebbe fatto "saltare" ogni limite posto ai principi in tema di risarcimento.

Nonostante le osservazioni precedenti, è possibile affermare che il *Bundesgerichtshof*, pur escludendo in via di principio il riconoscimento dei *punitive damages*, in quanto contrastanti con l'ordine pubblico tedesco, sembra ammetterli in ipotesi particolari e, precisamente, quando essi siano necessari a far recuperare all'attore danni non facilmente dimostrabili e/o valutabili, ovvero qualora il riconoscimento dei danni punitivi abbia come scopo quello di evitare un arricchimento indebito del convenuto, a condizione, però, che tali circostanze emergano dalla sentenza straniera o, almeno, dagli atti di causa.

¹⁴⁰ CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico*, *op.cit.*, 986, sottolinea come la dottrina tedesca sia dell'opinione che i *punitive damages* andrebbero ad urtare con in principi dell'ordine pubblico tedesco con una prepotenza tale da impedire il riconoscimento di una sentenza straniera che li contempla, anche in presenza di una fattispecie con caratteristiche di scarsa intensità di collegamento con l'ordinamento del foro.

3. La tradizione giuridica francese resta legata alla funzione risarcitoria della responsabilità civile¹⁴¹: l'istituto dei *punitive damages* è sconosciuto alla legislazione e privo di riscontri pratici nella prassi¹⁴².

Il giudice francese, in linea di principio, deve stabilire un risarcimento dei danni in modo che esso corrisponda all'effettivo pregiudizio subito dal danneggiato. Al giudice è fatto divieto di determinare l'ammontare del risarcimento in funzione della colpa del danneggiato.

Eppure, in materia di responsabilità civile, vanno osservati due istituti ai quali non appaiono del tutto alieni i connotati sanzionatori e deterrenti. La riparabilità dei danni morali e le *astreintes*.

In caso di violazione dei diritti della personalità e, quindi, in caso di condotte colpevoli che hanno cagionato danni morali, si rileva una divergenza tra la soluzione indicata del legislatore e le scelte operate dalla giurisprudenza nella prassi applicativa. Tale prassi è dovuta al fatto che la Corte di Cassazione francese lascia un ampio raggio di discrezionalità ai giudici di merito nella valutazione e nella determinazione dell'ammontare del danno. Spesso i giudici di merito, nelle loro sentenze, prendono come riferimento il criterio della gravità della colpa del danneggiante. La discrezionalità dei giudici di merito diviene molto marcata nei casi di risarcimento del danno morale. Ed invero, per tale ultima tipologia di danno, la *restitutum in integrum* è irrealizzabile e, dunque, per la quantificazione sarà indispensabile fare ricorso a criteri che tengano conto non solo del pregiudizio patito dal

¹⁴¹ «la responsabilità civile n'a pas de fonction pénale et la gravité de la faute ne peut donc justifier une condamnation supérieure à la valeur du dommage», in Cass. Crim. 8 febbraio 1997, riportata da BROGGINI, *Compatibilità di sentenze straniere*, op. cit., 482.

¹⁴² Con riferimento all'aspetto restrittivo in Francia: CHABAS, *La pena privata in Francia*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, 352. Con riferimento al tema del riconoscimento della funzione punitiva delle regole riguardanti la responsabilità civile in Francia: CARVAL, *La responsabilità civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995; URSO, *La funzione punitiva della responsabilità civile nell'attuale dibattito francese e in alcuni recenti sviluppi del diritto nordamericano*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996, 207 ss.

danneggiato, ma anche della condotta del responsabile del danneggiamento. Tra i criteri utilizzati un posto di rilievo viene occupato dal criterio dello stato soggettivo, più o meno riprovevole, che ha sorretto la condotta del danneggiante, si ricorre, inoltre, ad altri criteri quali: le condizioni economiche del danneggiante, la reiterazione del comportamento illecito, il profitto ingiusto conseguito.

Dai criteri utilizzati dai giudici francesi si desume che le somme concesse a titolo di risarcimento del danno morale, oltre a una componente compensativa, acquistano un carattere afflittivo-deterrente¹⁴³.

Il secondo istituto che presenta una nota interessante è *l'atrente*; questo consiste in una pena pecuniaria inflitta dal giudice al debitore ed è funzionalizzata a garantire l'adempimento della sentenza quando non ottemperi in modalità spontanea agli obblighi da essa derivanti. L'ammontare della somma da liquidarsi in favore del creditore è calcolata dal giudice moltiplicando un determinato importo per ogni periodo (un giorno, una settimana, un mese) di ritardo; alla somma così ottenuta si possono cumulare gli interessi legali. Trattasi di un rimedio accessorio alla sentenza principale mirante ad assicurarne l'esecuzione, risulta evidente, pertanto, il suo carattere coercitivo¹⁴⁴.

L'atrente ha natura giuridica di pena privata, distinta dal risarcimento del danno, la cui funzione non è quella di riparare un pregiudizio, bensì quella di minacciare ed, eventualmente, punire il debitore inadempiente, con la possibilità, per il creditore, di cumulare quanto gli è dovuto a titolo di risarcimento del danno con quanto gli è dovuto per *l'atrente*. Anche *l'an* e il *quantum* è stabilito dal giudice,

¹⁴³ URSO, *La funzione punitiva*, op. cit., 210, osserva come sia di tutta evidenza che, nei casi di risarcimento del danno morale, la responsabilità civile acquisti una funzione sanzionatoria.

¹⁴⁴ CHABAS, *La pena privata in Francia*, op. cit., 355. Sull'*astreine* come strumento di dissuasione si veda PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996, 658 ss.

tenuto conto del comportamento tenuto dal debitore, nonché delle difficoltà riscontrate nell' eseguire la sentenza¹⁴⁵.

Pur avendo l'istituto dell' *atrente* un ambito applicativo differente rispetto a quello dei *punitive damages*, tuttavia vi sono caratteristiche analoghe che contraddistinguono ambo gli istituti. Come i danni esemplari, anche l'istituto francese ha una funzione punitiva e deterrente nei confronti del debitore, anche se mira a coartare la volontà del soggetto affinché non si renda inadempiente (mentre i danni punitivi tendono ad evitare la commissione di ulteriori illeciti). Come i danni esemplari, anche l'*atrente* si distingue dai danni compensatori, sicché le somme concesse a tale titolo si sommano con quelle concesse per il risarcimento del danno effettivo. Come i danni esemplari, anche l'istituto analizzato è rimesso, sia nell'*an*, sia nel *quantum* alla decisione del giudice che terrà conto dello stato soggettivo che ha guidato la condotta inadempiente del debitore.

¹⁴⁵ URSO, *La funzione punitiva*, op. cit., 212, osserva che la destinazione privata dell'*atrente*, liquidata a beneficio totale della vittima, rafforza la sua funzione sanzionatoria nonché la natura privatistica dell'istituto.

4. Anche l'esperienza svizzera risulta molto significativa, poiché dell'istituto dei *punitive damages* ci si è occupati, sia da parte della dottrina sia da parte del legislatore, in maniera diretta. La legislazione elvetica ha affrontato il tema dell'applicabilità diretta dei danni punitivi, contenuti in normative straniere, da parte dei giudici nazionali. L'art. 135 della legge svizzera di diritto internazionale privato, con riferimento alla responsabilità del produttore, e l'art. 137, con riferimento agli ostacoli della concorrenza, prevedono che le pretese derivanti da vizi e difetti, o da una descrizione viziata di un prodotto, o da ostacoli alla concorrenza, se regolate dal diritto straniero, possono essere soddisfatte in Svizzera, ma soltanto nella misura prevista nei casi simili dal diritto svizzero¹⁴⁶.

La *ratio* delle norme appare evidente e consiste nella esigenza di evitare che vengano riconosciute pretese risarcitorie di natura diversa rispetto a quelle previste in Svizzera; pretese cioè, quelle straniere, non aventi una funzione di risarcimento del danno, ma natura differente, come quelle portate dai *punitive damages* e dai *treble damages* in materia, rispettivamente, di *product liability* e di *antitrust*¹⁴⁷.

Le norme testé citate sembrano escludere la riconoscibilità in Svizzera di sentenze straniere che prevedono *treble damages*, tuttavia bisogna prendere in considerazione la legislazione svizzera *antitrust* entrata in vigore il 1° luglio 1996, che ha introdotto nuovi criteri per il calcolo del risarcimento del danno per violazione delle regole sulla concorrenza. Tale normativa stabilisce che alla condanna al risarcimento danni secondo le regole del codice civile in materia di atti illeciti,

¹⁴⁶ SARAVALLE, *I punitive damages*, *op.cit.*, 877 ss., riporta, inoltre, le discussioni della dottrina svizzera: se tali disposizioni normative della legge di diritto internazionale privato debbano essere considerate alla stregua di una specificazione della clausola generale dell'ordine pubblico o se, al contrario, costituiscano norme cui si debba dare comunque applicazione. Sottolinea, inoltre, l'A. che, dalla formulazione letterale di queste disposizioni, non è chiaro se il legislatore intendesse riferirsi al *quantum* dei danni, oppure al *titolo* per il quale essi sono disposti.

¹⁴⁷ CRESPI RIGHEZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico*, *op. cit.*, 984 ss., sulle differenti posizioni della dottrina.

bisogna aggiungere la condanna alla restituzione degli utili percepiti dall'agente, il quale deve essere, dunque, condannato a restituire i proventi ottenuti grazie all'illecito comportamento. Evidentemente, in tali ipotesi, la restituzione dei proventi assume la tipica funzione dei *treble damages* previsti dal sistema statunitense, con la logica conseguenza "rivalutativa" del dettato legislativo dei rimedi stessi¹⁴⁸.

La giurisprudenza svizzera ha mostrato un atteggiamento altalenante nei confronti dei *punitive damages*, e ciò si desume passando in rassegna due decisioni di rilevante importanza.

La prima decisione è stata adottata dal Tribunale di Sargans nel 1982 e riguarda il caso della vendita, di un immobile situato in Texas, da parte di cittadini tedeschi e società statunitensi ad altri cittadini tedeschi. Dopo la conclusione del contratto i cittadini tedeschi intentarono un giudizio dinanzi alla *District Court*, deducendo la responsabilità dei venditori per aver reso false dichiarazioni in relazione all'immobile venduto. La Corte accertò la responsabilità dei convenuti e li condannò a pagare in favore degli acquirenti, a titolo di *exemplary and punitive damages*, una somma di danaro pari al triplo del prezzo pagato per l'immobile, disponendo che la proprietà dello stesso fosse mantenuta in capo ai soggetti acquirenti.

Il Tribunale di Sargans ha negato il riconoscimento della sentenza, sostenendo che la condanna fosse contraria all'ordine pubblico svizzero, poiché la sentenza avrebbe consentito non soltanto la compensazione del danno subito, ma anche l'ingiustificato arricchimento in danno del convenuto. Inoltre, le funzioni di deterrenza e di punizione tipiche dei danni punitivi, costituiscono un sicuro indice della natura penale del

¹⁴⁸ BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi*, op. cit., 484, in cui sottolinea la rivalutazione legislativa dei *treble damages* alla luce delle ipotesi introdotte dalla normativa antitrust svizzera.

rimedio, il che impedì l'esecuzione della sentenza statunitense in Svizzera.

In un altro caso, invece, la giurisprudenza si è pronunciata in senso positivo in ordine alla richiesta di esecuzione di una sentenza statunitense di condanna ai danni punitivi¹⁴⁹.

Nel 1989, il Tribunale civile di Basilea fu investito di una questione di delibazione relativa ad una sentenza americana di condanna al risarcimento dei danni, che aveva riconosciuto a carico della parte svizzera che si opponeva all'esecuzione il pagamento di una somma pari a 50.000 dollari a titolo di condanna al risarcimento dei danni punitivi. In questo giudizio, le parti erano l'americana *Security Fowards Inc.* di San Francisco e la svizzera *Trans Containers Services A.G.* di Basilea. I fatti riguardavano un contratto di trasporto concluso tra le parti, con cui la società svizzera si era obbligata a trasportare l'attrezzatura da campo dell'esercito americano dagli Stati Uniti all'Inghilterra. Le parti avevano convenuto l'applicazione del diritto inglese. La società statunitense aveva messo a disposizione del vettore nuovi container da utilizzare per lo stanziamento del materiale.

Dato che non aveva pagato interamente il servizio, la *Security Forwarders* fu chiamata in giudizio dalla società svizzera davanti al Giudice federale della California. Tuttavia, la convenuta avanzò domanda riconvenzionale e fece valere una pretesa risarcitoria sulla base dell'indebita appropriazione, da parte dell'attrice, dei container ad essa consegnati per il trasporto. Si chiedeva, inoltre, il risarcimento dei danni punitivi da *cynical disregard* per "fraudolenta lesione" del diritto di proprietà dei container. Il Giudice condannò la società svizzera al

¹⁴⁹ Sentenza del Tribunale di Basilea del 1° febbraio 1989, confermata dalla Corte di Appello di Basilea il 1° dicembre 1989. Per una approfondita analisi. SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del contraente debole*, op. cit., 408. La Corte federale (*Bundesgericht*), con pronuncia datata 12 luglio 1990, ritenne di non dover intervenire nella sentenza di appello.

pagamento di 135.000 dollari a titolo di risarcimento danni e di 50.000 dollari a titolo di “danni punitivi”. La sentenza fu sostanzialmente confermata dalla Corte d’Appello.

Nel processo di delibazione, il giudice civile adito dichiarò eseguibile la sentenza americana; il giudice federale di secondo grado confermò la decisione e la Corte federale (*Bundesgericht*), con pronuncia datata 12 luglio 1990, ritenne di non dover intervenire nella sentenza d’appello e considerò inammissibile dare un’interpretazione diversa. In sostanza, nessun problema fu sollevato in relazione all’esecuzione di una sentenza contenente una condanna per “danni punitivi”.

Infatti, sulla base della considerazione che, in virtù della legislazione svizzera, la società *Trans Containers Services A.G.* di Basilea avrebbe dovuto restituire il guadagno realizzato con l’appropriazione dei beni altrui, non vi era alcuna obiezione al riconoscimento dei *punitive damages*, visto che tendevano a sanzionare e, soprattutto, risarcire l’ingiustificato arricchimento.

Anche l’esperienza elvetica, dunque, sembra mostrare l’atteggiamento restrittivo nei confronti dei *punitive damages*, restando, sostanzialmente, legata alla tradizione risarcitoria della responsabilità civile. Tuttavia dai due casi esposti emerge il dato pragmatico dei giudici svizzeri, i quali non si sono limitati al dato formale per negare pregiudizialmente la riconoscibilità delle condanne punitive straniere, ma provano a spingersi oltre, giungendo, come nell’ultimo caso esaminato, a riconoscere l’ammissibilità dei danni punitivi qualora siano diretti a soddisfare esigenze di tutela della vittima meritevoli di protezione anche alla luce dell’ordinamento svizzero.

CAPITOLO III

I PUNITIVE DAMAGES NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO UNIFORME

Sommario: 1. La giurisprudenza della CEDU. 2. La giurisprudenza della CGCE. 3. Prospettive di diritto uniforme.

1. Al termine di questa analisi del “danno punitivo” in alcune realtà europee, può essere opportuno un riferimento alla giurisprudenza della Corte dei Diritti dell’Uomo di Strasburgo¹⁵⁰.

Com’è noto, la Corte europea dei Diritti dell’Uomo è un organismo di giustizia internazionale che decide sui ricorsi presentati contro gli Stati, allorquando si configuri una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti, attualmente ratificata da oltre quaranta Paesi, tra cui l’Italia.

Quando un cittadino ritiene che lo Stato abbia violato uno degli obblighi assunti con la sottoscrizione della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo, può presentare ricorso alla Corte europea di Strasburgo.

I diritti riconosciuti dalla Convenzione quali beni preminenti dell’Uomo sono sintetizzati dal Titolo I della Convenzione, che elenca – tra gli altri – il diritto alla vita, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il diritto ad un equo processo, il principio del *nullum crimen sine lege*, le libertà di pensiero, coscienza, religione, espressione, riunione e associazione.

Nel presentare il ricorso, il cittadino può proporre una richiesta di risarcimento dei danni materiali e morali subiti. A questo proposito, appare particolarmente interessante la formulazione dell’art. 41 della

¹⁵⁰ A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, Rimini, 2002, pag.111.

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali che stabilisce che “se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.”

La Corte ha costantemente respinto le richieste avanzate dai ricorrenti di ottenere condanne al pagamento dei “danni punitivi”¹⁵¹.

Solo in una recente occasione, il giudice Matscher ha espresso un'opinione dissenziente, dichiarandosi favorevole al riconoscimento dei “danni punitivi” e alla liquidazione dei punitive and *exemplary damages*¹⁵².

Di fronte a queste conclusioni della Corte, sembra che non ci sia molto spazio per discutere. Eppure, chi scrive è dell'avviso che sia necessario soffermarsi sulla natura delle sentenze con le quali la Corte di Strasburgo condanna gli stati che si rendono responsabili di violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo. Infatti, se guardiamo alla *ratio* delle sentenze, si può sostenere che, al di là del risarcimento (peraltro non sempre riconosciuto in capo al cittadino leso nei suoi diritti), la funzione della condanna è quella di produrre un effetto dissuasivo.

É ben vero, d'altra parte, che non sempre gli Stati condannati si uniformano alle indicazioni fornite dalla Corte di Strasburgo. L'Italia, ad esempio, condannata in varie occasioni a causa della costante violazione dell'art. 6 della Convenzione (che sancisce il diritto di ogni cittadino ad un processo equo in termini ragionevoli¹⁵³), ha preferito pagare le

¹⁵¹ A questo riguardo, possono essere citate le sentenze Akdivar c. Turchia del 1 aprile 1998 (par. 38), Selçuk e Asker contro Turchia del 24 aprile 1998 (par. 119), Mentès e altri contro Turchia del 24 luglio 1998 (par. 21), nonché Cable e altri contro Regno Unito del 18 febbraio 1999 (par. 30).

¹⁵² A margine della sentenza Gaygusuz contro Austria del 16 settembre 1996.

¹⁵³ L'articolo 6 della Convenzione (Diritto ad un processo equo) dispone: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui

condanne, piuttosto che attuare un efficiente riordino del sistema giudiziario.

Al contempo – però – se non si guarda solo agli effetti prodotti dalle sentenze, ma anche, e soprattutto, alla *ratio* delle stesse, si evince che, in effetti, “quando la Corte di Strasburgo condanna uno Stato, non si può non avvertire quell’effetto “pedagogico” che sta alla base dell’istituto dei *punitive damages*: la condanna al risarcimento dei danni patiti dal cittadino leso passa quasi in secondo piano, dato che ciò che rileva è che la pronuncia possa essere un forte monito affinché la violazione non si ripeta”¹⁵⁴.

suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto a:

- a. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico;
- b. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- c. difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- d. esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all’udienza».

¹⁵⁴ Così SIROTTI GAUDENZ, *I ricorsi alla Corte europea*, op. cit., 112 ss.

2. Sulla ammissibilità dei *punitive damages* si è espressa anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee. La Corte, delineando e specificando, tracciandone i confini, una nuova ipotesi di illecito civile, ossia la violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri¹⁵⁵, si è pronunciata sulla ammissibilità dei danni punitivi nel caso di una tale violazione¹⁵⁶.

Nello specifico, La corte di Giustizia ha sottolineato che il risarcimento, posto a carico degli Stati membri in caso di violazione del diritto comunitario, deve essere proporzionato al danno subito.

In mancanza di disposizioni comunitarie, specificanti i criteri da adottare per la quantificazione del danno, si deve fare riferimento al diritto interno di ciascuno Stato membro, al quale spetterà il compito di enucleare i criteri attraverso i quali determinare l'entità del risarcimento. Limite invalicabile di tali criteri "interni" sarà costituito da reclami e azioni analoghe: (i criteri) non potranno essere né meno favorevoli di quelli previsti in casi analoghi dal diritto interno, né potranno essere tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. Inoltre la Corte ha previsto la possibilità, per ogni Stato membro, di prevedere, come ipotesi specifiche di risarcimento del danno, anche il danno esemplare e disciplinarlo con particolari disposizioni¹⁵⁷. Nei limiti in cui tali comportamenti costituiscano una violazione del diritto comunitario o possano aggravare la violazione del diritto comunitario, il risarcimento

¹⁵⁵ Corte Giust., sentenza del 9 novembre 1991, causa C-6/90, *Francovich e Bonifici c. Italia*, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, 1991, I, 5357.

¹⁵⁶ Particolarmente rilevante a tal proposito è la sentenza resa dalla Corte il 6 marzo 1996 nell'ambito dei procedimenti riuniti C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pecheur SA c. Repubblica federale tedesca* e tra *The Queen c. Secretary of State for Transport*, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, 1996, I, 1029, 60. La corte in tale caso, oltre a pronunciarsi sulla questione riguardante l'entità materiale del danno risarcibile, si è espressa con riguardo alla ammissibilità dei danni esemplari.

¹⁵⁷ Secondo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ogni singolo Stato membro potrà, dunque, prevedere normativamente ipotesi specifiche di "danno esemplare", e disciplinarlo con specifiche disposizioni. Così come, ad esempio, avviene nell'ordinamento inglese, (v. *supra*, *paragr. 2.1*), che prevede la possibilità di riconoscere gli *exemplary damages* in presenza di alcuni specifici comportamenti, delineati dal legislatore.

dei danni a titolo esemplare non può escludersi nell'ambito di un reclamo o di un'azione fondati sul diritto comunitario, qualora tale risarcimento possa essere riconosciuto nell'ambito di un reclamo o di un'azione analoghi fondati sul diritto interno.

Seppure in limiti ristretti e nell'ambito di confini molto rigidi, dunque, secondo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la violazione delle norme comunitarie da parte di uno Stato membro può comportare l'obbligo di risarcire i danni punitivi o esemplari.

3. Come si desume dai paragrafi precedenti, l'esperienza europea continentale in tema di responsabilità civile si è assestata, tradizionalmente, sul principio secondo il quale unica conseguenza dell'illecito civile sarebbe il risarcimento del danno cagionato, sia esso dio natura patrimoniale o non patrimoniale, sia che si tratti di danno alla persona, sia che si tratti di danno alle cose. La responsabilità civile avrebbe, dunque, una funzione meramente risarcitoria, mentre la funzione punitivo-deterrente sarebbe peculiarità della responsabilità penale. Dunque, lo spazio per la materia dei *punitive damages*, fatte le eccezioni evidenziate in precedenza, resterebbe alquanto ristretto. Come evidenziato in dottrina¹⁵⁸, con la pandettistica e la codificazione tedesca soprattutto, che hanno avuto una influenza predominante nella cultura giuridica continentale, si è cercato di eliminare totalmente il carattere penale dell'azione civile di risarcimento del danno provocato da illecito. Nella cultura giuridica degli Stati di *civil law* sarebbe, ormai, un dato acquisito la separazione tra conseguenze civili e penali dell'illecito, come, peraltro, sarebbe ormai pacifica la separazione netta tra diritto civile e diritto penale. Le precedenti considerazioni, seppur vecchie di oltre due secoli, possono, ancora, essere ritenute attuali e consentono di formulare una prima, seppur parziale, conclusione sui rapporti tra diritto europeo della responsabilità civile e sentenze di condanna al risarcimento dei danni esemplari: queste ultime devono essere ritenute inammissibili qualora l'aspetto punitivo insito in tali condanne andrebbe a stravolgere le caratteristiche fondamentali dell'istituto della responsabilità civile, a cui le legislazioni europee intendono riconoscere principalmente una funzione compensativa-riparatoria¹⁵⁹. Pur tuttavia.

¹⁵⁸ Per tutti: BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 498 ss.

¹⁵⁹ Per tali considerazioni ancora BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi*, *op.cit.*, 500 ss., seppure questa è la conclusione dei giuristi europei verso l'istituto della responsabilità civile, tuttavia

L'istituto dei *punitive damages* è stato, e continua ad essere, oggetto di attenzione nei paesi di *civil law*. Nell'ordinamento giuridico italiano, almeno nel campo civilistico, il tema non è stato dibattuto. Manca nell'ordinamento giuridico italiano una norma che citi espressamente il termine “danni punitivi o esemplari”. Nondimeno è lecito chiedersi se sia possibile individuare disposizioni vigenti, in grado di comprendere alcuni aspetti del citato concetto, tenendo conto delle diverse finalità ad esso sottese. L'attenzione deve portarsi sul primo comma dell'art. 96 cpc che recita: “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 alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza”. La norma sanziona indubbiamente un comportamento riprovevole della parte, dal momento che colpisce tutti coloro che utilizzano il processo a mero scopo defatigatorio, ovvero, senza il doveroso impegno di quella diligenza che consenta di avvertire agevolmente l'ingiustizia della propria condotta nel processo¹⁶⁰. Il Legislatore Italiano ha voluto introdurre con la norma suindicata una sanzione risarcitoria idonea a costituire un monito per il futuro, se è vero che il danno liquidabile dal Giudice risulta così completamente slegato

non si può negare che un *quid* di penale è insito anche nel giudizio di responsabilità civile, rilevabile soprattutto con riferimento al risarcimento del c.d. danno morale. Ed invero, per giungere alla liquidazione di tale tipo di danno, non ci si basa soltanto su criteri valutativi desumibili dalle circostanze di fatto accertabili in giudizio con i mezzi di prova previsti. Il risarcimento del danno morale tende a compensare non tanto la distruzione ovvero il mancato conseguimento di valori materiali, quanto piuttosto intende riconoscere al danneggiato il giusto ristoro per le sofferenze, il dolore e l'angoscia patite in conseguenza dell'illecito. Chiaramente la determinazione del *quantum* non risulterà agevole ed il giudice dovrà ricorrere, necessariamente, a criteri equitativi, tenendo conto anche dell'atteggiamento soggettivo che ha guidato l'agente nella commissione del fatto illecito e, quindi, dovrà tenere in conto l'intensità del dolo o della colpa grave, nonché degli eventuali vantaggi economici conseguiti dall'agente e direttamente provenienti dall'azione illecita. Evidente, alla stregua di tali considerazioni, che oltre alla tradizionale funzione compensativa-restitutiva, la responsabilità civile assolve anche ad una funzione sanzionatoria e deterrente, seppure in senso lato.

¹⁶⁰ GRASSI, “*Il concetto di “danno punitivo”*”, in *Tagete*, VI, fasc. 1, 2000, pag.107. Si pensi ai numerosi casi in cui le compagnie assicuratrici resistono in giudizio per scoraggiare la parte attrice dall'insistere nell'azione legale e scendere a patti alle condizioni imposte unilateralmente. O, ancora si ipotizzi l'applicazione del danno punitivo al contenzioso bancario. Anche altri temi sono potenzialmente idonei ad essere investiti dal ciclone dei c.d. “danni punitivi”, come per esempio le cause di tutela ambientali e quelle di responsabilità per i danni causati da prodotti difettosi.

dal pregiudizio effettivamente subito dalla vittima, ma solo collegato direttamente ad un comportamento riprovevole della parte in giudizio. Riguardo l'identificazione della natura giuridica dell'art. 96 cpc, la giurisprudenza dominante ha riconosciuto che questa è da considerarsi speciale rispetto al precetto contenuto nell'art. 2043 cc (ad esempio Cassazione civile sez. I, 7 maggio 1998, n. 4624). I danni liquidati sovente dai Giudici, ai sensi dell'art. 96 cpc, sono il più delle volte consistiti in quei danni di cui la parte non aveva raggiunto completamente la prova (Cass. 1592 del 1994). In altri casi sono stati liquidati come danni le spese legali patite dalla vittima e solitamente non ripetibili alla controparte (Cass. 8872 del 1987). Tutte le decisioni censite hanno ritenuto l'applicabilità dell'art. 96 cpc, dando atto implicitamente che il danno liquidato non era rigorosamente collegato al pregiudizio sofferto. Pertanto si è ritenuto che il danno ex art. 96 cpc risulta slegato da quello effettivamente subito dalla vittima per il quale il giudizio è stato instaurato, ed è giustificato esclusivamente dal comportamento della parte che ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave. Se il danno risarcibile ai sensi dell'art. 96 cpc è slegato dalla perdita subita dalla vittima, il Giudice sarà libero di liquidare qualsiasi somma reputi giusta ed equa per adempiere alle prescrizioni del precetto contenuto nell'art. 96 cpc. Pertanto, il risarcimento del danno ex art. 96 cpc dovrà essere tale da incidere di fatto sulle possibilità economiche di chi del comportamento malevole o privo della normale diligenza fa uno stile di vita. A sostegno di questa lettura innovativa del primo comma dell'art. 96 cpc è possibile addurre anche l'art. 88 cpc che al primo comma afferma il dovere delle parti di comportarsi in giudizio secondo lealtà e probità. La mancanza della parte a tale dovere sarebbe infatti priva di una adeguata sanzione e la sua previsione si risolverebbe in una semplice frase di stile. Alla luce delle

considerazioni svolte, pare dunque possibile individuare una duplice finalità dell'art. 96 cpc: di risarcire il danno causato dal riprovevole comportamento processuale dell'altra parte e di costituire un monito in grado di condizionare il comportamento delle parti del processo. Quest'ultimo aspetto è realizzabile, come insegna la comune esperienza, solo quando la sanzione è rapportata alle condizioni economiche del soggetto da punire. Anche se alcuni giuristi italiani hanno vigorosamente sostenuto la possibilità di applicare i “danni punitivi” nel nostro Paese¹⁶¹, tale tentativo non ha sortito alcun effetto rilevante nella giurisprudenza nazionale¹⁶². La Pretura di Milano, con provvedimento datato 6 luglio 1989 ha chiarito che la liquidazione del danno risarcibile in via equitativa (qualora non sia possibile una precisa quantificazione) non deve essere confusa con il concetto del danno punitivo”, nonostante il fatto che il giudice debba tener conto della colpa individuale e di tutte le circostanze legate in concreto anche al profitto conseguito da chi abbia violato le norme¹⁶³. Altra cosa è il cd. compito “sanzionatorio” di una pronuncia. Come ricorda la Corte costituzionale, nella sentenza 184 del 1986, «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». Ad ogni

¹⁶¹ GRASSI, *Il concetto di “danno punitivo”*, op. cit., pag.107. l'A. ravvisa il fondamento giuridico dei “danni punitivi italiani” nella formulazione dell'art. 96 c.p.c.

¹⁶² Una pronuncia di segno opposto è stata emessa dal Tribunale di Torre Annunziata il 23 febbraio 2000 (la decisione è inedita). Si consulti: V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai Punitive damages di common law*, in *Giur. it.*, 1985, IV, pag. 12.

¹⁶³ Pret. Milano, 6 luglio 1989, in *Dir. e prat. assicur.*, 1989, pag. 867 ss.

modo, in merito all'esecuzione in Italia di sanzioni costituite dai danni punitivi comminate da un tribunale statunitense ad un soggetto italiano, la giurisprudenza nazionale ha osservato che le stesse hanno finalità pubbliche di deterrente per evitare azioni od omissioni «che possano recare danno ad una serie di soggetti attribuendo tuttavia al singolo danneggiato un beneficio ingiustificato per finalità estranee all'ordine pubblico internazionale italiano, con conseguente irrimediabile conflitto con esso e non delibabilità della decisione»¹⁶⁴. Con un provvedimento del 2007, la Suprema Corte ha sottolineato che nell'ordinamento italiano vigente «l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante»¹⁶⁵. Escludendo la possibilità di riconoscere un provvedimento statunitense che conteneva una condanna ai punitive or *exemplary damages*¹⁶⁶, la Corte ha rilevato che «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»¹⁶⁷. Nell'occasione si è chiarito che tale principio «vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui 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*»¹⁶⁸. Autorevole dottrina¹⁶⁹ ha

¹⁶⁴ Corte app. Venezia, 15 ottobre 2001, in *Foro pad.*, 2002, I, col. 525.

¹⁶⁵ Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Corr. giur.*, 2007, fasc. 4, pag. 497.

¹⁶⁶ Caratterizzati, secondo la Corte di legittimità, dall'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito.

¹⁶⁷ Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, *cit.*

¹⁶⁸ *Ibidem*. È stato anche osservato che la clausola penale, ben diversa dal "danno punitivo", non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, dato che «assolve la funzione di rafforzare il vincolo

osservato come l'attuale formulazione dell'art. 125 del codice della proprietà industriale¹⁷⁰, recentemente modificato dal d. lgs. 10 marzo 2006, n. 140, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2004/48/CE, consente di individuare spazi significativi per una sorta di “*danno punitivo*”, in considerazione del fatto che tale articolo dispone che il risarcimento possa essere basato sulla perdita subita dal soggetto che lamenta la violazione dei propri diritti di proprietà intellettuale¹⁷¹.

In effetti, benché negli ultimi anni si sia assistito ad un ampliamento dei confini “classici” del risarcimento del danno (con l'introduzione, per esempio, del “*danno esistenziale*”, che comprende il cd. *pretium doloris*), il rigido impianto sistematico del *corpus* delle norme del diritto civile italiano non sembra concedere molto spazio alle figure di creazione giurisprudenziale del diritto anglo-americano.

In una prospettiva di diritto uniforme, si è cercato di affrontare il problema dell'istituto dei danni punitivi. Ciò è avvenuto nell'ambito della Conferenza dell'Aja. Ivi ci si è occupati della elaborazione di un testo di convenzione sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere in materia civile e commerciale. Proprio in tale ambito la Conferenza ha dibattuto il tema del riconoscimento delle sentenze straniere che contemplan*o* i *punitive damages*¹⁷². I punti di contrasto tra le delegazioni sono stati numerosi e, tra di essi, il punto di maggior gravità di contrasto riguardava proprio la

contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato venga a configurare, secondo v l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta».

¹⁶⁹ PARDOLESI, *Digesto disc. priv - Aggiornamento, tomo I*, 2007, pag. 464 ss.

¹⁷⁰ Trattasi del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

¹⁷¹ PARDOLESI, *ult. op. cit.*, pag. 464.

¹⁷² V. art. 33 del progetto nella versione approvata nel corso della prima parte della conferenza diplomatica che si è svolta dal 6 al 20 giugno 2001. In proposito: CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, 977 ss.

formulazione di una soluzione uniforme, che risultasse, cioè, accettabile per i paesi di *common law* come per quelli di *civil law*¹⁷³.

Art. 33 del progetto di convenzione, nella versione approvata a giugno 2001, ha cercato una formula di compromesso che, tuttavia si avvicina maggiormente alle posizioni dei giuristi americani. L'articolo citato prevede, infatti, la non riconoscibilità dei “*dommages et intèrests manifestement excessifs*”, cioè dei danni “*glossy excessifs*”, peraltro già dichiarati non ammissibili dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, in quanto il loro riconoscimento si porrebbe in contrasto con i principi della Costituzione Federale ed in particolar modo con la clausola del *due process law* di cui al quattordicesimo emendamento.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, appare evidente l'importanza del ruolo che i danni punitivi possono assumere nell'ambito del sistema sanzionatorio, italiano ed europeo tutto. Il punto focale diventa quello di individuare i casi in cui, concretamente, i *punitive damages* potrebbero risultare opportuni. La scelta, viste le differenze nei vari sistemi europei analizzati, nonché nel sistema statunitense, non è di facile soluzione, viste anche le implicazioni cui si giungerebbe sul piano sistematico.

A tale scopo si potrebbe prendere spunto dalle esperienze di ordinamenti che già da tempo utilizzano tale rimedio (l'esempio statunitense e il più moderato esempio inglese). Bisognerebbe iniziare a operare al fine di realizzare una sorta di “regolamento dei danni punitivi”, che punti a risolvere le questioni più problematiche e che eviti

¹⁷³ BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi*, op. cit., 506, ha sottolineato la difficoltà di una soluzione uniforme proprio perché i giuristi europei tendono a limitare il riconoscimento delle sentenze civili di condanna secondo i principi della propria legislazione, citando, cioè, per quanto possibile il ricorso a “*dommages et intèrests non compensatoires*”, d'altro canto, i giuristi statunitensi, sarebbero disposti ad escludere il riconoscimento delle sentenze di condanna solo qualora si tratti di “*dommages et intèrest manifestement abusifs*” ovvero “*exagèrèment excessifs*”.

“eccessi”. Necessaria appare, dunque, l’individuazione di presupposti e requisiti oggettivi e soggettivi per la loro applicazione.

CAPITOLO IV

I PUNITIVE DAMAGES SI AFFACCIANO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Sommario: 1. Tesi di incompatibilità ordinamentale del risarcimento punitivo. 2. Confutazione delle tesi negazioniste. 3. Timide aperture normative al riconoscimento dei *punitive damages* nell'ordinamento italiano.

1. È opinione diffusa ed ampiamente condivisa nel vasto panorama dottrinale italiano che la funzione sanzionatoria e punitiva della condanna ai cd. danni punitivi contrasterebbe con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano¹⁷⁴, il quale attribuisce alla responsabilità civile una funzione esclusivamente compensativa/riparatoria, che non consente al soggetto danneggiato di ottenere somme eccedenti il danno effettivamente subito. La Suprema Corte¹⁷⁵, conformemente alla dottrina maggioritaria, ha affermato che «nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta; è quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali; tale risarcibilità è sempre condizionata

¹⁷⁴ In argomento, si v. G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda (nota a A. Trento-Bolzano, 16 agosto 2008)* in *Danno e resp.*, 2009, p. 92 ss. P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico (nota a A. Trento-Bolzano, 16 agosto 2008)*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 525.

¹⁷⁵ Cfr. Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.* 2007, I c. 1461, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, e in *Corr. Giur.*, 2007, p. 497 con nota di P. FAVA, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1125 con nota di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* e in *Corr. Giur.*, 2007, p. 497 con nota di P. FAVA, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1125 con nota di P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*

all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata *in re ipsa*¹⁷⁶; è inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obbligato». Nella specie, era stata impugnata per cassazione la pronuncia di rigetto dell'istanza di delibazione di una sentenza statunitense che aveva condannato il produttore di un casco protettivo utilizzato dalla vittima di un incidente stradale; la sentenza aveva accertato il difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura del casco e aveva liquidato i danni secondo i criteri che il giudice della delibazione aveva ritenuto propri dell'istituto dei danni punitivi e come tali incompatibili con l'ordine pubblico interno.

Nella decisione richiamata, con riferimento alla doglianza secondo la quale la sentenza statunitense non sarebbe in ogni caso contraria all'ordine pubblico interno, conoscendo il nostro ordinamento civilistico istituti aventi natura e finalità sanzionatoria e afflittiva, quali la clausola penale e il risarcimento del danno morale e non patrimoniale¹⁷⁷, si è inoltre statuito che «la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo

¹⁷⁶ Cfr. Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, cit., la quale richiama Cass., sez. un., 26 aprile 2007, n. 10024; Cass., sez. III, 21 dicembre 1998, n. 12767; Cass., sez. un., 14 febbraio 2000, n. 1633.

Nello stesso senso, anche in relazione all'accoglimento del concetto di danno-conseguenza e non già di danno-evento, si v. le cd. sentenze gemelle: Cass., sez. III, 31 maggio, 2003, n. 8827, Pres. Carbone, Est. Amatucci; Cass. sez. III, 31 maggio, 2003, n. 8828, Pres. Preden, in *Corr. Giur.*, 2003, 8, p. 1017, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale: una svolta per il danno alla persona*; in *Resp. Civ.*, 2003, p. 675, con nota di P. CENDON, E. BARGELLI, P. ZIVIZ; in *Danno e resp.*, 2003, p. 1125 con nota di CARBONE. Da ultimo si v. Cass., 4 giugno 2007, n. 12929 in *Danno e resp.*, 2007, p. 1243, con nota di Foffa, nonché Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, pres. CARBONE, est. Preden, in *Foro it.* 2009, I, c. 120, con note di A. PALMIERI, PARDOLESI e R. SIMONE, G. PONZANELLI, E. NAVARRETTA; in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 e 19 ss con note di C. CASTRONOVO, A. PROCIDA MIRABELLI di lauro, S. LANDINI e C. SGANGA.

¹⁷⁷ Sul punto si v. M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca, a cura di Galgano, sub. art. 2059 c.c.*, Bologna-Roma, 1993, p. 1250 ss., secondo cui il danno morale ha una funzione sanzionatoria e punitiva. Id., *Fatti illeciti, Supplemento, in Comm. c.c. Scialoja-Branca, a cura di Galgano, sub. art. 2059 c.c.*, Bologna-Roma, 2004, p. 530, secondo cui, a differenza del nuovo danno non patrimoniale, il danno morale soggettivo dell'art. 185 c.p., per la sua prevalente funzione punitiva.

contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta; pertanto, deve escludersi che la clausola penale prevista dall'art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto Nord-americano dei *punitive damages* avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito».

2. La prefata sentenza ingloba argomentazioni destinate ad essere superate.

A ben vedere, infatti, le argomentazioni addotte nella sentenza, si pongono in contrasto sia con il nuovo orientamento delle Sezioni unite in materia di clausola penale, sia con la nuova apertura dell'ordinamento giuridico italiano al riconoscimento dei danni punitivi. Con sempre maggiore intensità e generalizzazione, infatti, nuove norme interne autorizzano il giudice a liquidare al danneggiato somme eccedenti il danno effettivamente subito. Le Sezioni unite della Cassazione¹⁷⁸, in conformità a quanto sostenuto in dottrina¹⁷⁹, hanno statuito che «nel disciplinare l'istituto la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore di fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (aspetto sanzionatorio della penale), e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio, di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private».

¹⁷⁸ Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, Pres. CARBONE, Rel. LO PIANO, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985, con commento di A. RICCIO, *L'equità correttiva è dunque, assunta a regola generale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 927, ss. e in *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e Responsabilità*, 2006, p. 424 ss. In senso conforme si v. Cass., sez. II, 28 settembre 2006, n. 210066 est. Ebner, con commento di A. Riccio, *Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice*, in *Contratto e Impresa*, 2007, p. 712, ss.

¹⁷⁹ Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 515 ss, il quale oltre a mettere in evidenza la funzione punitiva della clausola penale, segnala che in giurisprudenza prevale l'opinione che la clausola penale possa assolvere sia una funzione risarcitoria sia una funzione punitiva (Cfr. Cass, 17 ottobre 1985, n. 5122; Cass., 26 giugno 2002, n. 9295) ID., *Alla ricerca delle sanzioni civile indirette*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 531. In argomento si v. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

L'esonero dalla prova del danno, prevista dall'art. 1382, comma 2°, c.c., è suscettibile di essere intesa tanto come esonero dall'onere di provare l'entità del danno subito tanto come irrilevanza del danno¹⁸⁰.

La riduzione della penale manifestatamente eccessiva è, d'altra parte, rapportata non all'entità del danno, ma all'interesse del creditore all'adempimento¹⁸¹; ed un principio di proporzionalità fra sanzione e trasgressione vale, come è noto, anche per le pene pubbliche.

Alla luce di questo nuovo orientamento, dunque, non si può più sostenere che i cd. danni punitivi sono in contrasto l'ordine pubblico interno¹⁸², dato che il nostro ordinamento civilistico conosce la clausola penale che ha anche una funzione sanzionatoria e affittiva, sia pur nei limiti del principio di proporzionalità.

Inoltre, la sezione Lavoro della Corte Suprema di Cassazione ha affermato che il diritto civile non ignora anzi contempla istituti risarcitori sanzionatori di carattere affittivo con funzioni di deterrenza, qual è quello previsto dall'art. 18 comma quarto della L. 300/1970 in materia di risarcimento del danno da reintegrazione del lavoratore licenziato, cui spetta la liquidazione ristorativa di una somma pari a cinque mensilità dell'ultima retribuzione indipendentemente dall'entità del pregiudizio patito.

¹⁸⁰ Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., pag. 516.

¹⁸¹ Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, cit., pag. 516; A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, cit., p. 424; Cass., 21 aprile 1965, n. 699, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1339; Cass. 23 ottobre 1979, n. 5537, in *Foro it. Rep.* 1991, voce *Contratto in generale*, n. 234; Cass., 24 aprile 1980, n. 2479, in *Giur. it.*, 1982, I, c. 1784 con nota di MOSCATI; Cass., 21 ottobre 1991, n. 11115, in *Foro it. Rep.* 1991, voce *Contratto in generale*, n. 306. Una parte della dottrina ha sostenuto che il giudice, ai fini della riduzione della penale, debba tenere conto degli interessi non patrimoniali del creditore: cfr. S. MAZZARESE, *La clausola penale*, Artt. 1382-1384 cod. civ., in *Comm. Cod. Civ.*, P. SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1999, pag. 146 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., pag. 266 ss.

¹⁸² A ben vedere altre norme del codice civile e delle leggi speciali riconoscono i cd. danni punitivi, a titolo di esempio, l'art. 129 bis c.c., rubricato *'Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo'*, anche a prescindere del danno sofferto riconosce a favore del coniuge in buona fede, una congrua indennità. In argomento si v. E. ALMUREDEN, *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA, Torino, 2008, p. 48.

Non si mancherà di dar conto, nei capitoli che seguono, di numerose sentenze che hanno riconosciuto la risarcibilità del danno punitivo nel nostro ordinamento.

3. Ma altre aperture dell'ordinamento giuridico italiano ai danni punitivi si possono cogliere in via esemplificativa in alcune nuove norme.

L'art. 125 del codice della proprietà industriale rubricato *Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dall'autore della violazione* consente di cumulare all'integrale risarcimento dei danni, anche, per la parte eccedente il lucro cessante, o in alternativa a questo, gli utili realizzati dall'autore della violazione¹⁸³. Poiché l'utile conseguito dal danneggiante può eccedere il danno effettivamente subito dal danneggiato, è evidente che in questo caso il risarcimento non ha una funzione esclusivamente compensativa/riparatoria, bensì una ulteriore funzione sanzionatoria e punitiva¹⁸⁴.

¹⁸³ La disposizione recita: 1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, 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.

2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alla presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.

3. 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. Sul codice della proprietà industriale (D.lgs. 1 febbraio 2005, n. 30, sostituito ad opera dell'art. 17 del d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, di attuazione della dir. Ce 2004/48) si v. L.C. UBERTAZZI, *Il codice della proprietà industriale*, Milano, 2004; M. SCUFFI, in *Il codice della proprietà industriale*, a cura di SCUFFI, FRANZOSI, FITTANTE, Padova, 205; M. LIBERTINI, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004; P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005, p. 185 ss.; P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, p. 824 ss; M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni punitivi da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 172.

¹⁸⁴ Già in precedenza la giurisprudenza condannava il danneggiante a riversare al danneggiato a titolo di risarcimento il profitto ricevuto dalla contraffazione: Trib. Milano, 15 aprile 2002, in *AIDA*, 2003, p. 472; Trib. Firenze, 9 gennaio 2001, in *Giur.it.*, 2002, c. 339; Trib. Milano, 13 luglio 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, p. 1081; Trib. Vicenza, 4 settembre 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2001, p. 332. Al riguardo A. PLAIA, *Proprietà industriale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, p. 145, rileva che il codice della proprietà industriale sembra recepire tale orientamento, costruendo una misura funzionale al recupero degli utili ma consegnata in termini risarcitori (in questo senso depone la rubrica dell'articolo. In dottrina non si riscontra univocità di vedute: si è affermato che in questo caso ci troveremmo in presenza di una autonomia pretesa restitutiva della vittima della contraffazione (cfr. C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *IDI*, 2003, p. 7; A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 Trips*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 1003); altri invocano le norme sulla gestione di affari altrui (cfr. P. SIRENA, *L'efficacia dei rimedi civilistici a tutela del diritto d'autore: prospettive di una ridefinizione sistematica*, in *AIDA*, 2003, p.

La legge di protezione del diritto d'autore e degli altri diritti connessi al suo esercizio, oltre ad introdurre anche in materia di diritti d'autore le *astreintes*¹⁸⁵, già previste in altri settori della proprietà industriale, estende espressamente, con l'art. 156¹⁸⁶, la responsabilità e le relative sanzioni all'intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione (cd. *contributory infringement*)¹⁸⁷ e, quindi, anche al server provider. Il nuovo art. 158 l.d.a., inoltre, recepisce il consolidato orientamento secondo cui la violazione di un diritto di esclusiva costituisce danno in *re ipsa* che va liquidato anche equitativamente dal giudice tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto¹⁸⁸.

520; G. GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, in *AIDA*, 2000, p. 145); altri le norme sulla riversione dei frutti nel possesso (cfr. G. GITTI, *Il possesso di beni immateriali e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, p. 152).

¹⁸⁵ Cfr. L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esecuzine forzata*, 2004, p. 333.

¹⁸⁶ L'art. 156 recita: 1. Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

2. Sono fatte salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.

3. L'azione è regolata dalle norme di questa sezione e dalle disposizioni del codice di procedura civile. Sulla l. 22 aprile 1941, n. 633 e s.m.i. anche ad opera dell'art. 5, d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, di attuazione della dir. Ce 2004/48, si v. A. MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Comm. cc. Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 2008, p. 270 ss.; A. MONELLI, *L'attuazione della direttiva enforcement nel diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 195 ss.; G. RAGONESI, *Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. n. 140/2006, di recepimento della direttiva n. 48/2004*, in *Dir. autore*, 2006, p. 443.

¹⁸⁷ Cfr. L. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, in *Annali it. dir. autore*, 2002, p. 307 ss.; G. SPEDICATO, *La responsabilità extracontrattuale del provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Cyberspazio e dir.*, 2003, p. 95 ss.

¹⁸⁸ L'art. 158 recita: 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'art. 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 forfetaria 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.

3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 del codice civile.

In argomento si v. P. AUTERI, *Il risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore*, in *Aa.Vv., Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004, p. 315; M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 172.

La suddetta norma prevede inoltre che, oltre al risarcimento del danno, l'autore della violazione può essere condannato a distruggere o rimuovere, a proprie spese, lo stato di fatto da cui risulta la violazione.

Per completare la funzione punitiva, infine l'art. 158 l.d.a. prevede che il giudice può altresì liquidare il danno in via forfetaria 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 (cd. prezzo del consenso), ma con l'integrazione di una maggiore somma, rapportata agli utili realizzati in violazione del diritto¹⁸⁹.

A ben vedere, l'art. 158 l.d.a. è sembrato, in potenza, meno severo della corrispondente norma dell'art. 125 C.p.i. in materia di proprietà industriale¹⁹⁰. Tuttavia la norma contiene delle sanzioni (cd. danni punitivi): il risarcimento del danno, infatti, può andare al di là della mera funzione compensativa, essendo rapportato non solo al danno effettivamente subito dal danneggiato, bensì anch agli utili ricavati dal danneggiante per effetto della operazione abusiva. L'art. 158 l.d.a., dunque, chiarisce che la condanna del danneggiante a riversare al danneggiato gli utili in violazione del diritto, è emessa non già, ai sensi dell'art. 2041 c.c. per l'arricchimento ingiustificato, o ai sensi dell'art. 2028 c.c. per la gestione di affari altrui, o ai sensi dell'art. 1148 c.c. per la restituzione dei frutti nel possesso, bensì a titolo di risarcimento del danno che ha anche una funzione punitiva. Poiché la norma parla di «utili realizzati in violazione del diritto», senza effettuare alcuna distinzione, si deve ritenere, a differenza di quanto statuito prima dell'entrata in vigore dell'art. 158 l.d.a.¹⁹¹, che anche quando l'illecito

¹⁸⁹ Cfr. Cass. sez. I, 14 marzo 2001, n. 3672 in *Dir. autore*, 2001, p. 463.

¹⁹⁰ Cfr. C.E. Mezzetti, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come criteri di liquidazione*, in *Giur.it.*, 2006, II, c. 1884 ss.

¹⁹¹ Cfr. App., Milano, sez. I, 14 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, II, c. 1880.

consiste nell'elaborazione creativa dell'opera, e l'apporto personale di chi ha compiuto tale elaborazione è stato determinante per il successo dell'opera derivata, il danno potrà essere liquidato in misura pari agli utili conseguiti dall'autore della violazione, senza essere dedotta una quota commisurata all'apporto creativo ed al contributo al successo commerciale dell'opera a questi riferibile. Orbene, poiché l'utile conseguito dal danneggiante può eccedere il danno effettivamente subito dal danneggiato, è evidente che, anche in questo caso, il risarcimento non ha una funzione esclusivamente compensativa/riparatoria, bensì una ulteriore funzione sanzionatoria e punitiva.

In materia di diritto di famiglia, la dominante giurisprudenza e la una parte della dottrina sono concordi nel ritenere che il legislatore con l'art. 709 ter c.p.c.¹⁹², ha introdotto nel nostro ordinamento una figura di danni punitivi, con finalità anche deterrenti e sanzionatorie nei confronti del responsabile¹⁹³. Nel caso in esame, il risarcimento del danno a carico del genitore inadempiente ha natura sanzionatoria e non compensativa,

¹⁹² L'art. 709 ter c.p.c. rubricato Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni dispone: per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può anche congiuntamente:

- 1) ammonire il genitore inadempiente;
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;
- 4) Condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.

¹⁹³ Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1024, con nota di G. FACCÌ; Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, in *La responsabilità civile*, 2007, p. 472; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, p.60, con nota di E. La Rosa, *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?* in *Foro it.*, 2008, I, c. 1689, con nota di G. CASABURI; in *Giur. merito*, 2008, p. 1584, con nota di M. Dell'UTRI; Trib. Palermo, 2 novembre 2007, inedita; App. Firenze, 22 agosto 2007, in *Merito extra*, 2007; App. Firenze, 29 agosto 2007, in *Fam.Pers.Succ.*, 2008, p. 370; Trib. Modena, 29 gennaio, 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 823 con nota di C. ONNIBONI.

con la conseguenza che non è necessaria la prova del pregiudizio subito¹⁹⁴.

Il risarcimento del danno travalicherebbe, quindi, il limite del rapporto strettamente privatistico all'interno del nucleo familiare e verrebbe a costituire una sorta di comminatoria rapportata alla mancata ottemperanza dei provvedimenti dell'autorità¹⁹⁵. I profili pubblicistici dei provvedimenti in questione sono confermati anche dall'ordinamento che ritiene il giudice possa anche d'ufficio disporre l'ammonizione e la sanzione amministrativa in favore della Cassa delle ammende¹⁹⁶, nonché il risarcime, La tutela del coniuge e della nto del danno a favore del figlio minore¹⁹⁷.

Con riferimento alla tutela ambientale, l'art. 311 del Codice dell'ambiente¹⁹⁸, abrogando il precedente art. 18, l. 8 febbraio 1948, n. 47, sembrerebbe abbandonare il criterio sanzionatorio e punitivo previsto

¹⁹⁴ Si v. la giurisprudenza richiamata nella precedente nota.

¹⁹⁵ F.DANOVI, *I provvedimenti riguardanti i figli: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia*, in *Trattato Bonilini Cattaneo*, Torino, 2007, p.1108.

¹⁹⁶ Cfr. Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, cit.; in senso contrario si v. GRAZIOSI, *La legge 54/06 e l'affidamento condiviso*, in *Aiaf*, 2006, p. 21.

¹⁹⁷ Cfr. G. DE MARZO, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, a cura di De Marzo, Cortese, Liuzzi, Milano, 2007, p. 722.

¹⁹⁸ Introdotto con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, modificato dal d.lgs 8 novembre 2006, n. 284 e dal d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4. L'art. 311, rubricato 'Azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale', dispone: 1. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio 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. Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato. 3. Alla quantificazione del danno il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede in applicazione dei criteri enunciati negli allegati 3 e 4 della parte sesta del presente decreto. All'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede con le procedure di cui al titolo III della parte sesta del presente decreto. In argomento si v, tra gli altri, F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente*, Milano, 2006, p. 1 ss.; U. SALANITRO, *Danno ambientale*, in *Enc. Giur.*, IV Milano, 2007, p. 636 ss.; Id., *I danni temporanei all'ambiente e tutela degli interessi privati: un problema di ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 416 ss.; G. FESTA, voce *Risarcimento del danno ambientale*, in *Dig. pubbl. agg.*, Torino, 2008, p. 780; M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008, p. 1 ss.; A. FERRI, *Prospettive civilistiche e danno ambientale*, in *La responsabilità civile*, 2007, p. 1 ss; P. BRAMBILLA, *Le sanzioni ambientali in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 19 ss.

dalla precedente disposizione abrogata¹⁹⁹. La predetta norma dispone, infatti, che colui che arreca danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato²⁰⁰. A ben vedere, vista la non univocità della nozione di danno ambientale, a seguito del mancato coordinamento tra gli artt. 300 e 311 del d.lgs. n. 152 del 2006²⁰¹ in relazione appunto alla nozione di danno ambientale, si potrebbe addirittura ritenere applicabile il principio di diritto secondo cui in tema di risarcimento del danno ambientale, non sussiste una duplicazione risarcitoria qualora il responsabile sia condannato al ripristino dello stato dei luoghi ed al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, essendo volta la condanna ad elidere, per il primo aspetto, il pregiudizio non patrimoniale del vulnus all'ambiente in quanto bene giuridico unitario ed immateriale e, per il secondo, quello patrimoniale verificatosi nel periodo successivo al verificarsi dell'evento lesivo²⁰².

Ai fini della quantificazione del danno ambientale, dunque, il giudice potrebbe comunque determinare l'ammontare del danno in via equitativa²⁰³, tenendo conto sia della lesione al bene giuridico, sia della gravità della colpa, sia del costo necessario per il ripristino, sia del

¹⁹⁹ L. COSTATO-F. PELLIZER, *Commentario al codice dell'ambiente*, Padova, 2007, p. 858.

²⁰⁰ P. FIMIANI, *La tutela risarcitoria a seguito del danno ambientale (nota a Cass., sez., II, 17 aprile 2008, n. 10118)* in *Giur.it*, 2008, c. 2711.

²⁰¹ L'art. 300, comma 2, riprende pedissequamente la definizione della dir. Ce. n. 04/35 del Parlamento europeo e del Consiglio, e offre una tutela frazionata di alcune componenti del bene ambiente, mentre segue, all'art. 311, comma 2, una formulazione in termini generali dell'illecito ambientale. Questa duplice definizione ha indotto una parte della dottrina a ritenere ancora attuale la nozione unitaria di danno ambientale, così come elaborazione dalla giurisprudenza e dalla dottrina sotto la vigenza dell'art. 18, l. n. 349 del 1986: cfr. L. PRATI, *La criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del codice dell'ambiente*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1050 ss.

²⁰² Cfr. Cass., sez. III, 17 aprile 2008, n. 10118, in *Giur. it.*, 2008, c. 2708.

²⁰³ Cfr. N. LUGARESIS- S. BERTOZZO, *Nuovo codice dell'ambiente, con commento e giurisprudenza*, Rimini, 2008, p. 1206, si precisa che spetterà al giudice definire le corrette modalità di quantificazione del danno che evidentemente passerà attraverso i criteri equitativi di cui all'art. 2056 c.c.; FIMIANI, *La tutela risarcitoria a seguito del danno ambientale (nota a Cass., sez., II, 17 aprile 2008, n. 10118)*, cit., pag. 2711.

profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali²⁰⁴.

Con l'art. 4, d.l. 22 settembre 2006, n. 259, recante disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2006, n. 281²⁰⁵, il legislatore fissa un risarcimento generale ed astratto che scatta al momento della lesione²⁰⁶. Considerato che l'utile conseguito dal danneggiante può eccedere il danno effettivamente subito dal danneggiato, è evidente che anche in questo casi il risarcimento non ha una funzione esclusivamente compensativa/riparatoria, bensì una ulteriore funzione sanzionatoria e punitiva.

In tema di ragionevole durata del processo la legge 24 marzo 2001, n. 89 (cd. Legge Pinto)²⁰⁷ dispone all'art. 2 rubricato *Diritto all'equa*

²⁰⁴ In senso contrario si v. P. FIMIANI, *La tutela risarcitoria a seguito del danno ambientale (nota a Cass., sez., II, 17 aprile 2008, n. 10118)*, cit., pag. 2711.

²⁰⁵ L'articolo dispone : 1. A titolo di riparazione può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli o dei documenti di cui al comma 2° dell'articolo 240 del codice di procedura penale, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni cas, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro. 2. L'azione può essere proposta da parte di coloro a cui detti atti o documenti fanno riferimento. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della pubblicazione. Agli effetti della prova della corrispondenza degli atti o dei documenti pubblicati con quelli di cui al comma 2° dell'articolo 240 del codice di procedura penale fa fede il verbale di cui al comma 6° dello stesso articolo. Si applicano, in quanto compatibili, le norme di cui al capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura civile. 3. L'azione è esercitata senza pregiudizio in quanto il Garante per la protezione dei dati personali possa disporre ove accerti o inibisca l'illecita diffusione di dati o di documenti. Anche a seguito dell'esercizio di diritti da parte dell'interessato. 4. Qualora sia promossa per i medesimi fatti di cui al comma 1° anche l'azione per il risarcimento del danno, il giudice tiene conto, in sede di determinazione e liquidazione dello stesso, della somma corrisposta ai sensi del comma 1°. In argomento, si v. P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, cit., p. 824 ss.

²⁰⁶ G. PONZANELLI, *I danni punitivi nell'esperienza nordamericana*, cit., pag. 30, il quale precisa che questo è un vero e proprio danno-evento e non un danno-conseguenza.

²⁰⁷ In argomento si v. R. CONTI, *Le sezioni unite ancora sulla legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della Cedu*, in *Corriere giur.*, 2006, pag. 842; F. AULETTA, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pag. 965 ss.; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale della legge Pinto*, in *La responsabilità civile*, 2009, pag. 485. L'art. 2 dispone: 1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto della violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della l. 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione. 2. Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione della stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione. 3. Il giudice determina la

riparazione che è ragionevole il termine di tre anni per la durata del giudizio di primo grado e quello di due per la durata del giudizio di secondo grado²⁰⁸. Inoltre, in conformità con i criteri di liquidazione elaborati dalla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, i danni non patrimoniali in caso di irragionevole durata del processo vanno determinati in misura minima forfettaria compresa tra mille e millecinquecento euro all'anno, in difetto di elementi che consentano di elevarla²⁰⁹. Contrariamente a quanto si è statuito in alcune pronunce²¹⁰, il giudice nazionale, anche ai sensi dell'art. 117 Cost.²¹¹, ha l'obbligo di rispettare l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo²¹².

Se la Corte europea dei diritti dell'uomo configura i danni non patrimoniali in questione come un danno-evento, al quale di regola ricollega, in via forfettaria, una somma compresa tra 1.000,00 e 1.500,00 euro all'anno, per l'intera durata del giudizio, al fine di meglio sanzionare e punire lo Stato inadempiente, la Corte di Cassazione, invece, configura il suddetto danno non già *in re ipsa*, come danno-

riparazione a norma dell'art. 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti: a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1°; b) il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione.

²⁰⁸ Cfr. Cass., sez. I, 3 gennaio 2008, n. 14, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1469, con nota di L. MASERA, *Ragionevole durata del processo tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Cassazione e Corte costituzionale*.

²⁰⁹ Cfr. Cass., sez. I, 3 gennaio 2008, n. 14, cit. In senso conforme si v. Cass., sez. I, 22 dicembre 2006, n. 27503; Cass., sez. I, 15 novembre 2006, n. 24356; Cass., sez. I, 24 gennaio 2007, n. 1605.

²¹⁰ Cass., sez. I, 14 marzo 2008, n. 6898, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1893.

²¹¹ Cfr. F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 196, il quale mette in evidenza che ai sensi del nuovo articolo 117 Cost., la Cedu è costituzionalizzata, tanto è vero che la Corte costituzionale ne ha preso atto, dichiarando l'illegittimità costituzionale di alcune norme ordinarie sulla scorta della Convenzione.

²¹² Cfr. Cass, sez. I, 11 marzo 2009, n. 5894, secondo cui in tema di equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, il giudice chiamato ad applicare la l. n. 89 del 2001 deve adottare una interpretazione conforme alla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo e, se ritiene la suddetta legge inadeguata a garantire gli obiettivi della Cedu, non può disapplicarla, ma deve investire il giudice delle leggi, sollevando questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, comma 1°, Cost.

evento, insito nella violazione della durata ragionevole del processo²¹³, bensì come danno-conseguenza²¹⁴, da risarcire solo se allegato e provato²¹⁵, anche in via presuntiva ed equitativa²¹⁶, e in relazione non già all'intera durata del giudizio, bensì al tempo eccedente la ragionevole durata e quindi il solo ritardo. A ben vedere, la più recente giurisprudenza, in tutti i casi di violazione della durata ragionevole del processo, presume il danno conseguenza, secondo l'*id quod plerumque accidit*, e liquida tale oggettivo risarcimento, applicando i parametri forfettari CEDU oscillanti, di regola, tra mille e millecinquecento euro all'anno. Orbene, poiché attraverso la regola dell'oggettivo criterio presuntivo si arriva comunque a risarcire il danneggiato a prescindere dall'effettivo danno concretamente subito²¹⁷, è evidente che anche in questo caso il risarcimento non ha una funzione esclusivamente compensativa/riparatoria, bensì una ulteriore funzione sanzionatoria e punitiva²¹⁸.

L'art. 385, comma 3°, c.p.c., dispone che la Corte di Cassazione, anche d'ufficio, «quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'art. 375, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave». La norma citata configura una particolare ipotesi di condanna per lite

²¹³ Cfr. Cedu, 10 novembre 2004, in Foro it., IV, c. 237.

²¹⁴ Cass, sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1338, in *Danno e resp.*, 2004, p. 499 con nota di A. Venturelli.

²¹⁵ Cass, 16 marzo 2007, n. 6294. Per quanto riguarda il danno patrimoniale ed il relativo nere della prova si v. Cass., 2 febbraio 2007, n. 2246.

²¹⁶ Cfr. Cass, sez. I, 10 aprile 2008, n. 9328.

²¹⁷ Questa sembra la ratio sia delle norme CEDU sia della legge Pinto, emessa a seguito delle numerose sanzioni subite dallo Stato italiano per aver violato i tempi ragionevoli del processo. A riguardo si v. M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale della legge Pinto*, cit., pag. 488.

²¹⁸ Cfr. Corte Europea diritti dell'uomo, 10 novembre 2004, la quale precisa che ' la corte europea dei diritti umani può liquidare alla vittima una somma ulteriore rispetto a quella liquidata a titolo di equa riparazione dai giudici nazionali per l'eccessiva durata dei processi ove difforme dai criteri impartiti dalla stessa corte europea'.

temeraria²¹⁹, che prescindendo dalla effettiva esistenza di un pregiudizio, configura un vero e proprio danno punitivo²²⁰. Il nuovo art. 96, comma 3°, c.p.c., dispone che «quando in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». Con questa disposizione il legislatore italiano ha generalizzato, sia pure in caso di soccombenza, la condanna al risarcimento dei cc.dd. danni punitivi.

Con riguardo alle *astreintes*, a cui si è precedentemente fatto cenno, occorre dire che l'art. 140 c. cons., prevede che detto istituto di origine francese, sia finalizzato, a differenza dei *punitive damages*, a far sì che il condannato adempia all'ordine giudiziale tenendo un comportamento consistente in un obbligo di fare fungibile, difficilmente eseguibile o inesequibile in via esecutiva.

Recentemente il nostro ordinamento ha generalizzato le *astreintes* con la riforma del codice di procedura civile entrato in vigore il 4 luglio 2009. Tuttavia lascia perplessi la decisione di espungere dall'ambito di applicazione della norma le controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.

Alla luce delle analisi sin qui svolte, ed in seguito al superamento delle obiezioni sollevate dalla terza sezione civile della Cassazione²²¹, è legittimo sostenere che i cd. danni punitivi non sono in contrasto con l'ordine pubblico interno. Le suddette nuove disposizioni, infatti, confermano l'esistenza nel nostro ordinamento di figure che pongono l'accento sulla condotta del danneggiante e che concedono il

²¹⁹ Sulla lite temeraria si v. Trib. Milano, 26 ottobre 2006, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1037 ss, con nota di R. BREDI, *Recenti sviluppi interpretativi in materia di responsabilità aggravata*; M. DI MARZIO, *La responsabilità per lite temeraria*, in *Merito*, 2008, fasc. 4, pag. 2.

²²⁰ G. PONZANELLI, *I danni punitivi nell'esperienza nordamericana*, cit., pag. 31.

²²¹ Cfr. Cass., se. III, 19 gennaio, n. 1183, cit.

risarcimento di un danno non tanto per il fatto che esso sia stato sofferto dalla vittima (cd. funzione compensativa-riparatoria), quanto per la necessità di punire e sanzionare una condotta del danneggiante che abbia superato una certa soglia di antigiuridicità (cd. funzione sanzionatoria-punitiva)²²². Non può quindi ritenersi in contrasto con l'ordine pubblico interno la condanna ai cd. danni punitivi, dato che lo stesso ordinamento interno ammette i cd. danni punitivi.

²²² G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. Civ.*, 2008, II , pag. 32, il quale precisa inoltre che soltanto in presenza di un indice normativo sicuro, peraltro il giudice può concedere una somma superiore al danno sofferto dalla vittima; a lui è preclusa una facoltà generale di concedere risarcimenti punitivi. Anche a voler condividere quest'ultima affermazione del predetto Autore, non vi è dubbio che una volta che l'ordinamento giuridico ammette i cd. danni punitivi, sia pure in casi particolari, non potranno comunque tali danni punitivi considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico interno.

CAPITOLO V

LE SINGOLE IPOTESI DI DANNO PUNITIVO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ITALIANA

Sommario: 1. Il danno da lite temeraria (art. 96 c.p.c.) 2. Il danno da violazione dei diritti di proprietà intellettuale (art. 125 c.p.i.). 3. Il danno da ritardata esecuzione degli obblighi di fare (art. 614 bis c.p.c.). 4. Il danno da scorretta esecuzione degli obblighi di affidamento della prole (art. 709 ter c.p.c.). 5. Il danno da diffamazione a mezzo stampa (art. 12 L. 47/1948). 6. Il danno ambientale (art. 18 L. 349/1986). 7. Il danno da licenziamento illegittimo (art. 18 L. 300/1970).

1. La dottrina si è chiesta se l'art. 96 c.p.c., con una lettura innovativa, possa configurare una ipotesi di "danno punitivo". Tale disposizione normativa enuncia che: «se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa gravem il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza»²²³.

Tale disposizione si inquadra nel concetto più ampio di responsabilità processuale, sanzionando il comportamento della parte non rispettosa del generale dovere di lealtà e probità, positivamente previsto, peraltro, dall'art. 88, co. 1, c.p.c. Quale esempio di violazione dei doveri menzionati, si pensi al comportamento di coloro i quali, consapevoli dei tempi lunghi della giustizia, ricorrano al processo a mero scopo defatigatorio o per indurre la parte avversaria a trattative e transazioni inique²²⁴. Circa la natura e i presupposti della responsabilità ex art. 96 c.p.c., in dottrina si è posto il problema se essa rappresenti una forma autonoma e particolare di responsabilità ovvero se essa costituisca una specificazione della responsabilità generale di cui all'art. 2043 del

²²³ In merito alla responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., vedasi: BONGIORNO, *Responsabilità aggravata*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, vol. XXVI, 1991, 1 ss.; ROSSETTI, *Il danno da lite temeraria*, in *Rivista Giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1995, 1 ss.

²²⁴ Tale aspetto è ben sottolineato da MONATERI, *Il danno alla persona*, op. cit., 688.

codice civile. Secondo la giurisprudenza tradizionale, tra la disposizione dell'art. 2043 c.c. e quella dell'art. 96, comma 1, c.p.c. esisterebbe un rapporto di *genus ad speciem*²²⁵. Si è, infatti, affermato che la responsabilità aggravata in esame, pur rientrando nel genere “responsabilità per fatto illecito”, ricade interamente in tutte le sue possibili ipotesi nella disciplina normativa ivi contenuta, la quale regola in maniera integrale e completa la responsabilità processuale, con la conseguenza che resta preclusa ogni possibilità di invocare i principi generali di responsabilità per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c.²²⁶

Ergo: secondo la giurisprudenza tradizionale, si può riconoscere la responsabilità aggravata della parte soccombente in quanto si sia in presenza di un accertamento positivo del duplice requisito dell'*an* e del *quantum debeatur*, salvo il procedimento di liquidazione in via equitativa nel caso di impossibilità di dimostrare l'effettivo ammontare del danno subito²²⁷.

Più recentemente, però, la giurisprudenza ha attribuito al risarcimento del danno di cui all'art. 96 c.p.c. una natura giuridica diversa da quella prevista dalla generale disposizione di cui all'art. 2043 c.c., riconoscendo, a fronte di un comportamento scorretto della parte, la possibile esistenza di un danno di natura diversa da quello effettivamente patito dal danneggiato e a cui si riferisce quest'ultimo articolo²²⁸.

Anche una parte della dottrina ha cercato di attribuire all'art. 96 un significato più innovativo rispetto a quello riconosciutogli tradizionalmente, seguendo il seguente ragionamento. La “minaccia del pagamento delle spese processuali non sempre induce le parti che

²²⁵ Cfr. Cass. Civ. 18 gennaio 1983, n. 477 in *Giustizia Civile*, 1983, I, 1493.

²²⁶ Cass. Civ. 6 febbraio 1984, n. 84, in *Foro Italiano*, 1984, parte I, 1892.

²²⁷ SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del contraente debole e del lavoratore. L'applicazione dei punitive damages nel mondo anglosassone e nell'Europa continentale*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2004, 413.

²²⁸ Cass. Sez. I, 7 maggio 1998, n. 4624, in *Foro italiano*, 1999, parte I, 1288.

agiscono o resistono in giudizio a comportarsi correttamente. Se tale fattore può costituire una valida contropinta per chi non è particolarmente abbiente, lo stesso non può dirsi per i soggetti con rilevanti mezzi economici a disposizione (ad esempio banche e compagnie assicurative). Anzi, questi ultimi soggetti ben potrebbero cedere alla tentazione di utilizzare il processo in maniera strumentale, dilatorio, defatigatorio, tenuto conto dei lunghi tempi processuali, o, comunque, potrebbero sfruttare il processo quale occasione di indurre la controparte ad accettare transazioni penalizzanti²²⁹. Tale atteggiamento riporta alla mente quello di coloro i quali agiscono in giudizio in maniera fraudolenta, sulla base di quello che i giuristi statunitensi definiscono *cynical disregard* e che le corti americane sanzionano con i danni punitivi²³⁰.

Preso atto di questi possibili strumenti del processo civile e della necessità di assicurare una parità sostanziale alle parti in giudizio, in piena armonia con il principio dell'art. 3 della nostra Costituzione, si è quindi sostenuto che per non tradire lo spirito della disposizione ex art. 96 c.p.c., la condanna del giudice dovrebbe realizzare una funzione deterrente nei confronti del responsabile del comportamento scorretto²³¹, dando così la giusta rilevanza al possibile contenuto sanzionatorio della disposizione in commento.

Ove si seguisse l'ultima interpretazione della norma, si aprirebbero scenari interessanti, in quanto il presupposto per la risarcibilità dei danni

²²⁹ SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del contraente debole*, op. cit., 413.

²³⁰ Al riguardo si ricorda il caso *Fletcher v. Western Cat'l Life Ins. Co.*, riportato da PONZANELLI (*Punitive damages*, op.cit., 480, in nota 147), che dimostra la *ratio* dei danni punitivi in questi casi. Alla richiesta di un assicurato per il pagamento di alcuni premi previsti da una polizza assicurativa, la Compagnia rifiutò la relativa prestazione, costringendo il cliente a rinunciare alla propria pretesa dietro la minaccia di agire per il recupero delle somme già corrisposte in precedenza per lo stesso titolo. In questo caso, il superiore potere economico era stato utilizzato dalla Compagnia assicuratrice per opprimere, in modo ingiustificato, il *little guy* che, invece, non aveva alcun mezzo di difesa e, pertanto, gli furono riconosciuti anche i danni punitivi.

²³¹ In tal senso SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del contraente debole*, op.cit., 413.

ex art. 96 c.p.c., verrebbe a consistere nella semplice sopportazione di un processo, unitamente alle spese legali, a prescindere dalla prova di un danno effettivo. La conseguente sanzione e la sua entità sarebbero svincolate dal pregiudizio effettivamente subito dalla vittima, per essere, invece, collegate al comportamento riprovevole tenuto in giudizio dalla parte scorretta²³². Con riferimento all'entità del danno risarcibile, il giudice sarebbe, quindi, libero di liquidare qualunque somma reputi equa e comunque idonea a dare attuazione al precetto del dettato normativo.

In definitiva, l'istituto della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. verrebbe ad assumere una duplice funzione: da un lato, risarcire il danno causato alla controparte in conseguenza del proprio comportamento processuale scorretto, e, dall'altro lato, sanzionare chi agisce o resiste in giudizio in modo sleale, con effetti deterrenti nei confronti di costui e di quanti, eventualmente, intendano tenere comportamenti riprovevoli simili.

La disposizione, nel suo tenore letterale, ha suscitato perplessità nella dottrina. Si è osservato che, almeno a prima lettura, essa risulta:

indeterminata nei presupposti, potendo essere comminata «in ogni caso» di condanna del soccombente alle spese processuali;
generica nei criteri di liquidazione che potrebbero ritenersi disancorati da ogni parametro di riferimento;
equivoca in ordine alla natura dello strumento, non comprendendosi se sia riconducibile alla responsabilità aquiliana oppure presenti connotati prettamente afflittivi;

²³² MONATERI, *Il danno alla persona, op. cit.*, 688.

contrastante con i «fondamentali principi della giurisdizione civile», poiché la condanna può essere resa anche officiosamente, in deroga al principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c.²³³.

La preoccupazione maggiore risiede nel fatto che potrebbe sembrare configurata una sorta di responsabilità oggettiva del soccombente, nel senso che, portando alle estreme conseguenze il disposto, esso potrebbe ritenersi operante per il semplice fatto di aver esercitato con esito infausto il proprio diritto di azione o di difesa. Questo quadro ha indotto a concludere che si sia in realtà voluto semplicemente rendere generale il principio contenuto nell'art. 385, ultimo comma, c.p.c., infatti contestualmente abrogato, relativo al giudizio davanti alla Corte di cassazione, nella formulazione derivante dall'art 13 d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40²³⁴.

In quella norma si richiedeva la sussistenza del dolo o della colpa grave, al pari di quanto indicato dall'art. 96, 1° comma, c.p.c., oltre a porsi un tetto edittale all'importo dell'eventuale condanna, fino al doppio dei massimi tariffari.

Proseguendo su questo crinale logico, quest'orientamento conclude che: a) dev'essere integrato, come minimo, il requisito soggettivo della colpa grave – quanto meno nei giudizi a cognizione piena e non cautelare o in ogni caso indiziaria, per cui potrebbe valere il più tenue requisito della violazione della «normale prudenza» – stante l'inquadramento del disposto nell'art. 96 c.p.c.; b) la discrezionalità giudiziale in fase di liquidazione deve ricondursi al valore della causa, al tipo di condotta processuale adottata dal soccombente, e al pregiudizio sofferto, diversamente aprendosi lo spazio per ipotesi di danni punitivi

²³³ Per questa sintesi, v. MENCHINI, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile 69/09*, Torino, 2009, sub art. 91, 27.

²³⁴ SCARSELLI, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69). Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 263.

da valutare contrari, secondo l'attuale giurisprudenza, all'ordine pubblico interno, in quanto ultronei rispetto alla funzione propriamente riparatoria della responsabilità civile²³⁵.

Il legislatore avrebbe insomma introdotto una sanzione civile concorrente con (o sostitutiva del) l'eventuale risarcimento di cui all'art. 96, 1° comma, c.p.c., essenzialmente volta a puntellare i casi, frequenti nella prassi, in cui la parte non riesca a provare il *quantum* del danno e neppure a offrire al giudice elementi sufficienti a esercitare il potere di liquidazione officiosa²³⁶.

La descritta ricostruzione, sebbene coerente, non appare condivisibile.

Essa sembra sottovalutare il deliberato disancoramento della norma dal 1° e 2° comma dell'articolo che la contiene, presente esplicitamente, come visto, nell'iniziale progetto, ossia nel d.d.l. A.C. n. 2508 del 2007. La mera collocazione nell'art. 96 c.p.c. non può estendere, *ex se*, i presupposti soggettivi, specificatamente previsti per la lite temeraria, a ipotesi contigue ma distinte e tutto sommato agevolmente inquadrabili nella cornice della responsabilità aggravata, intesa quale ulteriore rispetto a quella per le sole spese processuali. In questo senso depone chiaramente il riferimento al momento in cui il giudice pronuncia sulle

²³⁵ V., in punto di delibazione di arresti statunitensi contenenti liquidazioni di danni punitivi, Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota critica di PONZANELLI. Va rammentato che, ormai, il regolamento comunitario n. 864 dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, al trentaduesimo 'considerando', indica che «l'applicazione di una disposizione della legge designata dal presente regolamento che abbia l'effetto di determinare il riconoscimento di danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro, tenuto conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito». Con esplicito riferimento, pertanto, ai soli «danni punitivi di natura eccessiva», e non alla fattispecie in quanto tale. V., per un'apertura teorica recente, sia pure in chiave di futura legislazione, BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. privato*, 2009, 909 ss.

²³⁶ Va qui sottolineato che, in ogni caso, la mancanza di limiti edittali per fattispecie di sanzioni civili, il cui ammontare viene poi rimesso alla discrezionalità vincolata degli organi preposti a irrogarla, è già riscontrabile nel nostro ordinamento: si può pensare all'art. 12 l. 8 febbraio 1948 n. 47, in cui è regolata una sanzione civile pecuniaria che si può aggiungere, a favore del danneggiato, al risarcimento del danno conseguente alla diffamazione a mezzo della stampa, sulla cui legittimità non risulta siano mai stati sollevati dubbi. *Cfr.* Cass. 26 giugno 2007, n. 14761, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 226.

spese, il cui richiamo non può avere la limitata funzione di escludere l'applicazione della norma in ipotesi come le condanne anticipatorie quali quelle ex art. 186 *bis* e 186 *ter* c.p.c.²³⁷.

Specie se si tiene a mente che esso era presente anche nel soppresso art. 385, ultimo comma, c.p.c. in cui, come detto, si richiedeva la sussistenza dell'elemento soggettivo qualificato. Inoltre, la sintetizzata interpretazione si risolve contraddittoria nella misura in cui, da un lato, impone domanda e prova del danno nelle ipotesi dei primi due commi, e dall'altro, ove non vi sia domanda, consente una misura sostanzialmente riparatoria a prescindere dalla prova del pregiudizio.

I presupposti della responsabilità in discorso sono dunque: *a)* la soccombenza; *b)*, una condotta processuale illecita e quindi soggettivamente qualificata, anche in forza di una lettura costituzionalmente orientata che tenga in debita considerazione il rispetto dei diritti difensivi di parte; *c)* l'esistenza del pregiudizio ordinariamente ricollegabile all'abuso processuale di cui l'opposta soccombenza deve valutarsi indice.

La possibilità di pronuncia d'ufficio si raccorda con i consolidati connotati della pronuncia sulle spese processuali, e anzi esprime la valenza pubblicistica che discende dal coinvolgimento della giurisdizione statale e, per il tramite di essa, dall'implicazione dei costi sociali che ad esso si ricollegano. Del resto, il principio dispositivo, di per sé non a copertura costituzionale, soffre già di rilevanti eccezioni come, per fare un esempio, nel caso dell'intervento *iussu iudicis* ex art. 107 c.p.c. Sul punto è peraltro intervenuta di recente la Corte costituzionale, dichiarando manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 96, 1° comma,

²³⁷ V., invece, per questo spunto, ACIERNO, GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 166.

c.p.c., nel senso opposto, e cioè in quello per cui la mancanza della possibilità di pronunciarsi d'ufficio violerebbe, per difetto, le garanzie di ragionevolezza, giusto processo e diritto di difesa contro le condotte processuali, connotate da malafede, lesive dei diritti collettivi dei consociati²³⁸.

Non a caso, come visto, autorevole dottrina ha letto l'abrogazione del disposto, contestuale all'aggiunta dell'ultimo comma all'art. 96 c.p.c., in termini di generalizzazione del principio, facendo leva proprio su tale dato per ritenere assoggettato il nuovo precetto ai medesimi presupposti dei primi due commi dell'articolo in cui ha trovato collocazione. In questo senso, la natura officiosa e al tempo stesso generale della fattispecie prevista dal 3° comma dell'art. 96 c.p.c. sembra per un verso più coerente con il consolidato orientamento che afferma altrettanto in relazione alla condanna alle spese processuali, e, per altro verso, più conforme a ragioni sistematiche che non potevano comprensibilmente ritenersi limitate al giudizio in Cassazione. D'altra parte, il necessario coordinamento dell'art. 91 c.p.c. con l'art. 92 c.p.c., implica che deve pur essere implicata una colpa anche nella condanna alle spese, posto che devono essere escluse ragioni per compensarle²³⁹.

²³⁸ Corte cost., ord. 23 dicembre 2008, n. 435, <www.cortecostituzionale.it>. La Consulta ha affermato, sinteticamente, «l'ontologica diversità» tra condanna alle spese e profili risarcitori e sanzionatori propri dell'art. 96 c.p.c. (nella precedente formulazione), laddove non avrebbe potuto riconoscersi alcun pregio alla comparazione con l'allora vigente art. 385, ultimo comma, c.p.c., che sarebbe stata norma «diretta a disincentivare il ricorso per cassazione» avendo «pertanto, una *ratio* del tutto diversa rispetto a quella dell'art. 96 c.p.c.». In quella occasione l'art. 385, ultimo comma, c.p.c., è stato posto, quale pena privata, su piani completamente difformi da quelli propri della responsabilità per lite temeraria di cui pure condivideva i presupposti. Trattandosi di somme di cui diveniva titolare, anche in quel caso, la controparte, evidentemente, anche se forse in modo più dirompente rispetto a impostazioni classiche della responsabilità civile, sarebbe allora stato più appropriato concludere per una natura anche risarcitoria, e cioè di danno, se non presunto, punitivo.

²³⁹ Cfr., senza qui aprire un tema ben più vasto, CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 249 ss., che ricostruisce infatti la condanna alle spese non in chiave meramente indennitaria, a beneficio della parte che abbia avuto ragione nel merito, bensì quale espressione della risposta prevista dall'ordinamento in ragione della ritenuta sussistenza di un abuso processuale, diversamente dovendo farsi luogo a compensazione. La tesi, che fa leva sulla lettura costituzionalmente orientata della responsabilità per le spese alla luce dell'art. 24 Cost., risulta sviluppata più ampiamente in ID., *L'abuso del processo*, I-II, Padova, 2000, *passim*, con spunti storici e comparati, e di essa riprende le fila ANSANELLI, *Abuso del processo*, voce del *Digesto civ.*, Torino,

Quanto al pregiudizio, può ritenersi che l'ordinamento si sia riferito a quello conseguente il coinvolgimento in un processo anche in parte evitabile con la normale diligenza processuale. Esso sarà di regola correlato al *quantum* di indebito coinvolgimento nella lite, e all'intensità soggettiva della relativa condotta, da rapportare alle circostanze del caso concreto. In questa prospettiva, ci si potrebbe avvalere di quella distinzione che nel gergo anglosassone viene individuata tra *general damages*, ossia pregiudizi (non patrimoniali) che, salvo prova contraria, sono ordinariamente conseguenti alla condotta illecita, e *special damages*, connotati da una specificità individualizzante della *deminutio* subita ovvero, usualmente, dalla maggiore intensità dell'elemento soggettivo che sorregge la condotta causativa degli stessi²⁴⁰.

La violazione degli obblighi di cui all'art. 88 c.p.c., trova così una risposta ulteriore rispetto a quella di cui all'art. 92, 1° comma, secondo inciso, c.p.c., e si inserisce in quella circolarità ermeneutica tra gli art. 91, 92 e 96 c.p.c. che sintetizza la figura dell'abuso del processo. E, soprattutto (anche se non solo), in questo modo saranno disincentivate indebite condotte di parte che siano causative dell'irragionevole durata del processo, imputabile a esse piuttosto che agli apparati statali. Al pari

2007, aggiornamento I, 8. È appena il caso di osservare che tale impostazione si discosta così da quella classica, risalente a CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901, *passim*. In quest'ottica, si instaura, in modo lineare, un nesso stretto anche con l'art. 96 c.p.c., che consente di collegare l'abuso processuale alla condanna alle spese, e al ristoro del danno ulteriore a quello coperto con la rifusione dei costi legali ripetibili.

²⁴⁰ Cfr. DI MARZIO, *Danno da lite temeraria e risarcimento*, in *Giur. merito*, 2007, 1598 ss., in cui, quale *specific damage*, si fa l'esempio dell'impedimento a un nuovo matrimonio causalmente riferibile all'irragionevole protrarsi di una causa di divorzio, e quali *general damages* si indicano gli sconvolgimenti della propria «agenda quotidiana» conseguenti al coinvolgimento in una lite. Il fatto che le somme debbano essere versate a favore della controparte, come accadeva nel precedente di cui all'art. 385, ultimo comma, c.p.c., conferma che si tratta di danno, che svolge, come sempre, funzione sia ristorativa sia deterrente sia sanzionatoria. E che si tratti di danno e non di sanzione in senso stretto risulta confermato proprio dall'eliminazione dei limiti edittali, posto che per questa via la liquidazione finisce necessariamente per poggiare su parametri funzionali a ristorare il descritto pregiudizio. Potrà essere così sanzionata la responsabilità per colpa «comune», ossia non grave, riferita anche al *quomodo* dello stare in giudizio, e dunque alla condotta con cui si sia ingiustamente ostacolato il diritto della controparte, attraverso strategie dilatorie scorrette o che denotino una violazione degli obblighi di leale collaborazione. Si può fare l'esempio dell'inottemperanza opposta all'ordine di esibizione del giudice.

di quanto con il nuovo art. 91, 1° comma, seconda parte, c.p.c., potranno trovare deterrenza abusi processuali della parte vincitrice che, senza giustificato motivo, abbia rifiutato quanto offertole dalla controparte per evitare un processo definito con decisione corrispondente alla stessa proposta conciliativa. In buona sostanza, il fine della norma in parola può essere ricostruito come quello di contrastare, attraverso il mezzo risarcitorio, contegni cui non è sottesa quella comune diligenza professionale e correttezza processuale necessarie, in chiave di bilanciamento ai sensi dell'art. 111 Cost., a rendere prevalente il diritto di difesa sull'esigenza di assicurare alla collettività la ragionevole durata dei processi e i relativi costi²⁴¹.

L'analisi economica del diritto consente poi di completare la valenza del risarcimento. Il giudice potrà considerare, nella liquidazione, la necessità di compensare, equitativamente, il vantaggio lucrato dalla parte in colpa a mezzo della sua strategia dilatoria, con efficacia deterrente rispetto a queste condotte. In questa nuova luce tornano in gioco, nel perimetro dato dalla durata processuale, il valore della causa e la consistenza economica dei due soggetti in quanto indice della capacità di sostenere il peso del tempo o anche solo delle liti, in ipotesi causidicamente moltiplicate²⁴². Se ciò è vero, infine, può desumersene la non cumulabilità della statuizione basata sull'art. 96, 3° comma, c.p.c., con l'eventuale risarcimento comminato ai sensi del 1° comma del medesimo articolo. Nel senso che ove si accolga la domanda ai sensi di quest'ultima norma, il maggiore danno «individualizzato» assorbirà quello statisticamente normale cui si deve ritenere si riferisca

²⁴¹ DE MARZO, *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 399.

²⁴² Naturalmente si dovrà pur sempre verificare l'esistenza di un pregiudizio per la parte beneficiaria della condanna. Diversamente, v. Trib. Salerno 9 gennaio 2010, *Foro it.*, 2010, I, 1018, che ha fatto uso della norma in un'ipotesi, qualificata come «processo simulato», in cui è stato ritenuto sussistente l'accordo di tutte le parti processuali alla detta simulazione, distorsiva della funzione propria del servizio giurisdizionale.

l'altra fattispecie. Sul punto, la soluzione opposta non può reggersi solo sull'uso, forse ambiguo, dell'avverbio «altresì» presente nella norma, che può spiegarsi, ancora una volta, relazionandolo alla condanna alle spese. Infine, l'art. 96, 3° comma, c.p.c., non fa riferimento alla parte costituita, motivo per cui potranno trovare rilievo anche condotte stragiudiziali abusive poste in essere dalla parte soccombente restata contumace, che risultino naturalmente attestate in giudizio.

Concludendo l'analisi, pertanto, la norma potrebbe essere qualificata in termini di “sanzione processuale”, ed essere di conseguenza analizzata come tale. Ove considerata in tali termini, la previsione si distingue nettamente dai *punitive damages*: questi, invero, integrano una sanzione di diritto sostanziale, per la quale rileva il danno cagionato con mala fede alla controparte, e non la condotta processuale della parte. Ne deriva che, mentre i danni punitivi incidono su un comportamento tenutosi al di fuori del processo, poi oggetto di un accertamento in sede giudiziale a fini risarcitori, l'art. 96 si fonda sulla condotta della parte soccombente in sede processuale²⁴³.

L'introduzione di una misura connotata da valenza “ultracompensativa” mira, così, a colmare le lacune di tutela esistenti, in modo analogo, ma al contempo distinto, da quanto avviene nell'esperienza anglosassone con il ricorso ai danni punitivi²⁴⁴. Il terzo comma dell'art. 96 c.p.c., pertanto, supplisce alle carenze del precedente apparato rimediale; allo stesso tempo, permette di conseguire anche

²⁴³ Così, G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2007, 1139.

²⁴⁴ A questo proposito, si possono richiamare alcune pronunce canadesi, in cui i *punitive damages* hanno trovato applicazione in situazioni di condotte processuali temerarie. Si veda, *ex multis*, *Royal Bank of Can. v. W. Got & Assoc. Elec. Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408, P 29 (Can.) e *Whiten v. Pilot Ins. Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595 (Can.); sul punto, cfr. J. BERRYMAN, *The Compensation Principle in Private Law*, cit., 110. Tale parallelismo è già stato evidenziato *supra*, nel par. 2.2, nell'ambito dell'analisi della giurisprudenza che ha applicato il primo comma del'art. 96 c.p.c.

un'efficacia deterrente, che il mero risarcimento del danno ai sensi del primo comma non riusciva a garantire.

Si deve così ritenere che l'istituto introdotto nell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. sfugga a precisi inquadramenti nelle consolidate categorie civilistiche, costituendo un momento "non riparatorio", che si colloca al di fuori dell'area della responsabilità civile. Tale previsione svolge una funzione diversa da quella risarcitoria, essendo improntata ad obiettivi di deterrenza; risulta finalizzata, da un lato, alla tutela dell'interesse pubblicistico all'efficienza del sistema giudiziario civile, dall'altro, a quella dell'interesse del privato a non essere indebitamente coinvolto in una lite temeraria. L'eventuale pregiudizio arrecato alla parte vittoriosa può essere risarcito in forza dei primi due commi dell'articolo 96, che potrebbe ora recuperare una vocazione prettamente riparatoria, distinguendosi così dal terzo comma.

2. In materia di risarcimento del danno da violazione di diritti di proprietà intellettuale è stata inserita, abbastanza recentemente, una disposizione particolare, che ha destato l'interesse della dottrina più concentrata²⁴⁵.

Il legislatore comunitario ha introdotto una regolamentazione *ad hoc*, all'art. 13 della Direttiva n. 2004/48/CE²⁴⁶, c.d. Direttiva *enforcement*²⁴⁷.

Tale norma ha trovato attuazione con il d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140, che ha modificato la formulazione dell'art. 125 c.p.i., ora intitolato

²⁴⁵ cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p.30; G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p.1129; A. DI MAIO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p.289; D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e funzione deterrente*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p.1221; F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p.923; A. RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, cit., p.860; A.P. SCARSO, *Punitive damages in Italy*, in H. KOZIOL – V. WILCOX (eds.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, cit., p.109.

²⁴⁶ Si veda, per il profilo che qui rileva, l'art. 13, che così dispone: “1. Gli Stati membri assicurano che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione, implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un'attività di violazione, di risarcire al titolare del diritto danni adeguati al pregiudizio effettivo da questo subito a causa della violazione. Allorché l'autorità giudiziaria fissa i danni: a) tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione, e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione; b) oppure in alternativa alla lettera a) può fissare, in casi appropriati, una somma forfettaria in base ad elementi quali, per lo meno, l'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti qualora l'autore della violazione avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale in questione. 2. Nei casi in cui l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo o senza aver motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati membri possono prevedere la possibilità che l'autorità giudiziaria disponga il recupero dei profitti o il pagamento di danni che possono essere predeterminati.”

²⁴⁷ La Direttiva segna l'avvicinamento al modello dettato dall'Accordo TRIPs, in particolare all'art. 45, da cui si differenzia, però, in quanto il secondo non stabilisce che nel calcolo del risarcimento dovuto in caso di violazione dolosa o colposa si debba tener conto dell'utile realizzato dall'autore della violazione, mentre la Direttiva lo impone. Tuttavia, come sarà meglio specificato nel prosieguo, si deve ritenere che, in virtù di una interpretazione razionale e non illogica dell'art. 13 della Direttiva, la violazione dolosa o colposa imponga parimenti la restituzione degli utili, non potendo certo avere conseguenze economiche meno gravose della violazione inconsapevole. In questo senso, cfr. M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p.153. Per approfondimenti sull'Accordo TRIPs (*Agreement on Trade – Related aspects on intellectual Property Rights including Trade in Counterfeit Goods*), si rimanda a S. SANDRI, *Marchi e brevetti: tutela dei diritti nei TRIPs*, in *Dir. ind.*, 1995, p.981; *ID.*, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i Gatt- TRIPs*, Padova, 1999; G. FLORIDIA, *Marchi invenzioni e modelli – Codice e commercio delle riforme nazionali (dalle origini ai TRIPs fino al protocollo di Madrid)*, Milano, 2000; sullo specifico profilo del risarcimento del danno, si veda A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p.1003. L'art. 13 della Direttiva è stato trasposto nella legislazione francese con la *Loi du 29 octobre 2007, n. 2007-1544 de lutte contre la contrefaçon*, cit., che ha modificato gli art. 313-1-3 e 313-1-4 del *Code de la propriété intellectuelle*.

“risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell’autore della violazione”²⁴⁸. L’articolo si presenta abbastanza complesso e, all’apparenza, non proprio conforme alla direttiva.

La determinazione del risarcimento dei danni è affidata a due previsioni; secondo la prima, il danno è liquidato in virtù degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., “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”. Inoltre, il secondo comma prevede la possibilità che il giudice stabilisca una somma onnicomprensiva, ovvero che la quantificazione sia effettuata “in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano”. Si precisa una misura minima del lucro cessante, che deve essere determinato “in un importo non inferiore a quello dei canoni che l’autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso”²⁴⁹. La previsione dà

²⁴⁸ Si veda M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale. Appunti sull’art. 125 c.p.i.*, cit.; P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, p.37; ID., *Un’innovazione in cerca d’identità: il nuovo art. 125 CPI*, in *Corr. giur.*, 2006, p.1605; M. FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2006, p.205; M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili: le novità dopo il recepimento della direttiva enforcement*, in *Impr. c.i.*, 2006, p.1425; A. VANZETTI, *La “restituzione” degli utili di cui all’art. 125, n. 3, C.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 2006, p.323; G. SAVORANI, *Diritto d’autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, p.500; V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2008, p.198; ID., *Risarcimento del danno e diritti di proprietà intellettuale*, in M. MAUGERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p.267; A. PLAIA, *Allocazione contrattuale del rischio e tutela civile della proprietà intellettuale*, in *Danno e resp.*, 2008, p.499; E. DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *Resp. civ.*, 2009, p.442. Per ulteriori approfondimenti sul risarcimento del danno da violazione di diritti di proprietà intellettuale, prima delle ultime modifiche apportate all’art. 125 c.p.i., si rinvia alla monografia di A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

²⁴⁹ Si è osservato come tale criterio, in determinate situazioni, possa determinare un allontanamento dalla logica riparatoria. Il riferimento è, in particolare, ai casi di opere in precedenza inutilizzate per scelta del loro autore. La liquidazione del *quantum* (assolutamente ipotetico) secondo il parametro indicato nell’art. 125, comma 2, c.p.i. conduce all’attribuzione di un risarcimento che non ha semplicemente la funzione di riequilibrare il patrimonio del danneggiato rispetto alla perdita subito

attuazione all'analogo criterio, previsto nella Direttiva, secondo cui il risarcimento deve essere pari, quanto meno, alla *royalty* che avrebbe dovuto essere corrisposta al titolare del diritto leso per l'autorizzazione. Tale disposizione dovrebbe permettere di superare le difficoltà pratiche legate alla liquidazione equitativa prevista dal primo comma dell'art. 125 c.p.i., evocando l'istituto statunitense dei c.d. *statutory damages*.

La tendenza americana, nel settore della violazione dei diritti di proprietà intellettuale, non è tanto per la concessione di *punitive damages*, quanto a favore degli *statutory damages*, basati su un multiplo dei *compensatory damages*, solitamente il doppio o il triplo (tra cui i c.d. *treble damages*, tipici del diritto *antitrust*)²⁵⁰.

La dottrina statunitense evidenzia opportunamente la differenza tra questi e i danni punitivi: il loro scopo non è necessariamente la punizione del responsabile, bensì, piuttosto, quello di assicurare che l'attore sia "*fully and fairly compensated*"²⁵¹.

Il criterio della "*royalty virtuale*", per espressa volontà del legislatore, stabilisce il limite inferiore del risarcimento del danno liquidato in un somma globale, che dovrà tendenzialmente essere maggiore²⁵². Si è suggerito che la determinazione del preciso importo

a causa della violazione, bensì lo incrementa. Così, G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, p.506.

²⁵⁰ Sui c.d. *treble damages* nel diritto *antitrust*, cfr. 15 U.S.C. § 15; per una critica di tale rimedio, si veda S.W. WALLER, *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, in 78 *Chi-Kent L. Rev.* 207 (2003). Nel diritto dei marchi, cfr. il *Lanham Act*, 15 U.S.C. § 1117 (su cui si veda R.D. BLAIR – T.F. COTTER, *An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law*, in 39 *Wm. And Mary L. Rev.* 1619 (1998)); nel diritto d'autore, cfr. 17 U.S.C. § 504; ed infine nel diritto dei brevetti, cfr. il *Patent Act*, 35 U.S.C. § 284.

²⁵¹ Cfr. T.P. ROSS, *Intellectual Property Law: Damages and Remedies*, Washington D.C., 2005, § 11.03[2]. Si veda altresì il contributo, nella dottrina francese, di P. VÉRON – S. ROUX-VAILLARD, *Les dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet en droit américain*, in *Rev. Lamy dr. imm.*, 2006, n.14, p.72 ss.

²⁵² Secondo V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2008, p.198 tale regola non assolve propriamente "né ad una funzione compensativa (la *royalty* corrisponde solo ad una parte del danno effettivo da mancate vendite), né ad una funzione deterrente (...). In definitiva, essa riduce il diritto di esclusiva garantito dalla proprietà intellettuale ad una sorta di dominio pubblico pagante, e quindi premia il contraffattore. Questa regola quindi ha senso solo come regola di *default*, da utilizzare ove manchi la possibilità di una quantificazione integrale e diretta delle mancate vendite del titolare".

debba avvenire in considerazione dell'atteggiamento psicologico dell'autore della violazione²⁵³.

La disposizione dalla portata più innovativa è rintracciabile nel terzo comma dell'art. 125 c.p.i., ove si stabilisce che “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”²⁵⁴.

È stata così introdotta in Italia la “retroversione degli utili”, categoria concettuale affine a quella del “*disgorgement of profits*” di matrice anglosassone²⁵⁵. Ad una prima lettura dell'art. 125 c.p.i., paiono per l'appunto individuabili due diverse e contrapposte misure di tutela: nei primi due commi il risarcimento del danno, nell'ultimo la reversione

²⁵³ Si veda M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2009, p.149.

²⁵⁴ L'art. 13 della Direttiva *enforcement* è stato trasposto altresì nell'art. 158 legge diritto d'autore, sebbene con alcune differenze di non poco momento rispetto all'art. 125 c.p.i. Sul punto, cfr. DI CATALDO V., *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, cit., *passim*.

²⁵⁵ Per un primo approfondimento sulla tematica del *disgorgement*, si veda P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, Torino, 1997; S. WORTHINGTON, *Reconsidering Disgorgement for Wrongs*, in *Mod. L. Rev.* 218 (1999); J.D. MC CAMUS, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, in 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943 (2003); E.J. WEINRIB, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, in 78 *Chi-Kent. L. Rev.* 55 (2003); M. SIEMS, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, in 7 *Edin. L. Rev.* 27 (2004); G. VIRGO, *Restitutionary Damages for Wrongs: Causation and Remoteness*, in C.E.F. RICKETT (ed.), *Justifying Private Law Remedies*, cit., p.301; P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; D. SHEENAN, *Subtractive and Wrongful Enrichment: Identifying Gain in the Law of Restitution*, *ivi*, p.333. Nell'esperienza inglese, si vedano i contributi di F. GIGLIO, *Gain Related Recovery*, in 28 *O. J. Leg. St.* 501 (2008); R. WITZLEB, *Justifying Gain-Based Remedies for Invasions of Privacy*, in 29 *O. J. Leg. St.* 325 (2009). La giurisprudenza inglese ha riconosciuto la risarcibilità dei c.d. *restitutionary damages*, che vegono distinti da quelli *compensatory* proprio perchè sono commisurati all'arricchimento del danneggiante, anzichè alla perdita del danneggiato. Sul punto, cfr. H. MC GREGOR, *On Damages*, London, 2003, p.394; G. JONES, *Goff & Jones: The Law of Restitution*, London, 1993; P. BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, 1989; P. JAFFEY, *Restitutionary Damages and Disgorgement*, in *R.L.R.* 30 (1995); J. EDELMAN, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, 2002; *ID.*, *Restitutionary Damages for Torts*, in 122 *L. Quart. Rev.* 391 (2006). La *Law Commission* ha suggerito l'unificazione dei rimedi ammessi dalla giurisprudenza in tema di *restitution for wrongs* nella categoria dei *restitutionary damages*; cfr. *The Law Commission Report 247, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, cit., e P. JAFFEY, *The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, in 61 *Mod. L. Rev.* 860 (1998). Tuttavia, la dottrina inglese non pare favorevole a tale soluzione, non trovandola soddisfacente dal punto di vista teorico; si veda H. MC GREGOR, *Restitutionary Damages*, in P. BIRKS (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, 1996, p.203 ss., e P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p.69. In prospettiva di ulteriore comparazione nel mondo anglosassone, si veda nell'esperienza australiana, in chiave critica, S. DOYLE – D. WRIGHT, *Restitutionary Damages: The Unnecessary Remedy?*, in 25 *Melb. U. L. Rev.* 1 (2001).

degli utili, che evoca i rimedi di natura restitutoria, ma se ne differenzia. Si staglia, così, la netta contrapposizione tra il primo rimedio, finalizzato alla rimozione della perdita che l'atto illecito ha arrecato al patrimonio del danneggiato, senza alcun riferimento o considerazione per ciò che è stato ricavato da chi lo ha commesso, e quelli restitutori²⁵⁶, che comportano il passaggio di ciò che è stato ricavato dalla sfera del responsabile a quella del soggetto tutelato, indipendentemente dalla prova di un effettivo pregiudizio in capo al medesimo²⁵⁷.

Sono prospettabili diverse interpretazioni dell'art. 125 c.p.i., nella sua nuova formulazione: la dottrina si è interrogata, in particolare, sulla possibilità di delineare l'introduzione *tout court* di un nuovo strumento rimediale, analogo al *disgorgement*. L'innovazione sarebbe rinvenibile, in primo luogo, sul piano funzionale, dovendosi indagare la finalità del nuovo rimedio, in relazione a quella strettamente compensativa del risarcimento del danno. A questo proposito, risulta necessario analizzare i diversi commi dell'art. 125 c.p.i., sia separatamente che nei rapporti esistenti tra i medesimi. I primi due commi prevedono metodi di calcolo del danno risarcibile improntati ai tradizionali criteri risarcitori, ed altresì alla volontà di superare le difficoltà di prova, in particolare del lucro cessante, insite nella violazione dei diritti di proprietà intellettuale. La prima disposizione richiama sia una liquidazione analitica, che una

²⁵⁶ Questi evocano, com'è evidente, la complessa tematica dell'ingiustificato arricchimento; sul punto, si veda R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990; A. NICOLUSSI, *Lesione del poteri di disposizione e arricchimento: un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998; U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, IX, 1, Torino, 1999, p.1010 ss.; F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999; A. VENTURELLI, *Ingiustificato arricchimento e responsabilità aquiliana: alcune considerazioni*, in *Danno e resp.*, 2004, p.710; A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p.538; *ID.*, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005; P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, cit.; P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p.531; D. CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p.67.

²⁵⁷ Cfr. P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p.65.

sintetica o equitativa, menzionando altresì “i benefici realizzati dall’autore della violazione” tra le voci cui il giudice deve attingere per determinare il mancato guadagno risarcibile. In questo caso il riferimento ai “benefici” non determina una retroversione degli utili, bensì costituisce un elemento indiziario utilizzabile ai fini della quantificazione del danno²⁵⁸, segnatamente del lucro cessante.

Tale criterio non costituisce, di per sé, una novità assoluta nel panorama italiano, risultando già applicato dalla giurisprudenza in diverse occasioni, sebbene in assenza di un riconoscimento in via generale²⁵⁹. La dottrina prevalente concorda nel ritenere che il legislatore abbia inteso codificare tale parametro nel primo comma dell’art. 125 c.p.i., includendo così gli utili del contraffattore nel circuito logico di quantificazione del danno²⁶⁰. La sua utilità risiede nella previsione di un indice presuntivo delle potenzialità di guadagno sottratte alla parte lesa; invero, la prova del lucro cessante, nel suo preciso ammontare, risulta difficoltosa, trattandosi di un elemento per sua stessa natura ipotetico.

Il precedente orientamento giurisprudenziale risulta, quindi, consacrato a livello legislativo, nella parte in cui attribuiva

²⁵⁸ Così, A. VANZETTI, *La “restituzione” degli utili di cui all’art. 125, n. 3, C.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. Ind.*, 2006, p.323.

²⁵⁹ Si veda, in particolare: App. Milano, 15 febbraio 1994, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, p.3222, con nota di A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*; Trib. Vicenza, 4 settembre 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2001, p.332; Cass., 24 ottobre 1983, n. 6251, in *Giust. civ. mass.*, 1983, p.9, ove la Suprema Corte ha ritenuto che “in tema di valutazione equitativa del danno subito dal titolare del diritto di utilizzazione economica di un’opera d’ingegno non è precluso al giudice il potere-dovere di commisurare quest’ultimo, nell’apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dall’attività vietata, assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante, segnatamente quanto esso sia correlato al profitto del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo”. Ed ancora, cfr. Cass. 7 marzo 2003, n. 3390, in *Giur. it.*, 2003, p.1857; App. Milano, 14 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, p.1880, con nota di C.E. MEZZETTI, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici, e meriti come criteri di liquidazione*; Trib. Napoli, 14 gennaio 2003, in *Riv. dir. ind.*, 2003, II, p.360; Trib. Firenze, 9 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2002, p.339, con nota di D. CANDELLERO, *Questioni vecchie e nuove in materia di danno da contraffazione*; App. Milano, 1 febbraio 1994, in *Riv. dir. ind.*, 1994, II, p.224.

²⁶⁰ Così, E. DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *Resp. Civ.*, 2009, p.447; A. VANZETTI-V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2005, p.514; P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. Ind.*, 2005, p.44.

considerazione precipua al lucro cessante. L'art. 125 c.p.i. ha introdotto l'obbligo, per il giudice, di contemplare tale componente in modo sistematico, quantificandola in virtù di uno dei criteri proposti²⁶¹. Ancor più innovativa risulta, peraltro, la recezione legislativa del filone interpretativo che già utilizzava direttamente il criterio della reversione degli utili. Fatte queste debite premesse, ai fini della presente analisi rileva, in particolare, il collegamento tra il primo ed il terzo comma della disposizione in oggetto, su cui è opportuno focalizzare l'attenzione.

Nel contesto della violazione dei diritti di proprietà industriale si delinea una peculiarità, idonea ad influire in modo significativo sulla effettività dell'apparato rimediale predisposto. È noto, invero, che il mancato guadagno del titolare del diritto leso non coincide (necessariamente) con il profitto realizzato dall'autore dell'*infringement*. Ne deriva che qualora quest'ultimo sia maggiore del mancato guadagno del primo, la violazione risulterebbe economicamente vantaggiosa per il responsabile.

È evidente, quindi, come il settore della proprietà intellettuale riveli l'esigenza di meccanismi di reazione alla violazione dotati di particolare efficacia deterrente. La mancata riparazione integrale del danno da contraffazione, invero, rappresenta un forte disincentivo alle attività che la stessa disciplina della proprietà intellettuale vorrebbe incentivare²⁶².

Ne consegue che il risarcimento del danno, nell'ambito in oggetto, deve considerare attentamente la necessità di prevenire illeciti futuri, impedendo che sia premiata la violazione "efficiente" dei diritti di proprietà industriale, proprio al fine di rafforzare i medesimi²⁶³.

²⁶¹ Cfr. M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili: le novità dopo il recepimento della direttiva enforcement*, in *Impr. C.i.*, 2006, 1425 ss.

²⁶² Cfr. V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, cit., p.204.

²⁶³ Così M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., p.149.

Coerente con tale finalità di deterrenza risulta, indubbiamente, la previsione che il risarcimento tenga conto degli utili realizzati illegalmente. La funzione prettamente compensativa del rimedio risarcitorio implica che il medesimo non risulti sempre idoneo ad esplicitare un'efficacia deterrente²⁶⁴.

Qualora il sistema di responsabilità civile si riveli inadeguato a prevenire la commissione degli illeciti, appiattendo le sue potenziali molteplici valenze a quella strettamente riparatoria, si può prospettare la possibilità di integrarlo “dall'esterno” mediante il ricorso ai rimedi restitutori²⁶⁵, trattandosi di mezzi di tutela in grado di svolgere la necessaria funzione preventiva. Prima di poter affrontare la specifica questione della retroversione degli utili e della sua interpretazione in rapporto al risarcimento dei danni, risulta necessario accertare la natura attribuibile alla previsione risarcitoria contemplata dai primi due commi dell'art. 125 c.p.i., segnatamente alla luce dei criteri liquidatori ivi indicati. Si deve verificare, in primo luogo, se la regola introdotta al primo comma, nelle sue evidenti peculiarità, possa dirsi rispettosa dei generali principi risarcitori, ovvero se sia conforme al principio compensativo o non sconfini, piuttosto, in finalità diverse, eventualmente di tipo punitivo²⁶⁶.

²⁶⁴ Cfr. A. DI MAIO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *eur. Dir. Priv.*, 2008, p.306 ss.: “ove si tenga presente che il modello risarcitorio, impostato (...) sulla valenza compensativa, e cioè sul sintagma *danno-risarcimento*, deve incontrare, come necessaria mediazione, la commisurazione, pressoché simmetrica, del danno risarcibile (in quanto oggetto della obbligazione risarcitoria) a quello realmente prodotto, ne risulta come elemento di vantaggio del danneggiante quello di non (dover) subire un sacrificio maggiore di quello cui è andato incontro il soggetto danneggiato”; “ove ciò si metta in discussione, aumentando il livello di quanto viene posto a carico del danneggiante, si elimina a propri ogni possibile convenienza nella scelta dell'alternativa lesiva. Si tratta di togliere cioè spazio alla valenza compensativa, aumentando l'effetto di deterrenza”.

²⁶⁵ Così P. SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p.309.

²⁶⁶ A questo proposito si può richiamare il considerando n. 26 della Direttiva *enforcement*, che in relazione all'art. 13.1 afferma espressamente che “il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo, ma di permettere un risarcimento fondato su una base obiettiva, tenuto conto delle spese sostenute dal titolare, ad esempio per l'individuazione della violazione e per le relative ricerche”.

L'incertezza deriva dalla evidente circostanza della previsione espressa, nella norma *de qua*, che il risarcimento da lesione del diritto di proprietà industriale vada oltre il lucro cessante. Tale scelta, tuttavia, non pare sovvertire il principio cardine del *tort system* italiano, in particolare nella sua ferma esclusione dell'istituto dei danni punitivi, poiché la considerazione degli utili non mira alla punizione dell'autore della violazione, bensì intende impedirne l'arricchimento mediante la violazione degli altrui diritti²⁶⁷.

Ne deriva che la previsione non deve essere intesa quale tentativo di introdurre una pena privata, costituendo, piuttosto, un "correttivo" di una disfunzione della misura risarcitoria nello specifico ambito della proprietà intellettuale.

Si è già osservato come la reale portata innovativa dell'art. 125 c.p.i. risieda nel suo terzo comma, ove è stato introdotto l'istituto della c.d. "retroversione degli utili". La sua formulazione ha dato origine a numerosi dubbi interpretativi, segnatamente per la possibile non conformità all'art. 13.2 della Direttiva *enforcement*, da cui si discosta sotto un duplice profilo. Mentre la previsione comunitaria si riferisce testualmente alle ipotesi di violazione inconsapevole, il terzo comma dell'art. 125 c.p.i. si applica "in ogni caso". Inoltre, secondo la norma interna, la reversione degli utili può essere chiesta unicamente in alternativa al risarcimento del lucro cessante, o per l'eccedenza dei profitti dell'autore della violazione, rispetto al lucro cessante del soggetto leso.

L'apparente divergenza trova giustificazione in una corretta interpretazione della Direttiva, fondata sul concetto che, nel caso di violazione consapevole, il risarcimento del danno comprenda già gli utili

²⁶⁷ Così, M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., p.149; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p. 30.

del contraffattore. Ne consegue che, in ipotesi di violazione non consapevole, dovendo questa comportare necessariamente conseguenze economiche meno onerose per il responsabile, il medesimo sarà tenuto solo alla restituzione degli utili²⁶⁸.

L'espressione "in ogni caso" potrebbe indurre a ritenere che l'autore della violazione sia tenuto ad una doppia condanna per lo stesso titolo, sommandosi quella ai sensi del terzo comma alla considerazione degli utili nel calcolo del lucro cessante. Proprio per scongiurare tale pericolo, la norma prevede la regola della alternatività, rendendo la previsione conforme alla Direttiva²⁶⁹.

L'attuale formulazione dell'art. 125 c.p.i. si presta a numerose interpretazioni; secondo parte della dottrina, il combinato disposto del primo e del terzo comma pare inserirsi in un'ottica precipuamente risarcitoria, volta a dare attuazione ad una "figura giuridica innovativa, capace, sulle orme del *disgorgement*, di imprimere una curvatura sanzionatoria e deterrente ad un sistema risarcitorio fondato, nella sostanza, sulla sola perdita subita dalla vittima della condotta illecita"²⁷⁰.

In via alternativa, si potrebbe supporre l'introduzione di una nuova azione, applicabile unicamente ai casi di contraffazione incolpevole, nel cui ambito resterebbe esclusa l'operatività delle norme in tema di risarcimento dei danni.

Od ancora, secondo altra interpretazione, il rimedio della retroversione degli utili, previsto al terzo comma, sarebbe connotato da una preminente impronta restitutoria. La sua funzione sarebbe, quindi, quella di imporre la restituzione di un profitto oggettivamente ingiustificato, e non di garantire una tutela risarcitoria con valenza

²⁶⁸ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., p.149.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Così, P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 CPI*, cit., p.1605.

sanzionatoria-preventiva. La misura opererebbe, pertanto, come ogni rimedio restitutorio, anche nei casi di contraffazione incolpevole.

Secondo parte della dottrina, la prima opzione ermeneutica si caratterizza per l'attribuzione di una funzione deterrente-sanzionatoria alla retroversione degli utili²⁷¹; questa si sostituirebbe alla logica compensativa, in cui s'inserisce il primo comma dell'art. 125 c.p.i. Ne deriva che l'attuazione di tale rimedio non richiede la prova di un danno effettivo, né che questo sia individuato nel suo preciso ammontare, poiché concerne unicamente i profitti conseguiti in modo illecito dal responsabile della violazione. Risulta possibile, così, avvicinare la previsione in oggetto all'istituto anglosassone del *disgorgement*: analogamente a quest'ultimo, la reversione degli utili attribuisce al titolare del diritto leso un risarcimento quantificato non sulla base del pregiudizio subito, bensì del profitto realizzato dall'autore dell'illecito. Ciò permetterebbe di perseguire una duplice funzione: deterrente e punitivo-sanzionatoria²⁷².

La natura sanzionatoria-deterrente troverebbe ulteriore conferma nella possibilità che tale rimedio sia cumulato al risarcimento del lucro cessante, per la parte di profitti che eccede la misura di quest'ultimo. Tale previsione determina, com'è evidente, l'attribuzione al danneggiato di un *quid* che esorbita la misura del pregiudizio arrecato al medesimo, poiché la parte eccedente dei profitti conseguiti dal responsabile della violazione viene "restituita" in aggiunta all'integrale risarcimento del danno emergente e del lucro cessante.

²⁷¹ Sul punto, cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p.652, ove si osserva che "se la ragione di un risarcimento debordante rispetto al danno fosse che non è possibile lasciare l'arricchimento a chi lo ha conseguito mediante l'illecito, ne emergerebbe una funzione sanzionatoria della responsabilità civile in contrasto con l'idea moderna che ormai ne abbiamo".

²⁷² Cfr. P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 CPI*, cit., p.1605. Si osservi, però, che ai rimedi restitutori nel diritto statunitense non è generalmente riconosciuta una funzione punitiva, sebbene non manchino le opinioni di segno contrario. Sul punto, si veda A. KULL, *Restitution's Outlaws*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 17 (2003).

Emerge chiaramente, allora, la portata innovativa dell'ultimo comma dell'art. 125 c.p.i., che non mira ad eliminare un pregiudizio arrecato al patrimonio del titolare del diritto protetto – già integralmente risarcito *aliunde* – bensì a rimuovere l'arricchimento illecito che si è determinato nel patrimonio del responsabile della violazione²⁷³.

Ed invero, “il lucro conseguito dal danneggiante è profilo distinto dalla perdita subita dal danneggiato vittima della contraffazione”²⁷⁴. Le particolarità della violazione dei diritti di proprietà intellettuale, tuttavia, impediscono al danneggiato di provare l'intero pregiudizio subito; scopo delle nuove previsioni è, pertanto, impedire ingiustificati arricchimenti, rendendo più agevole il compito processuale del danneggiato²⁷⁵.

È possibile delineare i caratteri del rimedio della retroversione degli utili, quale strumento conforme al principio etico secondo cui nessuno dovrebbe poter conseguire un profitto mediante la commissione di un illecito²⁷⁶.

Il principio trova il suo corrispondente nell'esperienza anglosassone nella nota espressione “*tort does not pay*”, pronunciata da Lord Devlin a sostegno della concessione dei danni punitivi nella seconda categoria di casi indicata in *Rookes v. Barnard*.

Al contempo, la giustificazione rinvenibile alla base dell'introduzione di questa peculiare figura di “*disgorgement*” italiano presenta profili di innegabile affinità con la “*faute lucrative*”, indicata nell'art. 1371 dell'*Avant-projet Catala* quale ipotesi emblematica per la condanna ai *dommages-intérêts punitifs*.

²⁷³ Si veda P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 CPI*, cit., p.1605, ove si ritiene che l'art. 125 c.p.i. determini “un allineamento della misura risarcitoria con il modello d'oltreoceano”.

²⁷⁴ Così, G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p.30.

²⁷⁵ Così, G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p.30.

²⁷⁶ Cfr. P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., p.37.

Il richiamo all'esperienza inglese in tema di danni punitivi permette, altresì, di percepire come sia spesso sfuggente la linea di confine tra *compensation*, *restitution* e *punishment*, al punto da rischiare di indurre gli stessi giudici in errore sulla qualificazione esatta del rimedio concretamente individuabile nelle fattispecie sottoposte al loro scrutinio.

I tentativi di ricondurre la retroversione degli utili prevista dall'art. 125 c.p.i. ad uno degli istituti civilistici generali non sembrano destinati ad avere successo, non potendo giustificare e comprendere le peculiarità della disciplina in esame. La norma si rivela “fortemente asistemica rispetto al nostro sistema di responsabilità civile”, esprimendo, “*ratione materiae*, un divieto di arricchimento ingiustificato, pur se non dannoso (...) secondo i più, estraneo alle coordinate del nostro ordinamento”. È stato suggerito, allora, di intendere tali norme alla stregua di “regole speciali, dettate più da valutazioni pratiche che da esigenze di coerenza dogmatica”.

L'esigenza di apprestare un apparato rimediale idoneo a svolgere un efficiente ruolo di *enforcement* e di dissuasione dai comportamenti lesivi ha richiesto la predisposizione di uno strumento che mirasse a disincentivare, per lo meno in caso di violazioni dolose o colpose, la contraffazione economicamente efficiente, mediante l'attribuzione al danneggiato del diritto di “confiscare” al responsabile dell'*infringement* quanto necessario per rendere la contraffazione medesima da conveniente a neutra.

È evidente che considerazioni differenti valgono per le ipotesi di violazione incolpevole; ed invero, in tale fattispecie non può essere perseguito uno scopo di prevenzione. La giustificazione della retroversione degli utili, pertanto, va individuata *aliunde*, ovvero nella volontà di tutelare adeguatamente, anche in questi casi, la posizione del

titolare dei diritti di proprietà industriale. Coerentemente con tale finalità indennitaria, si prevede che l'autore della violazione, in mancanza dell'elemento soggettivo, non possa essere tenuto a risarcire il maggior danno, né a titolo di lucro cessante, né per danno emergente. Anche il metodo di calcolo del *quantum* risarcitorio si presta a servire finalità di deterrenza. Si è osservato come la considerazione degli utili conseguiti dall'autore della violazione nel calcolo dell'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno consenta, infatti, di giungere alla correzione di una distorsione economica del rimedio risarcitorio.

In tale contesto, pertanto, si può parimenti affermare che il risarcimento sia espressione di una regola finalizzata alla prevenzione di illeciti futuri. Ed invero, l'imposizione della necessità di tenere conto degli utili realizzati illegalmente impedisce che la violazione "efficiente" dei diritti di proprietà industriale sia premiata dal sistema.

Alla luce di quanto osservato nei precedenti paragrafi, si può ritenere che l'apparato rimediale delineato dal legislatore all'art. 125 c.p.i. stabilisca una relazione di tipo cumulativo/integrativo tra il risarcimento del danno e la restituzione dei profitti²⁷⁷.

²⁷⁷ Cfr. A. PLAIA, *Allocazione contrattuale del rischio e tutela civile della proprietà intellettuale*, cit., p.501. Sul punto, si veda altresì D. CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, cit., p.67, ove si osserva come "la logica privatistica si rivolga, perché a ciascuno sia garantito il suo, alle due modalità di tutela qui in considerazione. Della risarcitoria diciamo che è "prospettiva", guardando alle ripercussioni di un fatto assunto come illecito in pregiudizio del soggetto leso, e mirando a porre quest'ultimo nelle stesse condizioni in cui verrebbe a trovarsi se quel fatto potesse espungersi dal corso degli eventi. L'altra, quella restitutoria, è per contro *retrospettiva*: porta in sé etimologicamente inscritta la finalità di ristabilire condizioni anteriori, di ripristinare una situazione alterata". L'A. prosegue poi osservando che "la rispettiva funzionalità dei due rimedi sembra incrociarsi"; si profila, così, "l'idea del rendersi disponibili delle due tecniche di difesa dei diritti integrativamente, perché sia puntualmente realizzato l'assetto allocativo "giusto"..". Si veda anche A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, cit., p.571, ove si rileva come il nostro ordinamento ammetta il concorso tra rimedi restitutori e risarcitori, dovendosi, però, escludere la possibilità di configurare un "cumulo" tra i medesimi, "perché se il convenuto dovesse insieme restituire il profitto e risarcire il danno si arriverebbe a configurare, in concreto, un arricchimento senza causa dell'attore". È ammissibile, quindi, unicamente un "concorso integrativo".

La tutela efficiente dei diritti di proprietà intellettuale pare richiedere un proficuo concorso tra i due rimedi²⁷⁸. La loro ottimale combinazione può consentire di evitare un'ingiustificata *overcompensation* del soggetto danneggiato, impedendo, al contempo, che il responsabile possa lucrare mediante la commissione dell'illecito, come avverrebbe in presenza delle sole regole della responsabilità civile²⁷⁹.

In questo senso, si può affermare che il risarcimento ai sensi dell'art. 125 c.p.i. non sia "ultracompensativo", in quanto "la finalità deterrente non è perseguita dal rimedio risarcitorio, ma dal rimedio restitutorio o meglio dal concorso (=cumulo) integrativo di entrambi"²⁸⁰.

Si può ritenere che l'art. 125 c.p.i., trovando il suo fondamento e la sua *ratio* nelle compensativo, non svolgendo alcuna efficacia deterrente²⁸¹. Le previsioni dell'art. 125 c.p.i. intervengono su tale inefficienza, al contempo limitando la restituzione degli utili alla parte eccedente al risarcimento stesso, ed impedendo un cumulo che determinerebbe un'ingiustificata locupletazione, questa volta a vantaggio del danneggiato.

L'art. 125 c.p.i. può essere inteso non tanto come un superamento del principio di integrale riparazione, quanto quale modalità peculiare

²⁷⁸ Cfr. A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, cit., pp.542-543, secondo cui la scarsa deterrenza della responsabilità civile evidenzia la necessità di "imporre qualcosa di più della riparazione del danno", come emerge dalla ricca casistica di ipotesi in cui le sanzioni tipiche (ovvero il risarcimento del danno secondo gli ordinari criteri) rivelano ampiamente la loro insufficienza. Così, sia nel diritto industriale che nei diritti della personalità, l'obbligo di riversare l'arricchimento al danneggiato vive "un'esistenza latente", comparendovi "sotto le mentite spoglie di risarcimento del danno" (citando P. TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, cit., p.1149).

²⁷⁹ Cfr. G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, cit., p.510. Sul punto si veda altresì A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, cit., p.558, ove si osserva che "mentre la responsabilità civile accolla al danneggiante il danno ingiusto subito dalla vittima, l'arricchimento senza causa si pone in una prospettiva maggiormente legata alla circolazione delle ricchezze ed all'equilibrio delle posizioni patrimoniali".

²⁸⁰ D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e funzione deterrente*, cit., p.1225.

²⁸¹ Cfr. V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, cit., p.198.

per la sua attuazione. Si deve escludere, infatti, che rappresenti una forma di punizione del responsabile – ben potendo, peraltro, svolgere anche una valenza indirettamente sanzionatoria – distinguendosi chiaramente dai danni punitivi²⁸². Piuttosto, la norma pare svolgere una funzione riequilibratrice di due patrimoni. Le sue previsioni mirano a predisporre “sanzioni” efficienti per i casi in cui la funzione strettamente compensativa del rimedio risarcitorio riveli la sua inidoneità a tutelare in modo adeguato i diritti di proprietà intellettuale²⁸³.

L'apparente mancato rispetto del principio di integrale riparazione del danno, pertanto, si presta ad una duplice interpretazione: quale conseguenza necessaria delle insufficienze mostrate dal medesimo nel particolare settore in oggetto, oppure come superamento solo “formale” e non anche “sostanziale”. Le previsioni dell'art. 125 c.p.i., invero, possono essere intese quale modalità alternativa per realizzare una “giusta” ed “effettiva” riparazione, al fine di impedire che la mancata compensazione integrale del danno da contraffazione si risolva in un disincentivo di quelle attività che la disciplina a tutela dei diritti di proprietà industriale mira ad incoraggiare²⁸⁴.

²⁸² Sul punto, si veda quanto osservato da F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p.921: “sarebbe fallace invocare, al riguardo, un implicito ricorso a una sorte di criptica versione italiana dei *punitive damages* allo scopo esclusivo di giustificare una misura che, nel nostro sistema, è in grado di trovare autonoma giustificazione sotto il profilo dell'«arricchimento senza giusta causa»”.

²⁸³ Cfr. P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p.332.

²⁸⁴ Così V. DI CATALDO, *Risarcimento del danno e diritti di proprietà intellettuale*, cit. p.273.

3. La legge n. 69 del 2009 ha introdotto nell'ordinamento italiano una disposizione di notevole portata innovativa. L'art. 614-*bis*²⁸⁵ del codice di procedura civile disciplina l'“attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare”²⁸⁶. In mancanza di una denominazione legislativa, tale misura è per lo più chiamata con il termine *astreinte*, pur differenziandosi sotto molteplici aspetti dall'istituto francese. La necessità e l'opportunità di riconoscere strumenti di coercizione analoghi a quelli affermatasi nelle altre esperienze europee è da tempo oggetto di dibattito nel nostro ordinamento²⁸⁷.

²⁸⁵ La disposizione recita: “Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”.

²⁸⁶ Sull'art. 614-*bis* c.p.c., cfr.: M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p.781; F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle “astreintes”*, in *Corr. mer.*, 2009, 1181; ID., *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Es. forz.*, 2009, p.4; C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi art. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p.737; M.A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Es. forz.*, 2009, p.3; A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2010, p.394; L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Es. forz.*, 2009, p.4; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p.1546; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, c.320; D. AMEDEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p.343; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p.3; C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. mer.*, 2011, p.117.

²⁸⁷ Numerosi Autori auspicavano, da tempo, l'inserimento nel nostro sistema processuale di una misura coercitiva di portata generale: cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980; B. CAPPONI, “Astreintes” nel processo civile italiano?, in *Giust. civ.*, 1999, II, p.157; L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela di condanna*, in *Riv. es. forz.*, 2004, p.334; V. DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p.130. Nel nostro ordinamento, peraltro, erano già previste delle forme di coercizione ascrivibili al *genus* dell'esecuzione indiretta, applicabili in ipotesi specifiche. Tra queste, si possono richiamare gli artt. 83, comma 2, e 86, comma 1, r.d. n. 1127 del 1939, l'art. 66, comma 2, r.d. n. 929 del 1942, in tema di brevetti per invenzioni industriali e marchi d'impresa, ove si prevede che il giudice possa, nel condannare il contraffattore, stabilire una somma dovuta per ogni successiva violazione e ritardo nell'esecuzione del provvedimento; cfr. M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982, p.119 ss. L'art. 18, comma 11, dello Statuto dei lavoratori stabilisce che, ove venga disposta la reintegrazione nel posto di lavoro del sindacalista illegittimamente licenziato, il

Attraverso l'art. 614-*bis* c.p.c., peraltro, trova ingresso per la prima volta una disposizione avente carattere generale, modellata sullo strumento francese ²⁸⁸. L'opinione prevalente qualifica l'istituto

datore sia tenuto a corrispondere a favore del fondo pensioni una somma pari all'importo della retribuzione mensile, per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'ordine di reintegrazione; sul punto, si veda *supra*, Cap. 2, par. 4. Più recentemente, vi è stata l'introduzione di due ulteriori figure di sanzione pecuniaria con valenza coercitiva: l'art. 124, comma 2, c.p.i. e l'art. 27 cod. cons. Il tentativo più significativo di introdurre nel sistema processuale italiano una misura coercitiva assimilabile all'*astreinte* francese è rinvenibile nel comma 5-*bis* dell'art. 3, l. 30 luglio 1998, n. 281 (Nuova disciplina dei consumatori e degli utenti), aggiunto dall'art. 11, l. 1 marzo 2002, n. 39, ora trasfuso nel settimo comma dell'art. 140 cod. cons., secondo cui "in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso nel giudizio di cui al comma 1, ovvero previsti nel verbale di conciliazione di cui al comma 4, il giudice, anche su domanda dell'associazione che ha agito in giudizio, dispone il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni giorno di ritardo rapportato alla gravità del fatto. Tale somma è versata all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità revisionale di base dello stato di previsione del Ministero delle attività produttive, per finanziare attività a vantaggio dei consumatori". Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a D. AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (Note sul comma 5-bis dell'art. 3 l. n. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002, p.385. Costituisce una misura di coercizione indiretta di applicazione settoriale altresì la previsione di cui all'art. 709 *ter*, comma 2, n. 4, c.p.c., in tema di inadempimento dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli minori; sul punto si veda *infra*, par. 3.4. L'approvazione dell'art. 614-*bis* è stata preceduta da numerosi tentativi di introduzione di una forma generale di esecuzione indiretta; per una ricognizione delle proposte avanzate, a partire dal Progetto Carnelutti del 1926, si rimanda a C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, cit., p.120.

²⁸⁸ Al fine di inquadrare la nuova previsione, risulta necessario ricostruire i tratti fondamentali dell'*astreinte*. Per un primo approfondimento sull'*astreinte*, si veda: A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p.31; F. CHABAS, voce *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 12 ed., I, Paris, 1994; *ID.*, *La pena privata in Francia*, cit., p.349; L. BOYER, *Les astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954, p.121; R. PERROT-P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2000, p.80 ss.; R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p.727; A. JAULT, *La notion de peine privée*, cit., p.155 ss. Sull'origine storica delle *astreintes*, si veda P. KAISER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, p.209 ss.; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., p.146 ss. Senza alcuna pretesa di completezza, sia consentito qualche breve cenno ad altre esperienze in tema di misure coercitive. Oltre al modello francese, invero, ne esistono diversi altri, dovendosi anzi riconoscere che le misure coercitive costituiscono una realtà ben consolidata in molti sistemi processuali stranieri. Cfr.: E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p.737 ss.; J. JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1987; S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p.235; E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p.538. A mero titolo esemplificativo si possono richiamare le *Zwangsstrafen* germaniche ed il *contempt of court* di matrice anglo-americana. Si osservi, inoltre, che il modello francese dell'*astreinte* si è poi affermato anche in molti altri paesi (tra cui Belgio, Olanda, Lussemburgo, Brasile; per approfondimenti, cfr.: M. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale olandese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p.790; M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p.272; M. STORME, *L'astreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p.602; A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, cit., p.931. Questa figura rappresenta una misura di coercizione per l'attuazione degli obblighi di fare e di non fare, di fonte giudiziale. Sua caratteristica peculiare è quella di imporre una forma di pressione sul debitore, costituendo una sanzione pecuniaria privata, devoluta a favore del creditore, destinata ad aumentare via via, in funzione del grado di resistenza del debitore. Introdotta dalla giurisprudenza, l'*astreinte* è stata poi ufficializzata e disciplinata legislativamente; attualmente risulta regolata dalle legge del 9 luglio 1991, n. 650, artt. 33 ss. Può essere disposta ad opera di ogni giudice che pronunci una decisione di merito, anche in appello; è prevista, inoltre, una competenza

menzionato nei termini di “*peine privée*”; suo obiettivo precipuo, invero, è quello di sanzionare il mancato rispetto di una decisione giudiziale. Da ciò discende la sua totale estraneità, sotto il profilo sia funzionale che strutturale, rispetto al risarcimento del danno. Ne deriva che deve essere esclusa una sua valenza compensativa; si determina, invero, un cumulo tra il risarcimento dei danni e l’*astreinte*, a favore del creditore. L’indipendenza dell’*astreinte* dalla riparazione è stata chiaramente affermata dal legislatore, che ha legalizzato le soluzioni già adottate dalla giurisprudenza francese.

L’*iter* legislativo che condusse all’approvazione dell’attuale formulazione, peraltro, vide altresì tentativi di porre rimedio alla pratica giurisprudenziale di quantificare tali misure in somme molto contenute, al fine di evitare un eccessivo ed ingiustificato arricchimento del danneggiato. Era stato, anzi, suggerito di imputare le somme versate a titolo di *astreinte* al *quantum* risarcitorio finale, tuttavia la proposta fu prontamente scartata. Tale misura coercitiva, quindi, si distingue dalle altre figure di pena privata conosciute dal diritto francese per l’attribuzione esclusiva di una funzione punitiva, con esclusione di ogni valenza riparatoria. Ne consegue che non solo è possibile il cumulo con il risarcimento dei danni, ma è altresì proibito ai giudici di dedurre

speciale del giudice dell’esecuzione. Il procedimento applicativo si caratterizza per una struttura bifasica: in un primo momento viene pronunciata, e solo successivamente liquidata nel suo preciso ammontare, costituendo, così, titolo esecutivo. A ciò si ricollega la previsione di una duplice tipologia di *astreinte*: provvisoria e definitiva, connotate da una diversità di funzione. La prima mira ad intimidire il debitore, costituendo una semplice minaccia; viene emessa allo stato degli atti, ed è sempre rivedibile ed emendabile fin al momento della liquidazione. A tale fine è riconosciuto un amplissimo potere discrezionale in capo al giudice. Quella definitiva, invece, consiste in una condanna la cui entità è già stata stabilita definitivamente al momento della pronuncia; successivamente viene liquidata mediante un semplice calcolo aritmetico. Solo in questo momento si avrà la cristallizzazione degli effetti negativi per il patrimonio del debitore. La dottrina francese, peraltro, riconosce la natura di *véritable astreinte* solo a quella provvisoria, che costituisce indubbiamente la figura più importante e di più frequente applicazione. La fase liquidatoria non è regolata da limiti massimi o minimi, bensì prevede la considerazione di alcuni elementi, quali la mala fede del debitore, o l’iniquità di un arricchimento del creditore. Essendo slegata dal risarcimento del danno, l’entità di questo non rileva. Non essendo stabilita né la misura né la durata dell’*astreinte*, il giudice ha un ampio potere discrezionale di valutazione, che si estrinseca anche, nel caso di quella provvisoria, nella facoltà di modificare, in ogni momento, la somma fissata inizialmente.

l'importo corrispondente all'*astreinte* dalla somma liquidata a titolo risarcitorio a favore del danneggiato. Pare ormai definitivamente superata, pertanto, l'opinione secondo cui tale istituto avrebbe avuto carattere risarcitorio²⁸⁹, sostenuta dai Tribunali francesi verso la metà del secolo scorso, e rigettata da un noto *arrêt* della *Cour de Cassation* del 1959²⁹⁰.

La dottrina francese più recente concorda nel riconoscere all'*astreinte* natura di misura coercitiva²⁹¹, se non di vera e propria pena privata²⁹², od ancora natura mista di misura coercitiva e pena privata²⁹³.

È possibile, peraltro, riconoscere una natura diversa a seconda della fase in cui ci si trova: l'*astreinte*, invero, si trasforma da minaccia a pena, qualora il debitore si ostini a non eseguire l'ordine del giudice²⁹⁴. La qualità di pena privata è confermata dall'obiettivo che la misura mira a perseguire, in via esclusiva, in tale momento: sanzionare la

²⁸⁹ Si rimanda a M. PLANIOL-J. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2 ed., VII, Paris, 1952, p.107 ss. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 151 individua la differenza essenziale rispetto al risarcimento, nella circostanza che mentre quest'ultimo è finalizzato a compensare un pregiudizio già verificatosi, l'*astreinte* opera per il futuro, ed è quindi comminabile anche in difetto di uno specifico danno.

²⁹⁰ *Cass. Civ. Ire*, 20 octobre 1959, ove la Corte affermò che "l'*astreinte* è uno strumento di costrizione da distinguersi dal risarcimento del danno in quanto rappresenta un mezzo per garantire l'esecuzione della condanna, non ha come fine la compensazione del danno scaturito dal ritardo nell'adempimento, e viene normalmente liquidata in base alla gravità della colpa del debitore inadempiente e alle sue possibilità patrimoniali".

²⁹¹ *Ex multis*: P. JULIEN-J. TAORMINA, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, 2000, p.28; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1960, p.630; L. BOYER, *Le astreintes nel diritto francese*, cit., p.415.

²⁹² Cfr. F. CHABAS, voce *Astreintes*, cit., 6; J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, Paris, 2004, p.572.

²⁹³ Si veda G. VINEY, *La responsabilité: effets*, in AA. VV., *Traité de droit civil*, diretto da J. GHESTIN, Paris, 1988, p.14. La natura delle *astreintes*, peraltro, non ha mancato di attirare forti critiche, poiché si risolverebbe in una violazione dei principi di proporzionalità della pena e del contraddittorio. Per approfondimenti su tali critiche e riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., p.152. L'Autrice osserva altresì come, nonostante le critiche, l'*astreinte* trovi un'applicazione considerevole, nelle più diverse materie: contrattuale, industriale, nel diritto di famiglia ed anche in quello fallimentare.

²⁹⁴ La duplice efficacia dell'*astreinte*, inizialmente deterrente e poi sanzionatoria nei confronti della parte non ottemperante al provvedimento giudiziale, è ben evidenziata da B. CAPPONI, "Astreintes" nel processo civile italiano?, in *Giust. civ.*, 1999, II, 163: "mentre nella fase provvisoria essa assolve la funzione di misura coercitiva che intende favorire lo "spontaneo" adempimento dell'obbligazione sotto la sanzione del pagamento nella misura stabilita (...), la sua liquidazione definitiva assolve un diverso ruolo, da preventivo ad esecutivo, presentandosi come una misura di sostegno, strumento aggiuntivo per l'esecuzione del provvedimento del giudice".

disobbedienza ad un provvedimento giudiziale²⁹⁵. L'*astreinte* non intende affatto riparare il pregiudizio subito dal creditore a causa dell'inadempimento, o dell'adempimento tardivo; questo troverà reintegrazione mediante il risarcimento dei danni, secondo le classiche regole della responsabilità civile²⁹⁶.

La misura prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c. si distingue sotto molteplici punti di vista dall'istituto d'oltralpe. Il suo campo di applicazione risulta più circoscritto, potendo essere pronunciata solo in caso di obblighi infungibili di fare o di non fare²⁹⁷; la facoltà di attivarla è riconosciuta unicamente alla parte. Il suo carattere accessorio ad una condanna principale implica che la competenza sia attribuita in via esclusiva al giudice del merito. Tale misura coercitiva, pertanto, può essere disposta nella sentenza di condanna, per il caso, futuro ed incerto, di inadempimento. Non è prevista alcuna procedura di verifica dell'inadempimento, per la concreta liquidazione del ritardo; non è ricalcata la distinzione, tipica del modello francese, tra *astreinte* provvisoria e definitiva, né tra una fase di pronuncia ed una di liquidazione. Per quanto concerne la quantificazione, la norma prevede

²⁹⁵ Così, la qualità di pena privata è particolarmente riconosciuta all'*astreinte* definitiva; sul punto, cfr. A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris, 2005, 160-170.

²⁹⁶ Cfr. R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, 667. Secondo F. CHABAS, *La pena privata in Francia*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1999, 349. l'autonomia e l'originalità dell'*astreinte* emergono non solo dalla modalità di determinazione del suo ammontare, ma anche proprio dalla possibilità che venga cumulata al risarcimento dei danni.

²⁹⁷ L'ambito applicativo limitato è stato oggetto di critiche, in particolare per l'esclusione delle "controversie di lavoro subordinato pubblico o privato", che è stata anzi sospettata di illegittimità costituzionale. Cfr. L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, cit., p.5. Si osservi, poi, che il riferimento all'infungibilità delle prestazioni è contenuto unicamente nella rubrica, mancando ogni menzione nel testo della norma. Sul punto si sono già delineati due diversi orientamenti: secondo una prima tesi, si dovrebbe valorizzare la collocazione sistematica ed il testo della rubrica, accogliendo un'interpretazione favorevole ad applicazione della misura coercitiva limitata alle prestazioni infungibili. Un altro orientamento, in parte già avallato dalla giurisprudenza di merito, ritiene non si debba attribuire troppo rilievo al dato letterale. Cfr. Trib. Terni, ord. 4 agosto 2009 (citata da S. SALA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e astreintes: brevi note sull'ennesima riforma del processo civile*, in www.tribunale.varese.it), ove in un *obiter dictum* si afferma che l'art. 614-*bis* sarebbe stato introdotto al fine di assicurare l'esecuzione di tutti i provvedimenti giudiziari di condanna, non solo di quelli aventi ad oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare. Il primo orientamento è sostenuto, *ex multis*, da C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, cit., p.122 ss.

la considerazione di alcuni criteri: il valore della controversia, la natura della prestazione dovuta, il danno quantificato o prevedibile e ogni altra circostanza utile. Tali elementi, stante la loro vaghezza, conferiscono ampia discrezionalità al giudice, analogamente a quanto avviene in relazione all'*astreinte* francese²⁹⁸. L'attività liquidatoria dovrebbe rivelare la stretta connessione alla funzione perseguita, ovvero quella di costringere il debitore ad adempiere, escludendosi qualunque finalità risarcitoria. È evidente, tuttavia, come l'ammontare dell'eventuale risarcimento del danno possa influenzare la sanzione, nel senso di suggerire una quantificazione di quest'ultima in base ad un rapporto ragionevole rispetto al primo²⁹⁹.

L'ampio potere discrezionale attribuito al giudice è correlato alla estrema genericità dei criteri forniti al medesimo quale guida per la quantificazione: si tratta, invero, di parametri la cui estensione impedisce di considerarli di qualche concreta utilità, risultando meramente indicativi. La mancanza di un tetto massimo, in particolare, è stata criticata per il rischio di quantificazioni esorbitanti ad essa connessa³⁰⁰.

Non pare potersi dubitare che l'art. 614-*bis* c.p.c. contempra una condanna al pagamento di una somma pecuniaria sfornita di ogni valenza risarcitoria. È evidente, invero, la finalità compulsoria della medesima, confermata *in primis* dalla circostanza che la sua liquidazione precede l'eventuale inadempimento³⁰¹.

²⁹⁸ Il potere discrezionale del giudice può estrinsecarsi altresì in una quantificazione progressiva, che può essere rapportata ad unità di tempo od anche fissata in misura maggiore vi via che il tempo prosegue e o che le violazioni siano reiterate (si veda un esempio nella pronuncia del Tribunale di Cagliari, 19 ottobre 2009, su cui *infra*). Cfr. F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, cit.

²⁹⁹ F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, cit.

³⁰⁰ Così, D. AMEDEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., 351.

³⁰¹ Cfr. M.A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Esecuz.* 2009, 7.

La sua natura non riparatoria è ulteriormente confermata dall'assenza di ogni riferimento alla necessità di provare o anche semplicemente allegare un danno (futuro). La possibilità di esercitare una effettiva pressione sull'intimato viene assicurata dalla previsione secondo cui la statuizione giudiziale che dispone il pagamento della somma di denaro ai sensi dell'art. 614-*bis* costituisce titolo esecutivo³⁰². Sebbene la norma non indichi espressamente il soggetto a vantaggio del quale sarà devoluta la somma oggetto di condanna, in assenza di alcuna specificazione, il silenzio del legislatore non può che essere interpretato nel senso di riconoscere la controparte processuale quale beneficiario della misura³⁰³. Si deve ritenere, infatti, che ove si fosse inteso devolvere la somma a favore dello Stato, ciò sarebbe stato oggetto di inequivoca previsione³⁰⁴.

Tuttavia, qualche dubbio sulla reale natura di tale strumento è stato avanzato da più parti. Secondo un'opinione, il riferimento nei criteri per la quantificazione al “danno quantificato o prevedibile” e ad “ogni altra circostanza utile” varrebbe a conferire una funzione risarcitoria, piuttosto che sanzionatoria, al provvedimento³⁰⁵.

Non si comprenderebbe la ragione per la quale il giudice dovrebbe considerare il *quantum* risarcitorio al fine della liquidazione della somma volta ad indurre il debitore all'adempimento spontaneo. Si è osservato,

³⁰² In termini pratici, ciò comporta l'evidente vantaggio, per il creditore, di non dover rivolgersi nuovamente all'autorità giudiziaria al fine di ottenere l'accertamento della violazione dell'obbligo di fare, potendo egli agire esecutivamente nei confronti del debitore. Si tratta di una novità dirompente nell'ordinamento processuale italiano, poiché si conferisce, così, la qualità di titolo esecutivo ad un provvedimento di condanna caratterizzato da incertezza sotto il duplice profilo dell'*an* e del *quantum*. Cfr. B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 323.

³⁰³ D. AMEDEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2010, 343, osserva che la destinazione della somma al creditore permette di affermare la connotazione civilistica della misura in esame, escludendone una qualificazione in termini sanzionatori a carattere pubblicistico.

³⁰⁴ Ed invero, così è stato, ad esempio, nell'art. 709 *ter*, comma 2, n. 4, c.p.c., su cui si veda *infra*. Cfr. G. SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam.*, 2010, 910.

³⁰⁵ Così, M.A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p.13.

invero, come l'*astreinte* sia liquidata in modo del tutto indipendente dal risarcimento del danno. È stato suggerito, altresì, il riconoscimento di una “concorrente funzione indennitaria o, più correttamente, risarcitoria”, che dovrebbe essere adeguatamente considerata nell’ambito di un eventuale giudizio risarcitorio³⁰⁶. Si osserva, poi, come il tenore letterale della disposizione non contribuisca a fornire chiarezza e univocità alla ricostruzione della natura della condanna ivi prevista, non chiarendo i rapporti tra questa e il diritto al risarcimento del danno³⁰⁷. Non sarebbe dato stabilire, in particolare, se le somme dovute a titolo di misura coercitiva si aggiungano a quelle dovute quale risarcimento³⁰⁸. L’equivoco avrebbe potuto essere agevolmente scongiurato dal legislatore italiano. Seguendo l’esempio d’oltralpe, la netta distinzione tra risarcimento del danno e pena pecuniaria avrebbe potuto essere esplicitata con l’espressa menzione del criterio della condotta del debitore, e delle eventuali difficoltà a cui questi vada incontro nell’adempiere l’ordine giudiziale. L’equivoco avrebbe potuto essere agevolmente scongiurato dal legislatore italiano. Seguendo l’esempio d’oltralpe, la netta distinzione tra risarcimento del danno e pena pecuniaria avrebbe potuto essere esplicitata con l’espressa menzione del criterio della condotta del debitore, e delle eventuali difficoltà a cui questi vada incontro nell’adempiere l’ordine giudiziale.

³⁰⁶ Cfr. A. LOMBARDI, in R. GIORDANO–A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, 478.

³⁰⁷ In questo senso, B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, cit., p.323.

³⁰⁸ Secondo C. ASPRELLA, *L’attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. Mer.*, 2001, 124, ove si ritenga che l’art. 614-*bis* sia applicabile in modo più esteso rispetto a quanto indicato dal dato testuale della rubrica, consentendone l’utilizzo anche nei casi in cui operi l’esecuzione diretta, si rischierebbe di duplicare le voci di danno in favore del creditore, a cui sarebbe riconosciuta non solo l’utilità originaria, ma anche il danno e la somma dovuta a titolo di “*astreinte*”. Sarebbe rinvenibile, quindi, una notevole somiglianza con la clausola penale, in assenza, però, di un meccanismo in grado di consentire la limitazione delle ulteriori voci di danno risarcibile al creditore, e così evitare il suo arricchimento ingiustificato. Pur non intendendo negare la intrinseca differenza tra i due rimedi, l’Autrice ne evidenzia la similarità nella struttura e nel meccanismo operativo delle due previsioni, ove si accolga l’interpretazione che estende l’applicazione dell’art. 614-*bis* ad ogni tipo di obbligazione.

Trattandosi di una disposizione di recente introduzione, non è allo stato possibile ricostruire un quadro coerente derivante dalla sua applicazione giurisprudenziale. Il numero esiguo di condanne pronunciate ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. non impedisce, peraltro, alcune prime osservazioni. Il Tribunale di Terni ha espressamente qualificato la nuova previsione nei termini di una misura coercitiva di natura pecuniaria di esecuzione indiretta, con funzione rafforzativa della pronuncia di condanna³⁰⁹. Anche il Tribunale di Cagliari ha affrontato la questione della natura giuridica della misura, in relazione ai parametri per la quantificazione della condanna, ed in particolare al riferimento al “danno quantificato o prevedibile”³¹⁰. Accanto al riconoscimento della funzione compulsoria e deterrente dell'istituto, il giudice menziona una secondaria e concorrente finalità di ristoro del danno patito. Tuttavia, siffatta funzione si ricollega alle peculiarità del procedimento avviato nel caso di specie, in cui il beneficiario della misura aveva proposto ricorso cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c. La condanna *ex art. 614-bis* c.p.c. permette, secondo il Tribunale, di assicurare anche in tale sede l'esigenza di garantire un serio ristoro a fronte del perdurare dell'inadempimento. Non si riconosce, quindi, una valenza di per sé riparatoria, quanto piuttosto una funzione “deflattiva del possibile contenzioso successivo, limitato all'eventualità che si produca un danno non integralmente soddisfatto dalla statuizione giudiziale”³¹¹. Nonostante ciò non sia espressamente previsto, si deve ritenere che, analogamente all'esperienza francese, la somma liquidata a titolo di misura coercitiva

³⁰⁹ Trib. Terni, 6 agosto 2009, in *Giur. it.*, 2010, 3, con nota di S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*. Sulla scorta dei criteri indicati dalla norma, è stata applicata una condanna liquidata in euro 100 per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento giudiziale.

³¹⁰ Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p.394, con nota di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*

³¹¹ Sulla scorta di tali considerazioni il Giudice condanna il gestore di telefonia fissa al pagamento della somma di euro 35,00 per ogni giorno di ritardo nell'attivazione delle linee telefoniche richieste dalla ricorrente, per i primi trenta giorni, e di euro 100,00 per ogni ulteriore giorno di ritardo.

non vada detratta da quanto concesso quale risarcimento del danno, non essendo ricompresa nell'importo risarcitorio. I due importi non possono essere confusi, trovando ognuno la propria differente giustificazione e funzione³¹². Ciò risulta coerente con l'intrinseca *ratio* della misura coercitiva, ovvero quella di induzione all'adempimento. Si deve escludere, pertanto, che la somma imposta a titolo di *astreinte* presenti una componente indennitaria³¹³.

Al contempo, il riconoscimento di una valenza essenzialmente coercitiva dovrebbe permettere di scongiurare ogni rischio di rievocare la figura dei *punitive damages*, richiamata anche a proposito dell'istituto in esame³¹⁴. Si afferma, invero, che ove l'importo dovuto ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. non venga scomputato dal risarcimento del danno, la sanzione accessoria sarebbe trasformata in un'ulteriore voce di danno. Questa, non essendo supportata da una conforme previsione civilistica, si tradurrebbe in un arricchimento ingiustificato; tale risultato sarebbe ottenuto mediante l'introduzione di una forma di "danno punitivo"³¹⁵.

L'evidente carattere di repressività insito nella previsione di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. suggerisce alcune riflessioni sulla sua natura sanzionatoria. Su questa pare prevalere il carattere coercitivo, dovendosi negare una connotazione squisitamente soggettiva della misura. I parametri indicati per la quantificazione sembrano confermare la natura di mezzo di tutela della somma oggetto di condanna ai sensi dell'art.

³¹² L'autonomia e separazione tra il "denaro coercitivo" e il "denaro risarcitorio" è ben evidenziata da D. AMEDEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., p.354. Diversa è l'opinione di A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp.402-403, secondo cui si il riferimento al risarcimento tra i criteri per la determinazione della somma implica che il giudice possa tenere conto, per lo meno in parte, dell'importo versato ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c., scomputandolo dal *quantum* risarcitorio. Tale opinione non può essere condivisa, poiché priverebbe la misura di ogni efficacia coercitiva e deterrente, snaturandone la funzione. Si deve ritenere, peraltro, che ove il legislatore avesse così ritenuto, lo avrebbe espressamente previsto nella disposizione stessa.

³¹³ Si veda C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, cit., p.130.

³¹⁴ Cfr. D. AMEDEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, cit., p.354.

³¹⁵ Sul punto, si veda C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, cit., p.131.

614-*bis* c.p.c. La mancanza di un minimo e di un massimo edittale, diversamente da quanto previsto dall'art. 709 *ter*, comma 2, n. 4, c.p.c.,³¹⁶ ed il contesto in cui la previsione è inserita, possono essere interpretati nel senso di escludere ogni finalità afflittiva³¹⁷. Parimenti, per quanto già osservato, si deve ritenere che l'istituto non rivesta nemmeno una funzione riparatoria³¹⁸. Si può, anzi, osservare come il riferimento alla misura del risarcimento si giustifichi in relazione a considerazioni di equità. Tale fattore dovrebbe permettere, infatti, di evitare iniquità della misura stessa, garantendo che il suo ammontare risulti congruo rispetto alla scopo di coercizione indiretta³¹⁹. Il riferimento all'equità, peraltro, è espressamente richiamato dalla disposizione, laddove si esclude che il giudice possa irrogare tale sanzione ove ciò gli appaia “manifestatamente iniquo”. Tale facoltà conferisce al giudice un significativo ambito di discrezionalità, accusato di poter sfociare nell'arbitrio e di essere, per questo, incostituzionale³²⁰.

L'impossibilità di riconoscere una finalità riparatoria alla misura troverebbe conferma nell'essere la stessa concettualmente contrapposta al risarcimento, risultando concepita in modo da essere applicata ancor prima che il danno si sia verificato, o comunque prescindendo dal medesimo. La mancata trattazione, all'interno dell'art. 614- *bis* c.p.c.,

³¹⁶ Su cui *infra*, prossimo paragrafo.

³¹⁷ Questa è l'opinione di S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. It.*, 2010, 28.

³¹⁸ Così, F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Es. for.*, 2009, 4.

³¹⁹ È stato osservato, a questo proposito, come tale riferimento all'equità si sostanzia, in chiave teleologica, nell'equità delle conseguenze “nel senso del perseguimento della giustizia materiale o mediante l'irrobustimento dell'effettività della tutela o, qualora l'effetto deterrente non si attui, mediante il conferimento al titolare della situazione tutelata della somma accumulatasi a titolo di misura di coercizione a mo' di mero correttivo dell'ineffettività della tutela, quasi un ristoro”. Sarebbe possibile, così, recuperare una valenza, seppur residuale, di tipo compensativo. In questo senso, cfr. S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, cit.

³²⁰ Cfr. M.A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p.8; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 1546.

della questione del cumulo tra la misura compulsoria e il risarcimento del danno, pertanto, risulta essere solo all'apparenza problematica, trovando giustificazione nelle differenti finalità dalle stesse perseguite³²¹.

L'opportunità di qualificare nei termini di "pena privata" l'istituto introdotto all'art. 614-*bis* c.p.c.³²², pertanto, deve essere adeguatamente valutata, dovendosi rifuggire dal rischio di facili suggestioni derivanti da confusioni concettuali. La previsione di una condanna pecuniaria che supera la soglia del danno non può essere automaticamente inquadrata in un ambito sanzionatorio, né tanto meno punitivo³²³. Né può condurre alla medesima conclusione l'assenza di ogni valenza risarcitoria. L'istituto in esame pare, piuttosto, qualificabile come misura di coercizione, caratterizzata da una marcata valenza deterrente, passibile di assumere altresì connotazioni sanzionatorie.

³²¹ Si può ritenere che la possibile commistione tra le due funzioni trovi le sue radici nell'origine storica dell'*astreinte* francese, inizialmente ideata come una mera "*exagération du taux des dommages-intérêts*", e superata da tempo nell'esperienza d'oltralpe. Si veda S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, cit., ove l'A. ricorda come tale confusione si ricollegi all'originario significato della distinzione tra *astreinte provisoire* e *définitive*: la prima aveva una finalità squisitamente compulsoria, mentre la seconda rivestiva una funzione essenzialmente riparatoria, essendo collegata all'art. 1142 *code civil*.

³²² Propende per tale qualificazione giuridica L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Es. forz.*, 2009, 1360 ss. L'opinione si fonda principalmente sull'osservazione che tra i presupposti della condanna *ex art. 614-bis* c.p.c. non figura l'esistenza di un danno, già verificatosi o comunque prevedibile.

³²³ Nel senso di escludere qualsivoglia possibilità di ricondurre la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. nell'alveo delle pene private, si veda S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, cit.

4. Tra le previsioni legislative di recente introduzione che hanno attirato l'attenzione degli interpreti, per una loro possibile qualificazione in termini sanzionatori, figura altresì l'art. 709 *ter* c.p.c. La disposizione è stata inserita nel codice di procedura civile nell'ambito della riforma della disciplina concernente la separazione coniugale e l'affidamento condiviso dei figli, attuata con legge 8 febbraio 2006, n. 54³²⁴.

Il secondo comma dell'art. 709-*ter* può fronteggiare casi di “gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento” emanando statuizioni consistenti: 1. nell'ammonizione del genitore inadempiente; 2. in una condanna al risarcimento del danno in favore del minore; 3. in una condanna al risarcimento del danno in favore dell'altro

³²⁴ Per approfondimenti sull'art. 709 *ter* c.p.c., in particolare sul suo secondo comma, si veda: E. VULLO, *Commento all'art. 709-ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di C. CONSOLO, F.P. LUISSO, Milano, 2007, p.5291 ss.; C.M. CEA, *Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*, in *Foro it.*, 2006, I, c.3244; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p.2005; C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2007, p.825; G. CASABURI, *Art. 709 ter c.p.c.: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. mer.*, 2007, p.2528; *ID.*, *Nota a Trib. Messina, 5 aprile 2007*, in *Foro it.*, 2008, I, c.1689; G. CASSANO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità genitoriale per violazione dell'affido e la portata dell'art. 709 ter, comma 2°, c.p.c. fra pena privata e danno esistenziale*, in *Contr. e impr.*, 2008, p.271; A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, p.1048; *ID.*, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008, p.1193; D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2008, p.964; G. FACCI, *La responsabilità del genitore per gli illeciti compiuti ai danni della prole*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p.2195; *ID.*, *L'art. 709 ter c.p.c. L'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Dir. fam.*, 2008, p.1024; G. MANERA, *Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall'art. 709-ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità*, in *Dir. fam.*, 2008, p.1211; M. DELL'UTRI, *Funzioni ed efficacia (note a margine dell'art. 709-ter c.p.c.)*, in *Giur. mer.*, 2008, p.1593; A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2008, p.799; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, p.64; A. DI GIROLAMO, *Art. 709-ter c.p.c.: indirizzi giurisprudenziali a tre anni dalla riforma*, in *Giur. mer.*, 2009, p.2366; F. FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, in *Fam. E dir.*, 2009, p.610; FREZZA G., *Appunti e spunti sull'art. 709-ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, p.29; F. LONGO, *L'art. 709 ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, in *Fam. dir.*, 2009, p.180; ZINGALES I., *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. fam.*, 2009, p.404; DANNOVI F., *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p.603; F. TOMMASEO, *Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, p.705; *ID.*, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, p.1057; E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010, p.927; G. SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam.*, 2010, p.910.

genitore; 4. in una condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, compresa tra un minimo di 75 euro ed un massimo di 5.000 euro, in favore della Cassa delle ammende. Si prevede, così, un complesso ventaglio di rimedi volti a garantire l'osservanza dei provvedimenti e degli obblighi imposti dall'autorità giudiziaria all'interno dei rapporti familiari. Tali misure sono applicabili, infatti, in connessione a provvedimenti giudiziali già emessi, trovando la loro ragione d'essere proprio nella finalità di rafforzare i medesimi. L'art. 709 *ter*, assumendo l'ottica di predisporre soluzioni efficaci alle delicate questioni in materia di affidamento, demanda al giudice del procedimento in corso le competenze attuative sulle soluzioni adottate per le controversie relative all'esercizio della potestà e alle modalità di affidamento, attribuendo al giudice di merito le medesime competenze per l'adozione di eventuali, successive modifiche. L'utilità della nuova previsione risulta inficiata dalla sua formulazione tecnicamente infelice, permeata da incertezze e dubbi interpretativi³²⁵.

La norma rappresenta, in ogni caso, una novità di innegabile rilievo, segnatamente per la sua collocazione nel diritto di famiglia, settore solo di recente apertosi alla responsabilità civile e ai suoi rimedi³²⁶.

³²⁵ I punti critici sono stati evidenziati, in particolare, da E. VULLO, *Il nuovo art. 709 ter c.p.c.: l'interpretazione della dottrina e gli orientamenti della giurisprudenza*, negli *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p.1957; F. TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, cit., p.1058 e F. LONGO, *L'art. 709 ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, cit., p.180.

³²⁶ L'applicabilità delle regole ordinarie di responsabilità civile alla famiglia è stata a lungo dibattuta, ed essenzialmente negata fino alla nota sentenza di Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, p.365, con note di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, e G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*. Più in generale su tale tema, si veda S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p.605; G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, III, Milano, 2003, p.2779; G. RAMACCIONI, *I danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, I, p.191; M. DI MARZIO, *La responsabilità endo-familiare: gli illeciti tra genitori e figli*, in *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, a cura di R. TORINO, Milano, 2006, p.59; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p.14; G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p.407.

Le differenti forme di tutela previste dalla norma in esame interagiscono al fine di garantire e rafforzare l'efficienza dei provvedimenti dell'autorità giurisdizionale³²⁷, caratterizzandosi tutti per una funzione deterrente. La minaccia dell'applicazione di tali rimedi, infatti, dovrebbe già di per sé esercitare una forma di coazione indiretta tale da indurre a desistere dalla condotta lesiva³²⁸. Peraltro, si deve sin d'ora osservare come la circostanza che le diverse previsioni siano accomunate dalla medesima finalità intimidatoria non significa, di per sé, che esse assolvano la stessa funzione. L'ipotesi prevista al n. 4, denominata impropriamente "sanziona amministrativa", devoluta a favore della Cassa delle ammende, configura, all'evidenza, una figura compulsoria concepita sul modello dell'*astreinte*, analogamente all'istituto di applicazione generale, recentemente introdotto all'art. 614 *bis* c.p.c.

Non potendo sussistere dubbi sulla natura essenzialmente sanzionatoria delle misure di cui ai numeri 1 e 4, ai fini della presente analisi rivestono particolare interesse gli strumenti risarcitori previsti ai nn. 2 e 3 del predetto comma 2. Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura di tali previsioni, evocando le figure della pena privata e dei *punitive damages*.

La corretta interpretazione della norma non può prescindere dall'attenta considerazione del settore in cui è inserita; è evidente l'ottica di garantire l'attuazione dei provvedimenti giudiziali, a fronte di un sistema ordinario basato su forme di esecuzione inidonee ed inefficaci, specialmente in ambito familiare. Le difficoltà inerenti a tale attuazione hanno indotto il legislatore a forgiare rimedi peculiari, che però, per la

³²⁷ Le previsioni sarebbero formulate secondo un criterio di progressiva afflittività, cfr. N. PICARDI, *Art. 709 ter*, in *Codice di procedura civile*, Milano, 2008, p.3354.

³²⁸ Così, E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediare introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*, cit., p.66.

loro collocazione sistematica e per la formulazione scarna, risultano di difficile inquadramento. L'uso non eccessivamente parsimonioso, da parte dei giudici di merito, dei rimedi di recente introduzione ha peraltro rivelato un orientamento maggioritario a favore della natura sanzionatoria dei medesimi³²⁹, o che quantomeno li riconduce alla categoria delle misure coercitive³³⁰.

La ratio della norma sarebbe, quindi, quella di fornire una risposta di tipo pubblicistico per fronteggiare gli atti pregiudizievoli per i minori, commessi in violazione delle prescrizioni concernenti l'affidamento³³¹. Proprio sotto tale profilo vengono evocati i *punitive damages*, che tra le loro funzioni annoverano quella di prevenzione generale e speciale.

La tesi dell'avvenuta introduzione di una figura affine ai danni punitivi si fonda, inoltre, sulla previsione della possibilità che il giudice disponga le misure risarcitorie di cui all'art. 709 *ter*, comma 2, nn. 2 e 3 "anche congiuntamente" all'ammonizione del genitore inadempiente o

³²⁹ Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p.60, con nota di E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*; Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, in *Resp. civ.*, 2007, p.472; Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Fam. dir.*, 2008, 1024, con nota di G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c. L'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*; Trib. Padova, 3 ottobre 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p.609 con nota di F. FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*; Trib. Reggio Emilia, 27 marzo 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p.189.

³³⁰ In dottrina, si veda: V. ROSSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, I, Padova, 2007, p.407; FREZZA G., *Appunti e spunti sull'art. 709-ter c.p.c.*, cit., p.42; AMRAM D., *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, cit., p.967; D'ANGELO A., *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, cit.; ID., *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, cit.; A. GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso*, cit., p.1884, secondo cui "la funzione coercitiva assolta dall'apparato sanzionatorio introdotto dall'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. implica che le condanne risarcitorie di cui ai n. 2 e 3 abbiano natura prevalentemente punitiva, al pari dell'ammonizione e delle pene pecuniarie previste dai n. 1 e 4". Tra le prime pronunce ve ne è, in particolare, una in cui il Tribunale di Messina si è sbilanciato espressamente a favore della funzione punitiva, tentandone un maggiore approfondimento. Secondo il giudice siciliano non sarebbe ostativa alla configurabilità di un'ipotesi di "*punitive damages* ovvero di sanzione privata" la considerazione che l'ordinamento giuridico italiano non riconosca tale categoria anglosassone. Il legislatore avrebbe, così, recepito l'esperienza nordamericana, attuando una "rivoluzione" nelle regole concernenti i rapporti tra genitori e figli nel momento di crisi del vincolo coniugale. Ne deriverebbe la piena legittimità dell'introduzione di un *quid novum*, integrato da una "condanna al risarcimento del danno che non è diretta a compensare ma a punire, al fine di dissuadere chi ha commesso l'atto illecito a commetterne altri".

³³¹ Cfr. A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., p.801.

alla condanna dello stesso al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi del n. 4.

L'ambito settoriale, caratterizzato da interessi particolarmente delicati, in cui si inserisce tale disposizione non pare quello più propizio in cui dare ingresso ad una novità così dirompente³³².

Le peculiarità della sfera familiare potrebbero, in realtà, giustificare la predisposizione di un apparato rimediale specifico, che si distingua dalle consolidate soluzioni adottate in via generale dall'ordinamento. Tuttavia, qualora il legislatore avesse effettivamente inteso introdurre un "danno punitivo", si può auspicare che ciò sarebbe avvenuto in modo meno criptico, e tecnicamente più felice. L'"importazione" di una figura affine ai danni punitivi nel nostro ordinamento dovrebbe avvenire in seguito ad una meditata riflessione, che non potrebbe prescindere da un corretto inquadramento degli stessi all'interno della responsabilità civile³³³.

Numerosi elementi, sia di ordine sistematico che teleologico, concorrono a negare la configurabilità, nel caso di specie, di un istituto analogo ai *punitive damages*, od anche di una "pena privata". Un primo indice è rinvenibile nella duplice e distinta previsione di un risarcimento a favore, rispettivamente, del figlio minore, al n. 2, e dell'altro coniuge, al n. 3 del secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c. La differenziazione tra le due ipotesi pare voler porre l'accento sulla figura del beneficiario della condanna, ovvero sul danneggiato, anziché su quella del genitore inadempiente³³⁴. Ne deriva che il baricentro della norma risulta orientato più sul danno,

³³² Cfr. F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p.941, ove si rileva che "l'art. 709 *ter* non si presta a essere interpretato quale norma anticipatrice" nella direzione di un'apertura ai danni punitivi.

³³³ A. D'ANGELO, *L'art. 709 *ter* c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, cit., p.1196.

³³⁴ Così, M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, cit., p.2011.

che sulla condanna³³⁵. Compito precipuo del giudice non è, pertanto, punire il colpevole, bensì ristorare la vittima per la lesione del diritto all'intangibilità della relazione tra genitore e figlio.

Al contempo, si può rilevare come la giurisprudenza, ai fini dell'individuazione della misura da applicare nel caso concreto, prenda essenzialmente in considerazione la gravità della condotta posta in essere dal genitore inadempiente³³⁶. La natura sanzionatoria dei provvedimenti previsti dall'art. 709 *ter*, comma 2, c.p.c. sarebbe confermata dalla possibilità di condannare tale genitore anche al risarcimento dei danni. I giudici, invero, sembrano distinguere chiaramente, a questo proposito, tra l'applicazione dei rimedi di cui all'art. 709 *ter*, aventi finalità punitiva, e la condanna al pagamento di una somma destinata a risarcire il danno eventualmente arrecato al congiunto.

In relazione alla prima ipotesi, la liquidazione della somma è parametrata alla gravità della condotta, escludendosi la necessità di provare l'*an* ed il *quantum*. La condanna consegue, pertanto, al mero accertamento della sussistenza di comportamenti lesivi e pregiudizievoli per i minori, o di ostacolo al corretto svolgimento delle modalità di affidamento.

Nel secondo caso, invece, la quantificazione avviene secondo le normali regole risarcitorie, in particolare in tema di prova del danno, e la condanna potrà avvenire unicamente all'esito di un ordinario giudizio di cognizione. È evidente che le pronunce riconducibili al primo filone si fondano sul riconoscimento di una natura sanzionatoria delle condanne risarcitorie *ex art. 709 ter*, comma 2, n. 2 o 3, c.p.c., e per tale ragione ritengono di poter prescindere dalla prova di un danno.

³³⁵ Cfr. D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, cit., p.967. In senso difforme, peraltro, si è pronunciata E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*, cit., p.68.

³³⁶ A. DI GIROLAMO, *Art. 709-ter c.p.c.: indirizzi giurisprudenziali a tre anni dalla riforma*, cit., p.2367.

A distanza di qualche anno dall'introduzione dell'art. 709 *ter* c.p.c., si può osservare come l'orientamento giurisprudenziale che qualifica le misure risarcitorie ivi previste in termini di “*punitive damages*” o “pena privata” si sia rivelato minoritario. Per quanto risulti ancora dominante una connotazione in termini sanzionatori, la giurisprudenza, confortata dalla dottrina prevalente, pare richiedere, di regola, la necessità di un'adeguata istruttoria sul danno³³⁷.

Il filone giurisprudenziale che proclama la funzione sanzionatoria e deterrente delle misure risarcitorie previste dall'art. 709 *ter* c.p.c., o che assimila le medesime ai *punitive damages*, non pare condivisibile, in particolare, laddove conduce la propria tesi fino all'estremo, ritenendo tale valenza del tutto inconciliabile con la funzione riparatoria, propria della responsabilità civile. Paradossalmente, si può ritenere che tale posizione non sia così distante, come può sembrare, da quella espressa dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 1183/2007: la totale incompatibilità tra *compensation* e *punishment*, invero, era una delle ragioni addotte a sostegno della contrarietà dei danni punitivi all'ordine pubblico italiano. A fronte di un *trend* giurisprudenziale, emerso nell'imminenza dell'entrata in vigore dell'art. 709 *ter* c.p.c., favorevole alla configurazione di una novità dirompente nella nuova previsione, si è registrata, successivamente, una parziale inversione di rotta, o per lo meno una maggiore cautela. Ed infatti, se l'entusiasmo iniziale ha spinto a qualificazioni in termini di *punitive damages*, i giudici hanno poi rivelato maggiore prudenza. Un'analoga evoluzione pare essersi verificata in dottrina; mentre tra i primi commentatori molti hanno optato per una qualificazione in termini di sanzione civile, tale opinione sembra

³³⁷ E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, cit., p.931; G. BALENA, in G. BALENA, M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p.422; M. LUPOI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in F. CARPI-M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, IV ed., Padova, 2009, p.2356.

ora minoritaria. Le difficoltà interpretative sorte in relazione all'art. 709 *ter* c.p.c., da cui è scaturita la netta contrapposizione tra l'opinione, inizialmente dominante, a favore della natura sanzionatoria, e l'orientamento minoritario che propende per una funzione essenzialmente risarcitoria, potrebbero essere superate, rifuggendo dall'affermazione di una soluzione univoca. L'equilibrio potrebbe essere ottenuta considerando le previsioni in oggetto quali "misure risarcitorie non riparatorie", come suggerito da un'Autrice³³⁸, in cui la connotazione punitivo-deterrente prevale su quella compensativa, senza però escluderla. Tale opzione ermeneutica è stata avallata anche da parte della giurisprudenza, che ha delineato, quale "terza via", la pacifica convivenza tra la funzioni riparatoria e quella sanzionatoria nelle misure risarcitorie in esame³³⁹.

Qualora si aderisca alla posizione prevalente, espressa dalla Suprema Corte nella sentenza n. 1183 del 2007 e dalle Sezioni Unite nelle sentenze del 2008 sul danno non patrimoniale, e si ritenga, al contempo, di riconoscere una valenza prettamente sanzionatoria alle previsioni in esame, è evidente come si debba negare la riconducibilità di tali misure all'alveo della responsabilità civile.

L'ossequio per i dettami della Suprema Corte indurrebbe a qualificare come esclusivamente riparatorie le misure *de quibus*, tuttavia l'opinione dominante nella giurisprudenza di merito è in senso difforme. Delle due l'una: o si rigetta tale interpretazione, oppure la si ritiene conforme alla *voluntas legis*. La seconda ipotesi, a sua volta, può dare origine ad una duplice opzione ermeneutica; da un lato, affermare l'estraneità delle misure previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. rispetto alle

³³⁸ AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, cit., p.968.

³³⁹ Trib. Padova, 3 ottobre 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p.609, con nota di F. FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*; Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007, cit. Secondo il Tribunale di Padova, l'art. 709 *ter* c.p.c. avrebbe introdotto una figura qualificabile nei termini di "risarcimento sanzionatorio".

regole di cui agli artt. 2043 c.c. ss. Ne deriva che il legislatore avrebbe inteso introdurre una figura aliena alla responsabilità civile, in quanto connotata da una natura sanzionatoria³⁴⁰. Tuttavia molteplici sono le ragioni, per quanto già osservato, contrarie all'accettazione di una siffatta possibilità. Dall'altro lato, si dovrebbe ritenere che il legislatore, pur rimanendo entro il perimetro della responsabilità aquiliana, abbia voluto forgiare una misura riparatoria dal carattere ambivalente, orientata verso il danneggiante. In altri termini, la volontà legislativa si scontrerebbe con la concezione esclusivamente compensativa del sistema italiano di *tort law*, proclamata dalla Corte di Cassazione.

Nondimeno, la legittimità di una previsione legislativa così concepita non potrebbe essere seriamente dubitata. Si deve ritenere, invero, che pur non potendosi dubitare che la *compensation* sia, e plausibilmente continuerà ad essere, la funzione primaria della responsabilità civile, tuttavia questa “può convivere con una funzione risarcitoria, a seconda dei casi ancillare o trainante”³⁴¹. Il potere di prevedere “l’innesto” di tale funzione compete proprio al legislatore. Il particolare ambito dei rapporti tra famiglia e responsabilità civile fornisce l’occasione, invero, per una generale rimediazione dei problemi che un moderno *tort system* presenta. Tra questi, in particolare, spicca l’individuazione di un nuovo punto di equilibrio tra *compensation* e *deterrence*, che si pone con speciale evidenza nella fase di quantificazione del danno³⁴². Gli strumenti posti dal legislatore a tutela dei provvedimenti di gestione della crisi coniugale, in particolare per

³⁴⁰ Sul punto, si veda F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p.937, ove le ipotesi risarcitorie previste ai nn. 2 e 3 dell’art. 709 *ter* vengono ricondotte ad una prospettiva di contemporaneo tra funzione satisfattiva e funzione sanzionatoria, in cui a quest’ultima viene riconosciuto “un ruolo *trainante*: ossia la giustificazione del risarcimento di un danno morale soggettivo che altrimenti non sarebbe risarcibile ogni qualvolta manchi la lesione di un diritto inviolabile della persona e il danno si traduca in semplici, ma frustranti, vessazioni e/o patemi”.

³⁴¹ Così, F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p.945.

³⁴² Cfr. A. D’ANGELO, *L’art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un “surrogato” giudiziale della solidarietà familiare?*, cit., p.1205.

quanto concerne l'affidamento dei figli minori, costituiscono un terreno fertile per ripensare e rivalutare alcuni principi regolatori della responsabilità civile. Si deve ritenere, peraltro, che l'apparato rimediale apprestato dall'art. 709 *ter*, c.p.c. non abbia introdotto, più o meno velatamente, un istituto affine ai *punitive damages*³⁴³, bensì costituisca semplicemente un indice sintomatico dell'esistenza di figure non strettamente riparatorie nel nostro ordinamento, o che, per lo meno, coniugano la natura risarcitoria ad altre possibili valenze. Queste ipotesi inducono l'interprete ad accertare l'opportunità di rivisitare la proclamazione apodittica dell'estraneità di ogni valenza diversa da quella risarcitoria rispetto al sistema di responsabilità civile³⁴⁴.

³⁴³ F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., p.941, secondo cui una possibile apertura "alla controversa figura dei danni *stricto sensu* punitivi si prospetta esclusivamente *de iure condendo*", dovendosi, pertanto, negare che l'art. 709 *ter* possa essere inteso quale primo passo lungo tale direzione.

³⁴⁴ Il riferimento, com'è evidente, è alla sentenza n. 1183/2007 della Corte di Cassazione.

5. L'onore e la reputazione costituiscono beni giuridici di rango costituzionale, riconducibili ai diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione e, senza dubbio, tutelati anche dall'art. 3 della Costituzione, il quale sancisce la pari dignità di tutti i cittadini.

L'onore di una persona può essere offeso a mezzo di svariate modalità: offese verbali, in maniera simbolica, mediante atti, immagini, oggetti idonei a ledere l'onore altrui.

La reputazione, qualora ci si riferisca a persone note pubblicamente, è minacciata anche dai mass media, che, rivolgendosi ad un numero indeterminato di soggetti, sono in grado di aggredire questo bene, senza che i titolari possano difendersi nell'immediatezza.

A tutela dell'onore e della reputazione, il nostro ordinamento predispone due fattispecie criminose: quella dell'ingiuria, art. 594 c.p., che si configura quando l'offesa all'onore o al decoro è arrecata in presenza della vittima; quella della diffamazione, che consiste nell'offesa all'altrui reputazione di una persona non presente, comunicando con più persone.

La c.d legge sulla stampa (L.n.47/1948) all'art. 12 dispone che «nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 185 cod. pen., una somma di danaro a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato»³⁴⁵. L'art. 185, obbliga l'autore di un reato, nonché i soggetti civilmente responsabili per il fatto di lui, a risarcire alla vittima gli eventuali danni, patrimoniali e non patrimoniali, ad essa arrecati.

Nel caso della diffamazione a mezzo stampa, ferma restando la possibilità di adire la giustizia penale querelando il responsabile, la

³⁴⁵ BARATELLA, *La riparazione pecuniaria*, in *Responsabilità, comunicazione e impresa*, 2001, 287 e ss.

persona offesa dal reato può chiedere il risarcimento del danno patrimoniale ex art. 2043 c.c., il risarcimento del danno morale ex art. 2059 c.c. e 185 c.p., nonché la riparazione pecuniaria ex art. 12 L. n. 47/1948. per la riparazione pecuniaria è necessario soffermarsi su alcune considerazioni per ciò che inerisce la sua natura giuridica, la sua funzione, la sua disciplina giuridica.

Si pone, innanzitutto, il problema della natura giuridica dell'istituto in esame, se sia, cioè, di natura penale o civile. Il rinvio operato dall'art. 12 al reato di diffamazione farebbe pensare ad una lettura in chiave penalistica della sanzione³⁴⁶. Tuttavia, la natura penale dell'istituto parrebbe smentita da tre indici, dai quali deriverebbe la sua natura civilistica: a) ai fini del suo riconoscimento non è necessaria una sentenza penale di condanna a carico del diffamante; b) la sanzione può essere inflitta solo su istanza della persona offesa; c) la somma liquidata va a d esclusivo beneficio della persona offesa. Sembrerebbe preferibile optare, dunque, per la natura giuridica civilistica dell'istituto in commento.

La seconda questione da affrontare è relativa alla individuazione della funzione svolta dall'istituto. Secondo parte della dottrina si tratterebbe di un doppione del danno non patrimoniale, e, cioè, del danno morale da reato³⁴⁷. Altri Autori, che riconoscono la funzione autonoma e distinta rispetto al danno non patrimoniale, individuano nella riparazione pecuniaria una sanzione civile, con funzione punitivo-deterrente, al pari della pena privata, idonea a scoraggiare comportamenti dello stesso tipo ed in grado di neutralizzare il profitto realizzato mediante la volontaria lesione dell'altrui reputazione³⁴⁸.

³⁴⁶ BARATELLA, *La riparazione pecuniaria*, op. cit., 288.

³⁴⁷ JANNITTI-PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Roma, 1957, 121.

³⁴⁸ In tal senso CEDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Politica del diritto*, 1979, 149.

In dottrina³⁴⁹ si è evidenziata la affinità tra l'istituto in esame e quello dei danni punitivi anglosassoni, in quanto anche la riparazione pecuniaria presuppone non tanto un danno economico in capo al diffamato da risarcire, quanto un comportamento riprovevole dell'agente da reprimere e scoraggiare. La giusta intuizione di tale impostazione dottrinarica sembra trovare conforto nel dato normativo: invero, la disposizione in esame, prevede apertamente che l'entità della sanzione debba essere determinata tenendo conto della "gravità dell'offesa" e della "diffusione dello stampato". Tali parametri, indicati dal legislatore, costituiscono, inequivocabilmente, parametri riferibili alla condotta dell'agente e non al pregiudizio sofferto dal diffamato. Infatti: la gravità dell'offesa va valutata tenendo in considerazione di elementi comunque riferibili al comportamento dell'agente, quali la natura del fatto lesivo, la eventuale reiterazione del contegno offensivo, la pluralità di partecipanti al fatto lesivo, il grado di colpevolezza³⁵⁰. Mentre la diffusione dello stampato, che allude al profitto economico conseguito con la commissione del fatto lesivo, può essere superiore al danno patito dalla vittima del reato. Proprio tale ultimo criterio (che rapporta la riparazione non al danno subito dal diffamato, ma al profitto conseguito dal diffamante) consente di superare il principio secondo cui l'entità della sanzione civile non può essere superiore al danno sofferto dal danneggiato. Tale criterio, dunque, spinge la riparazione pecuniaria aldilà del campo compensativo-riparatorio della responsabilità civile e, allo stesso tempo, consente una attrazione dell'istituto nel campo dei c.d. danni punitivi.

³⁴⁹ ZENO ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, 40.

³⁵⁰ BARATELLA, *La riparazione pecuniaria*, op. cit., 307.

La riparazione in esame assomiglia davvero agli *exemplary damages* del diritto inglese i quali sono riconosciuti proprio quando il comportamento dell'agente è finalizzato a realizzare, mediante l'illecito, un profitto eccedente il normale risarcimento danni. L'analogia tra i due istituti, quello italiano e quello inglese, si fa ancora più palese se si considera che la somma concessa a titolo di riparazione pecuniaria – per la parte eccedente il danno subito e fino all'ammontare della somma determinata in relazione alla diffusione dello stampato – costituisce un vero e proprio arricchimento per il diffamato, proprio come accade nel diritto anglosassone per il caso dei danni esemplari. Non pare vi sia spazio per dubbi riguardo al fatto che la riparazione pecuniaria in commento costituisca una vera e propria ipotesi di danno punitivo³⁵¹.

Passando all'esame della prassi applicativa, la giurisprudenza, in una prima fase, ha qualificato la riparazione pecuniaria quale sanzione “penale”, destinata non tanto a riparare un danno, ma atta a rafforzare la repressione penale e, come tale, irrogabile solo dal giudice penale³⁵², atta non tanto a riparare un danno, quanto piuttosto a rafforzare la repressione penale.

³⁵¹ Tali conclusioni trovano conforto anche nei lavori preparatori. Nella relazione al governo (riportata da BARATELLA, *La riparazione pecuniaria, op. cit.*, 295), si legge che l'art. 12 della legge 47/1948 contiene «un'importante innovazione al sistema vigente, diretta a soddisfare la necessità vivamente sentita di colpire con efficaci sanzioni, anche di carattere civile, la stampa ribellistica, contraria al costume di libertà e dignità civile. La Commissione si era già posta il problema se accogliere la severa legislazione anglosassone sul libello e lo aveva risolto negativamente. È parso tuttavia che un passo in questa direzione dovesse compiersi ed il progetto definitivo accorda una riparazione pecuniaria al cittadino ingiustamente offeso nel suo patrimonio morale. La riparazione è in aggiunta non solo dei danni patrimoniali ma anche di quello non patrimoniali risarcibili a norma dell'art. 185 cod.pen.».

³⁵² In proposito, *Cass. Civ., sez. III*, 29 gennaio 1965, n. 2300, in *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 726, dove si legge che «l'art. 12 della legge citata non confonde la riparazione con il risarcimento dei danni, sia patrimoniali che non patrimoniali (i quali, si noti, esauriscono nel campo logico giuridico le conseguenze lesive del reato di diffamazione considerato nel suo spettro civilistico di fatto illecito produttivo di obbligazione civile risarcitoria ex art. 2043 codice civile e 185 codice penale), ma la qualifica e configura diversamente dal risarcimento, come chiaramente si evince dal testo della norma [...]». È evidente, prosegue la Corte che si tratti di «sanzione che è e resta tale anche se considerata “civile”, poiché non destinata a risarcire un danno, ma a rafforzare la repressione penale, come si evince anche dal fatto che deve essere determinata in relazione alla gravità del reato come tale[...]».

Verso la metà degli anni Ottanta, la Corte di Cassazione ha, tuttavia, mutato orientamento, riconoscendo natura civilistica, anche se conseguente al solo reato di diffamazione a mezzo stampa. Pertanto la riparazione ai sensi dell'art. 12 «può essere chiesta anche al giudice civile che la applicherà in base ai parametri legali (non esclusivamente penalistici) della gravità dell'offesa e della diffusione dello stampato», anche quando «il soggetto leso intenda, non presentando querela, adire direttamente detto giudice (previo, in tal caso, l'accertamento incidentale degli elementi costitutivi del reato di diffamazione)»³⁵³.

L'orientamento illustrato si è consolidato e costituisce, oggi, giurisprudenza costante³⁵⁴.

³⁵³ Cass. Pen., sez. V, 16 gennaio 1986, in *Dir. Inf.*, 1986, 458.

³⁵⁴ Cfr. Cass. 7 novembre 2000, n. 14485, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 1360; Cass. 3 ottobre 1997, n. 9672, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998, 1455. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Roma, 31 ottobre 2002, in *Giustizia civile*, 2003, 1936. La casistica in tema di riparazione pecuniaria è molto nutrita, rilevante il caso, balzato agli onori della cronaca, per lo spessore dei soggetti coinvolti. Si tratta del caso *Leone c. Cederna*, deciso dalla Corte d'appello di Milano, 23 dicembre 1986, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1987, 585 ss. Nell'occasione la corte di Milano condannò entrambi gli imputati a una congrua pena, a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali alle persone offese costitutesi parte civile nel processo penale (rinviano ad un separato giudizio per la loro liquidazione), a corrispondere loro la somma di lire 15 milioni a titolo di riparazione ai sensi dell'art. 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47. La decisione in esame è seguita a quella del Tribunale di Varese del 28 giugno 1979, che dichiarò Camillo Cederna e Giampiero Brega responsabili del reato di diffamazione aggravata a mezzo stampa in danno degli avvocati Carlo Leone e Gabriele Benincasa, in relazione alla pubblicazione del libro *Giovanni Leone e la carriera di un Presidente*, scritto da Cederna ed edito da Feltrinelli S.p.A., di cui Brega era, all'epoca dei fatti, il direttore editoriale.

6. Nell'ordinamento giuridico italiano la protezione dell'ambiente è imposta da numerosi precetti costituzionali e, in particolare, da quelli di cui agli artt. 2, 3, 9, 32, 41 e 42³⁵⁵. In quanto bene giuridico di rango costituzionale, esso è oggetto di protezione sul piano penale e su quello amministrativo, ma non si esclude anche la tutela civile, anzi, proprio la tutela civilistica negli ultimi decenni è stata interessata da una evoluzione costante.

In un primo momento si riteneva che l'ambiente andasse tutelato con i rimedi ordinari risarcitori previsti dal codice civile. Ciò consentiva a chiunque lamentasse danni alla integrità fisica o alla proprietà, quale conseguenza di un danno all'ambiente, di agire in giudizio per chiedere il risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c.

Tale impostazione si rivelò presto inefficace, in quanto, in tema di danno all'ambiente, spesso non esiste una coincidenza tra costo sociale complessivo e singole voci di danno risarcibile, nel senso che queste ultime possono essere inferiori al primo. Di conseguenza, l'imposizione del solo obbligo di risarcire il danno, in concreto, non costituiva un fattore idoneo a svolgere un'efficace funzione deterrente per chi era intenzionato a inquinare l'ambiente; inoltre, per i singoli cittadini che agivano in giudizio, era di difficile dimostrazione la lesione di un proprio diritto (ad esempio il danno alla propria salute) quale conseguenza del danno ambientale; e, infine, i soggetti intenzionati a danneggiare l'ambiente per trarne vantaggio, ben potevano inglobare l'ammontare dei danni risarcitori – facilmente prevedibili ex ante – tra i costi della loro attività illecita e, quindi, decidere di aggredire l'ambiente qualora, in base ai calcoli, presumessero che i ricavi della loro attività illecita

³⁵⁵ Per l'affermazione secondo la quale l'ambiente costituisce un bene giuridico di rilievo costituzionale: Corte Costituzionale, sentenza 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro italiano*, 1988, parte I, 649; Corte di Cassazione, S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro italiano*, parte I, 2302; Cass. Civ., sez. III, 3 febbraio 1998, n. 1087, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1988, 711; Corte dei Conti, sez. I, sentenza 15 maggio 1973, n. 39, in *Foro amministrativo*, 1973, I, 3, 247.

fossero maggiori dei costi, ovvero qualora sperassero di ricavare un profitto dalla loro attività, nonostante i danni da risarcire. È chiaro che, in casi del genere, il solo obbligo di risarcire i danni causati ai singoli danneggiati, non costituiva un deterrente idoneo a scoraggiare comportamenti illeciti che danneggiassero l'ambiente.

La situazione ha iniziato a risollevarsi allorché la Corte di Cassazione ha configurato l'esistenza di un diritto soggettivo di ciascun cittadino all'ambiente salubre, diritto, quest'ultimo, ricavabile dagli artt. 2 e 32 della Costituzione, ed azionabile in giudizio ai sensi dell'art. 2043 c.c.³⁵⁶.

Tale soluzione è stata osteggiata dalla Corte dei Conti, la quale escludeva che i cittadini singolarmente, potessero agire in giudizio per far valere un diritto soggettivo all'ambiente salubre. Secondo la Corte dei Conti l'ambiente costituisce un bene pubblico, tale che solo allo Stato competerebbe la legittimazione ad agire in giudizio per il risarcimento³⁵⁷.

Il conflitto tra le due Corti in ordine alla legittimazione attiva è stato risolto dal legislatore con la legge 8 luglio 1986, n. 349.

Le problematiche relative al danno ambientale hanno trovato fondamento normativo nell'art. 18, comma 1, della menzionata legge, recante l'istituzione del Ministero dell'Ambiente e norme in materia di danno ambientale che recita: «qualunque fatto doloso o colposo, in violazione di disposizione di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato»³⁵⁸.

³⁵⁶ Cass. S.U., 6 ottobre 1979, n. 5172. In dottrina *cfr.* MADDALENA, *Il danno ambientale tra giudice civile e giudice contabile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, 445.

³⁵⁷ Corte dei Conti, sentenza 868 del 1980, in *Foro italiano*, 1981, III, 167.

³⁵⁸ La dottrina ha segnalato (PONZANELLI), *Corte Costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista*, in *Foro italiano*, IV, 1994, 1057) che nella legge del 1986 sono confluiti due indirizzi di

Al terzo comma la norma specifica che «l'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo».

Il sesto comma, infine, prevede che «il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino, e del profitto conseguito dal trasgressore».

Appare evidente che l'articolo 18 in commento costituisce un evidente rafforzamento della tutela civilistica ed un completamento dei rimedi giuridici di tutela ambientale. In primo luogo perché continua a garantire a chiunque di poter agire in giudizio qualora l'attore ponga a fondamento della domanda una lesione all'integrità fisica, alla salute, alla proprietà, come conseguenza del danno ambientale³⁵⁹. In secondo luogo perché attribuisce solo allo Stato e a d altri enti pubblici territoriali interessati la legittimazione a promuovere azione di risarcimento per danno ambientale, prevedendo al tempo stesso la devoluzione delle relative somme in favore dello Stato, con ciò evitando la possibilità che la responsabilità civile assuma gli aspetti di una vera e propria ruota della fortuna, con esiti gratificanti per chi agisce in giudizio.

Con l'art. 18 in commento si esce dal settore del mero risarcimento del danno, per entrare a pieno regime in quello delle sanzioni afflittive con finalità disincentivanti³⁶⁰. In altre parole, le disposizioni in esame, sembrano aver introdotto nel nostro ordinamento una vera e propria

pensiero profondamente distinti ed eterogenei tra loro: l'impostazione pubblicistica, da un lato, che configura il danno ambientale come un danno pubblico dello Stato, e l'impostazione privatistica, dall'altro, che tende a vedere i principi propri della dinamica dei rapporti interprivati.

³⁵⁹ Cass. 23 ottobre 1989, in *Giustizia penale*, 1991, II, 275.

³⁶⁰ GALLO *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 160 ss.

ipotesi di danno punitivo³⁶¹, secondo alcuni Autori³⁶², mentre secondo altri «se da un lato il legislatore facendo riferimento alla gravità della colpa individuale ha accentuato il carattere sanzionatorio della nuova fattispecie di responsabilità, al fine di accrescere la sua funzione deterrente, d'altra parte non sembra avere introdotto un'ipotesi di pena privata o di danni punitivi poiché il parametro in esame costituisce soltanto uno dei parametri previsti per liquidare in via equitativa il danno, del quale non è possibile determinare l'esatto ammontare»³⁶³.

Il riferimento alla gravità della colpa sembra proprio denotare un taglio sanzionatorio, nonostante le opinioni dottrinarie contrastanti, insito nel giudizio di quantificazione del danno ambientale. Esso, infatti, richiama alla mente da un alto il giudizio sulla gravità della colpa di cui all'art. 133, co. 1, n.3), c.p. che il giudice penale è chiamato ad effettuare, unitamente ad altre valutazioni, onde graduare la sanzione applicabile al colpevole nell'ambito dei limiti edittali legalmente previsti; dall'altro lato, i concetti di *malice* e di *gross negligence*, coefficienti soggettivi che la giurisprudenza anglosassone prende in considerazione per stabilire l'*an* e il *quantum* dei danni punitivi³⁶⁴.

³⁶¹ CENDON_ZIVIZ, *L'art. 18 della legge 349/86 nel sistema della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, 545; BIGLIAZZI GERI, *Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349*, *ivi*, 1987, 686; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, *ivi*, 1988, 667.

³⁶² Tale conclusione sembra confermata proprio dai criteri legalmente previsti per la quantificazione del danno risarcibile e, in particolare, dal criterio della gravità della colpa individuale e da quello del profitto conseguito dal trasgressore. Tali criteri evidenzerebbero un chiaro intento sanzionatorio/disincentivante nei confronti di chi inquina. Sul punto *cfr.* DE CUPIS, *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena?*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, 401, ss. Più recente SCHIESARO, *Il risarcimento del danno ambientale ex art. 18 legge 349/1986: caratteri tipici, casistica e risultati ottenuti*, in *Gazzetta Ambiente*, 2004, 65 ss.

³⁶³ Nel senso che il richiamo ai danni punitivi sia improprio nel caso in esame *v.* PATTI, voce *Pena Privata*, in *Digesto discipline privatistiche*, Torino, 1995, 349 ss.

³⁶⁴ Le disposizioni di cui all'art. 18 sono state portate all'attenzione della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 641 del 1987, ha specificato che le principali caratteristiche di tale danno consistono nella sua riconducibilità all'art. 2043 c.c.; nella sua patrimonialità, nella sua funzione sanzionatoria, legata alla tipicità dell'interesse leso e al suo carattere eminentemente e dichiaratamente pubblico, anche in considerazione del fatto che i soli soggetti legittimati all'azione di risarcimento sono lo Stato e gli enti pubblici territoriali. *Cfr.* Corte Costituzionale, 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro italiano*, 1988, I, 694, con nota di GIAMPIETRO, *Il danno all'ambiente innanzi alla Corte Costituzionale*, *ivi*, 695 ss.

Altro parametro da considerare è il profitto conseguito dal trasgressore³⁶⁵. In una prospettiva comparata, anche il parametro in esame richiama alla mente l'istituto anglosassone dei *punitive damages*. L'unica apparente differenza tra la disposizione in esame e i danni punitivi anglosassoni potrebbe rinvenirsi nel soggetto beneficiario delle somme concesse a titolo di sanzione. Nel caso dei *punitive damages* esse sarebbero devolute al privato che agisce in giudizio; nel caso di cui all'art. 18 in commento andrebbero allo Stato. Tuttavia, tale diversità è più che altro apparente. Innanzitutto perché le leggi di numerosi Stati nordamericani, ad esempio, prevedono che tali somme debbano essere devolute in tutto o in parte allo Stato od altri enti pubblici o a *public funds*. Ed, inoltre, nelle legislazioni di molti Stati anglosassoni in alcune ipotesi è lo Stato che può agire in giudizio e chiedere la condanna del convenuto al pagamento dei danni punitivi.

³⁶⁵ In un'ottica di diritto interno, la valutazione del profitto conseguito dal trasgressore, richiama una sanzione penalistica. Esso è riconducibile al tipo di valutazione da compiersi ai sensi dell'art. 240 c.p. in ordine all'applicazione della misura di sicurezza della confisca, misura in grado di colpire la cosa a condizione che la stessa non appartenga ad un soggetto diverso da colui che abbia commesso il reato ed esterno allo stesso crimine. Così SCHIESARO, *Il risarcimento del danno ambientale ex art. 18 legge 349/1986: caratteri tipici, casistica e risultati ottenuti*, in *Gazzetta Ambiente*, 2004, 65 ss.

7. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/70) prevede che, con la sentenza che dichiara inefficace, annullabile o nullo il licenziamento, il giudice condanni il datore di lavoro al pagamento di “un’indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell’effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto”³⁶⁶.

Sulla *ratio* della norma si è interrogata anche la Consulta³⁶⁷, chiamata più di una volta a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 18 nella parte in cui prevede la penale delle cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Con la nota pronuncia n. 178 del 18 giugno 1975³⁶⁸, essa ha escluso la contrarietà della disposizione agli artt. 3 e 24 della Cost., in quanto la predeterminazione di un danno minimo, per essere configurato in misura realistica, costituisce legittimo esercizio della discrezionalità legislativa.

La medesima argomentazione è stata integralmente ripresa da Corte Costituzionale n. 420 del 23 dicembre 1998. Ad avviso del pretore di Modica rimettente³⁶⁹, l'art. 18 Stat. lav. porrebbe a carico del datore di lavoro una sorta di responsabilità oggettiva del tutto ingiustificata, senza

³⁶⁶ Cass. civ. 1.07.2004, n. 12102, in *Notiziario Giur. Lav.*, 2004, p. 621; Cass. civ. 28.04.1995, n. 4743, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, p. 422 ss. con nota di E. BOGHETIC, Il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 1 l. n. 108/90: la Cassazione opta per la tesi risarcitoria; Cass. civ. 11.04.2004, n. 11152 che precisa che la penale non si cumula con l'indennità sostitutiva della reintegrazione. La giurisprudenza intende l'obbligo di pagamento delle cinque mensilità come una presunzione legale assoluta di danno minimo, che non consente al datore di lavoro di utilmente provare l'inferiorità o addirittura l'inesistenza del danno effettivo o la mancanza di colpa del datore di lavoro, avente la sua radice nel rischio di impresa.

³⁶⁷ Corte Cost. 23.12.1998, n. 420, in *Guida al diritto*, 1999, 92 ss., con commento di GRAMICCIA, *La responsabilità oggettiva del datore di lavoro trova giustificazione nel rischio di impresa*.

³⁶⁸ In *Orientamenti Giur. Lav.*, 1975, 757; in *Riv. Dir. Lav.*, 1975, II, 361; in *Giust. Civ.*, 1975, III, 402; in *Giur. It.*, 1976, I, 1, 22; in *Mass. Giur. Lav.*, 1975, 298; in *Giur. Cost.*, 1975, 1476; in *Foro it.*, 1975, 1590; in *Riv. Giur. Lav. E Prev. soc.*, 1975, II, 642.

³⁶⁹ L'ordinanza del Pretore di Modica, sez. distaccata di Scicli, del 20 febbraio 1998, è pubblicata in *Notiziario giur. Lav.*, 1998, 339 ss.

dare al datore di lavoro la possibilità di dimostrare l'assenza dell'obbligo di risarcimento in contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione³⁷⁰. La Corte ha rigettato le censure di illegittimità dell'art. 18, richiamando la pronuncia del 1975 e aggiungendo una ulteriore considerazione inerente il datore di lavoro, il quale, scegliendo la via del licenziamento immediato, invece della via giudiziale della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, agisce a sua discrezione accollandosi il rischio, normativamente previsto, dell'esito della procedura dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori: tale penale, dunque, trova la sua origine nel rischio d'impresa³⁷¹. La penale opera automaticamente, senza connessione con la colpa del datore di lavoro nell'esercizio del potere di recesso³⁷², oltre che in deroga alle regole di quantificazione del danno. Il legislatore, con la penale avrebbe operato in bilanciamento di interessi, in quanto essa rappresenta il corrispettivo del potere privato di recesso del datore di lavoro, a fronte del quale il lavoratore si trova in una posizione di soggezione. Al fine di ottenere anche il risarcimento del maggior danno³⁷³, invece, è essenziale la prova della colpa datoriale³⁷⁴.

³⁷⁰ Nel caso concreto, il datore di lavoro avrebbe dovuto essere condannato al pagamento alle cinque mensilità di retribuzione globale di fatto, in seguito ad una perizia medica effettuata ai sensi dell'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, attestante la sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore a svolgere l'attività lavorativa, per aver egli provveduto al licenziamento, risultato poi ingiustificato alla luce di una nuova perizia disposta dal Pretore di Modica. Quest'ultimo, in particolare, aveva osservato che il datore di lavoro non avrebbe potuto omettere di esercitare il potere di recesso, perché si sarebbe, in tal caso, reso civilmente e penalmente responsabile dei danni causati dalla prosecuzione dell'attività lavorativa.

³⁷¹ Il richiamo al rischio di impresa è stato effettuato dalla Corte Costituzionale in relazione a diverse fattispecie; cfr. in tal senso Corte Cost., 12.02.1996, n. 30, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 915; Corte Cost. 19.01.1993, n.7. La misura minima di cinque mensilità è “una sorta di penale avente la sua radice nel rischio d'impresa” anche per Cass. civ. 21.09.1998, n. 9464, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 137 ss. con nota di RONDO, *Licenziamento per impossibilità sopravvenuta, errore incolpevole del datore di lavoro e risarcimento dei danni ex art. 18 St. lav.*, il quale individua nella penale una funzione in senso lato assistenziale.

³⁷² Il rischio di impresa viene, dunque, invocato come indice di imputazione della responsabilità ed esclude la rilevanza dell'elemento soggettivo dell'illecito.

³⁷³ Sono danni ulteriori, oltre a di danno non patrimoniali (danno biologico, danno all'immagine, danno da licenziamento ingiurioso), per esempio il danno da sfratto per morosità, le spese di trasloco, gli interessi sui prestiti. Per una rassegna delle ipotesi esaminate dalla giurisprudenza: *Diritto del Lavoro – Commentario* diretto da CARINCI, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, (a cura di) MISCIONE, Torino, 1998, 255 e TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo – lavoro pubblico e privato*, Padova, 2006, 68.

Parte della giurisprudenza attribuisce alla penale delle cinque mensilità la funzione di riparare in via forfetaria i pregiudizi non patrimoniali che ogni licenziamento ingiustificato porta inevitabilmente con sé³⁷⁵, ravvisando nella norma una finalità afflittiva e sanzionatoria³⁷⁶.

La penale legale dovrebbe, ergo, svolgere una funzione di deterrenza dai licenziamenti ingiustificati. In realtà, che la sanzione comminata al datore di lavoro fosse una soluzione di mero compromesso, tesa a contenere i costi del licenziamento ingiustificato nelle imprese con meno di 35 dipendenti, era palese agli occhi di tutti. Inoltre, il tenore letterale della disposizione faceva pensare che il lavoratore non potesse chiedere l'eventuale maggior danno³⁷⁷. Per comprendere la scelta legislativa occorre necessariamente tenere in conto il momento storico in cui è stata compiuta e considerare che questo è stato il primo intervento volto ad adeguare il quadro normativo (principio di libera recedibilità dal rapporto di lavoro di cui all'art. 2118 cod. civ.) alle mutate esigenze sociali e politiche in tema di tutela del lavoro³⁷⁸. La Costituzione aveva però introdotto i concetti di uguaglianza sostanziale, di diritto al lavoro, di solidarietà sociale.

³⁷⁴ V. anche Cass. Civ., 11.05.2000, n. 6042, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, 764. Taluni Autori in dottrina, invece, hanno mostrato un atteggiamento critico riguardo al diverso criterio di imputazione della responsabilità con riguardo alla penale: LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *I licenziamenti individuali - Quaderni del diritto del lavoro e delle Relazioni Industriali*, (collana diretta da) CARINCI, DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, Utet, 2002, 52 - 53. Della stessa opinione, anche SIGILLO MASSARA, *Il risarcimento del danno da fatto illecito (o dovuto)*, in *Dir. Lav.*, 1998, II, 480 e AVONDOLA, *Il danno per licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2003, 1, 302 ss.

³⁷⁵ Cass. civ., 12.10.1993, n. 10085, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, p. 1040; Cass. civ., 12.10.1993, n. 1085, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, 667; Cass. civ., 3.06.1994, n. 5401, in *Not. giur. lav.*, 1994, 666 e in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 190; Cass. civ., S.U., 23.04.1987, n. 3957, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 477; Cass. civ., 18.07.1983, n. 4958, in *Mass. Giur. Lav.*, 1983, 364. Sulla duplice finalità, recuperatoria e sanzionatoria della norma v. Pretura di Desio, 18.04.1980, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 1059.

³⁷⁶ Cfr. Cass. civ., 28.04.1995, n. 4743, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, fasc. 6; in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, 422 con nota di BOGHETIC *cit.*; Corte di Appello di Milano, sez. lav., 13.01.2009, n. 51.

³⁷⁷ NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislative (legge 15 luglio 1966, n. 604)*, Torino, 1966, 78.

³⁷⁸ La Costituzione aveva introdotto i concetti di uguaglianza sostanziale, di diritto al lavoro, di solidarietà sociale che imponevano la trasformazione del principio di libera recedibilità da regola ad eccezione.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare potersi affermare che la forfetizzazione sembra svolgere funzione analoga a quella di una multa penitenziale che le parti possono inserire nella loro autonomia privata.

BIBLIOGRAFIA

- M. ACIERNO – C. GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010
- A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2004
- A. ALBANESE., *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005
- B. ALBANESE, voce *furto*, introduzione storica, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969
- E. ALMUREDEN, *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Sesta, Torino, 2008
- G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999
- D. AMADEI, *Un'astreinte a tutela dei consumatori (Note sul comma 5-bis dell'art. 3 l. n. 281 del 1998)*, in *Giust. civ.*, 2002
- D. AMEDEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010
- D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2008
- V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, voce del *Digesto civ.*, Torino, 2007, aggiornamento I
- F. AULETTA, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007
- P. AUTERI, *Il risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore*, in *Aa.Vv., Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004
- P. AVONDOLA, *Il danno per licenziamento illegittimo tra disciplina comune e disciplina speciale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2003
- C. ASPRELLA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in *Giur. mer.*, 2011
- F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999
- G. BALENA, in G. BALENA, M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006
- M. G. BARATELLA, *La riparazione pecuniaria*, in *Responsabilità, comunicazione e impresa*, 2001
- M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006
- D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e funzione deterrente*, in *Resp. civ. prev.*, 2009
- M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili: le novità dopo il recepimento della direttiva enforcement*, in *Impr. c.i.*, 2006
- M. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni punitivi da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007
- M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul "concetto" di danno aquiliano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004
- L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Es. forz.*, 2009

- G. BARILE, voce «Ordine pubblico» (*dir. int. priv.*), in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980,
- A. BEEVER, *The structure of aggravated and exemplary damages*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003
- A. BEEVER, *Justice and Punishment in Tort: A Comparative Theoretical Analysis*, in C.E.F. RICKETT (ed.), *Justifying Private Law Remedies*, Oxford and Portland, 2008
- V. BEHR, *Enforcement of United States Money Judgments in Germany*, in 13 *J.L. & Com.* 211 (1994)
- V. BEHR, *Punitive Damages in American and German Law - Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 105 (2003)
- V. BEHR, *Myth and Reality of Punitive Damages in Germany*, in 24 *J.L. & Com.* 197, 203 (2005)
- J.J. BERCH, *The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union*, in 19 *Minn. J. Int'l L.* 55 (2010)
- J. BERRYMAN, *The Compensation Principle in Private Law*, in 42 *Loy. L.A. L. Rev.* 91, 98-105 (2008)
- F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla Law of Torts all'inadempimento contrattuale*, Milano, 2008
- R. BERTI – F. PECCENINI – M. ROSSETTI, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004
- V.M. BIANCO, *In tema di c.d. danni punitivi nell'ordinamento italiano (commento a Cass. Sez. III Civ. 19 gennaio 2007 n. 1183)*, in *Riv. Corte Conti*, 2009
- V. M. BIANCO, *La ritrovata autonomia del danno esistenziale*, in *Dir. giur.*, 2010
- P. BIRKS (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, 1996
- R. D. BLAIR – T. F. COTTER, *An Economic Analysis of Damages Rules in Intellectual Property Law*, in 39 *Wm. And Mary L. Rev.* 1619 (1998)
- G. BONGIORNO, *Responsabilità aggravata*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, vol. XXVI, 1991
- G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983
- M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010
- L. BOYER, *Les astreintes nel diritto francese*, in *Jus*, 1954
- P. BRAMBILLA, *Le sanzioni ambientali in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008
- R. A. BRAND, *Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgements Too Far*, in 24 *J.L. & Com.* 181 (2005)
- P. BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, 1989
- U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, IX, 1, Torino, 1999
- G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999
- H. BUNGERT, *Enforcing US Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *Int'l Lawyer* 1075 (1993)

- A. S. BURROWS, *The scope of the exemplary damages*, in *The Law Quarterly Review*, 1993
- F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009
- M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- D. CANDELLERO, *Questioni vecchie e nuove in materia di danno da contraffazione*; App. Milano, 1 febbraio 1994, in *Riv. dir. ind.*, 1994, II
- P. CANE, *Distributive Justice and Tort Law*, in *N.Z. L. Rev.* 401 (2001).
- B. CAPPONI, “Astreintes” nel processo civile italiano?, in *Giust. civ.*, 1999, II
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, Paris, 2004
- F. CARINCI, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, (a cura di) MISCIONE, Torino, 1998, 255
- D. CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008
- S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995
- G. CASABURI, *Art. 709 ter c.p.c: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. mer.*, 2007
- G. CASABURI., *Nota a Trib. Messina, 5 aprile 2007*, in *Foro it.*, 2008, I, c.1689
- G. CASSANO (a cura di), *La prima giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002
- G. CASSANO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità genitoriale per violazione dell'affido e la portata dell'art. 709 ter, comma 2°, c.p.c. fra pena privata e danno esistenziale*, in *Contr. e impr.*, 2008
- C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *IDI*, 2003
- C. M. CEA, *Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*, in *Foro it.*, 2006, I
- P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Politica del diritto*, 1979
- P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni, Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico-legali, processuali*, Padova, 1999
- P. CENDON – P. ZIVIZ, *L'art. 18 della legge 349/86 nel sistema della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987
- P. CENDON – P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000
- P. CENDON (a cura di), *Persona e danno*, Milano, 2004
- P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2006, c.2334
- F. CHABAS, voce *Astreintes*, in *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 12 ed., I, Paris, 1994
- F. CHABAS, *La pena privata in Francia*, in *Rivista di diritto privato*, 1999
- S. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980

- G. CHINÈ, *Cronaca di una morte annunciata? La parabola del danno esistenziale*, in *Corr. mer.*, 2006
- G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1991
- L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma* in *Resp. civ. prev.*, 2008
- J. L. COLEMAN, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, in 67 *Ind. L.J.* 349 (1992)
- J. L. COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Oxford (1992)
- G. COMANDÈ, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e impr.*, 1994
- C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi art. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009
- R. CONTI, *Le sezioni unite ancora sulla legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della Cedu*, in *Corriere giur.*, 2006
- K. COOPER-STEPHENSON, *Corrective Justice, Substantive Equality and Tort Law*, in K. COOPER-STEPHENSON – E. GIBSON (eds.), *Tort Theory*, 1993
- K. COOPER-STEPHENSON, *The Practice of Corrective Justice*, in D.G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995
- R. COOTER – T. ULEN, *Law & Economics 396-97* (Denise Clifton ed., Pearson Education, 5th ed. 2008)
- F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I-II, Padova, 2000
- F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005
- S. CORONGIU, *Pregiudizio subito e “quantum” risarcitorio nelle sentenze di “punitive damages”: l'impossibile riconoscimento in Italia*, in *It'l Lis*, 2004
- L. COSTATO – F. PELLIZER, *Commentario al codice dell'ambiente*, Padova, 2007
- G. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I
- D. CROFF, *La prassi giudiziaria statunitense antitrust e il Protection of Interests Trading Act del Regno Unito*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1981
- V. D'ACRI, *I danni punitivi*, Roma, 2005
- E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I
- A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006
- A. D'ANGELO, *Nuove voci di danno e duplicazioni risarcitorie nelle pronunce dei Giudici di Pace*, in *Danno e resp.*, 2007
- A. D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un “surrogato” giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008

- F. DANOVI, *I provvedimenti riguardanti i figli: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia*, in Trattato Bonilini Cattaneo, Torino, 2007
- F. DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008
- M. DE BOER, *Osservazioni sull'astreinte nel diritto processuale olandese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996
- A. DE CUPIS, *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena?*, in *Rivista di diritto civile*, 1988
- F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico- Law dictionary*, Milano 1984
- M. DELL'UTRI, *Funzioni ed efficacia (note a margine dell'art. 709-ter c.p.c.)*, in *Giur. mer.*, 2008
- G. DE MARZO, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, a cura di De Marzo, Cortese, Liuzzi, Milano, 2007
- G. DEMARZO, *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V
- R. DE MATTEIS, *Il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002
- V. DENTI, *A proposito di esecuzione forzata e politica del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1983
- A. DE PAULI, *L'irriconecibilità in Italia per contrasto con l'ordine pubblico di sentenze statunitensi di condanna al pagamento dei danni «punitivi»*; in *Giur. it.*, 2007
- F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"*, in *Corr. mer.*, 2009
- F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Es. forz.*, 2009
- L. DI BONA DE SARZANA, *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber Amicorum. Dedicato a F.D. Busnelli*, Milano, 2008
- V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2008
- A. DI GIROLAMO, *Art. 709-ter c.p.c.: indirizzi giurisprudenziali a tre anni dalla riforma*, in *Giur. mer.*, 2009
- A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p.309
- M. DI MARZIO, *La responsabilità endo-familiare: gli illeciti tra genitori e figli*, in *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, a cura di R. TORINO, Milano, 2006
- M. DIMARZIO, *Danno da lite temeraria e risarcimento*, in *Giur. merito*, 2007
- M. DI MARZIO, *La responsabilità per lite temeraria*, in *Merito*, 2008
- L. DI PAOLA, *Brevi riflessioni in tema di danno esistenziale*, in *Riv. dir. comm.*, 2001
- E. DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *Resp. Civ.*, 2009
- S. DOYLE – D. WRIGHT, *Restitutionary Damages: The Unnecessary Remedy?*, in *25 Melb. U. L. Rev.* 1 (2001)

- J. EDELMAN, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, 2002
- J. EDELMAN, *Restitutionary Damages for Torts*, in 122 *L. Quart. Rev.* 391 (2006)
- G. FACCI, *Il definitivo riconoscimento del danno esistenziale*, in *Dir. e form.*, 2002
- G. FACCI, *La responsabilità del genitore per gli illeciti compiuti ai danni della prole*, in *Resp. civ. prev.*, 2008
- G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c. L'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Dir. fam.*, 2008
- G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c. L'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*; Trib. Padova, 3 ottobre 2008, in *Fam. dir.*, 2009
- F. FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*; Trib. Reggio Emilia, 27 marzo 2008, in *Fam. dir.*, 2009
- P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; in *Danno e resp.*, 2007
- P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico* (nota a A. Trento-Bolzano, 16 agosto 2008), in *Corr. Giur.*, 2009
- G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, III, Milano, 2003
- A. FERRI, *Prospettive civilistiche e danno ambientale*, in *La responsabilità civile*, 2007
- G. FESTA, voce *Risarcimento del danno ambientale*, in *Dig. pubbl. agg.*, Torino, 2008
- A.R. FIEBIG, *The Recognition and Enforceability of United States Punitive Damages Awards*, in 22 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 635 (1992);
- A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2008
- P. FIMIANI, *La tutela risarcitoria a seguito del danno ambientale* (nota a Cass., sez., II, 17 aprile 2008, n. 10118), in *Giur.it.*, 2008
- G. FLORIDIA, *Marchi invenzioni e modelli – Codice e commercio delle riforme nazionali (dalle origini ai TRIPs fino al protocollo di Madrid)*, Milano, 2000
- R. FOFFA, *Focolai di danno esistenziale e cure radicali della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2010
- M. FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001
- M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. Giur.*, 2003
- M. FRANZONI, *Il danno morale fra lettera della legge, ratio legis e compito dell'interprete*, in *Corr. giur.*, 2004
- M. FRANZONI, *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale* e in *Danno e resp.*, 2006
- M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale della legge Pinto*, in *La responsabilità civile*, 2009
- M. FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2006
- G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709-ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009

- A. FRIGNANI, *Il mondo dell'astreinte: sviluppi recenti e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 1988
- F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, II*, Padova, 2009
- P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990
- P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996
- P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, Torino, 1997
- B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V
- F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (Psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2000
- F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente*, Milano, 2006
- F. GIGLIO, *Gain Related Recovery*, in 28 *O. J. Leg. St.* 501 (2008)
- G. GITTI, *Il possesso di beni immateriali e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000
- J. GORDLEY, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in D.G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995
- M. GORGONI, *Le duplicazioni risarcitorie del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2010
- A. GRASSI, "Il concetto di "danno punitivo", in *Tagete*, VI, fasc. 1, 2000
- A. GRAZIOSI, *La legge 54/06 e l'affidamento condiviso*, in *Aiaf*, 2006
- P. GUIDA, *La diffamazione a mezzo stampa in common law: profili civilistici*, in Malchionda-Pascuzzi, *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa*, Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento il 18 marzo 2005, Trento 2005
- G. GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, in *AIDA*, 2000
- P. HAY, *The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany – The 1992 Decision of the German Supreme Court*, in 40 *Am. J. Comp. L.* 729 (1992)
- M. A. IUORIO, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Esecuz.* 2009
- R. JABLONSKY, *Translation and Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts – A Recent Case in the Supreme Court of Spain*, in 24 *J.L. & Com.* 225 (2005)
- J. JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1987
- P. JAFFEY, *Restitutionary Damages and Disgorgement*, in *R.L.R.* 30 (1995)
- P. JAFFEY, *The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, in 61 *Mod. L. Rev.* 860 (1998)
- A. JANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della "doppiezza"*, in *Danno e resp.*, 1999
- A. JANNITTI-PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Roma, 1957
- A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris, 2005

- G. JONES, *Goff & Jones: The Law of Restitution*, London, 1993
- K. JUENGER, *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, in 36 *Am. J. Comp. L.* 1 (1988)
- P. JULIEN – J. TAORMINA, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Paris, 2000
- P. KAISER, *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1953
- G. C. KEATING, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, in 74 *S. Cal. L. Rev.* 193 (2000)
- G. C. KEATING, *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, in 1 *Theoretical Inq. L.* 1 (2000)
- G. C. KEATING, *Deterrence and Corrective Justice*, in 50 *U.C.L.A. L. Rev.* 621 (2002)
- H. KOZIOL, *Punitive Damages – A European Perspective*, in 68 *La. L. Rev.*, 2008
- A. KULL, *Restitution's Outlaws*, in 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 17 (2003)
- E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*; Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, in *Resp. civ.*, 2007
- E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008
- A. LOMBARDI, in R. GIORDANO – A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009
- A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis c.p.c.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2010
- F. LONGO, *L'art. 709 ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, in *Fam. dir.*, 2009
- M. LUPOI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in F. CARPI – M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, IV ed., Padova, 2009
- P. MADDALENA, *Il danno ambientale tra giudice civile e giudice contabile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987
- G. MANERA, *Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall'art. 709-ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità*, in *Dir. fam.*, 2008
- L. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela di condanna*, in *Riv. es. forz.*, 2004
- D. MARTINY, *Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany*, in 35 *Am. J. Comp. L.* 721 (1987)
- F. MASTROPAOLO, voce *Danno – III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988
- H. MAZEAUD – L. MAZEAUD – A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1960
- S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978
- S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010
- S. MAZZARESE, *La clausola penale, Artt. 1382-1384 cod. civ.*, in SCHLESINGER, *Comm. Cod. Civ.*, Milano, 1999

- M. A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008
- U. MATTEI, *Common Law, Il diritto angloamericano*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1992
- J. D. MC CAMUS, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, in 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943 (2003)
- H. MC GREGOR, *On Damages*, London, 2003
- S. MENCHINI in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile 69/09*, Torino, 2009
- E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009
- D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007
- C. E. MEZZETTI, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come criteri di liquidazione*, in *Giur.it.*, 2006
- L. MOCCIA, voce *Common Law*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile, vol. III*, 1988
- P. G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico ("Staatsrecht vergeth, Privatrecht besteht")*; in *Giur. it.*, 1987
- P. G. MONATERI, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 1999
- P. G. MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000
- A. MONELLI, *L'attuazione della direttiva enforcement nel diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2007
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988
- A. MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Comm. cc. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2008
- A. M. MUSY, *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno e responsabilità*, 2000
- D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislative (legge 15 luglio 1966, n. 604)*, Torino, 1966
- E. NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dommatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale*; in *Giust. civ.*, 1994
- E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996
- E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Resp. civ. prev.*, 2003
- A. NICOLUSSI, *Lesione del poteri di disposizione e arricchimento: un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998
- A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPs*, in *Eur. dir. priv.*, 2002

- L. NIVARRA, *La responsabilità degli intermediari*, in *Annali it. dir. autore*, 2002
- M. S. O'CONNELL, *Correcting Corrective Justice: Unscrambling the Mixed Conception of Tort Law*, in 85 *Geo. L.J.* 1717 (1997)
- S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; in *Resp. civ. prev.*, 2007
- C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2007
- L. OSTONI, *Italian Rejection of Punitive Damages in a U.S. Judgment*, in 24 *J.L. & Com.* 245 (2005)
- M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007
- G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006
- A. PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 1986
- M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011
- P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005
- P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005
- P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 CPI*, in *Corr. giur.*, 2006
- P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*; in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007
- P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*; in *Eur. dir. priv.*, 2007
- R. PARDOLESI, *Rischio radioattivo e danni punitivi nell'esperienza statunitense: il difficile rapporto tra disciplina federale dell'attività nucleare e diritto statale della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1985
- R. PARDOLESI, *Per un pugno di (miliardi di) dollari*, in *Foro it.*, 1987
- S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Digesto discipline privatistiche*, Torino, 1995
- G. PEDRAZZI, *La nuova stagione del danno non patrimoniale oltre le duplicazioni risarcitorie*, nota a Trib. Roma, 7 marzo 2002, in *Danno e resp.*, 2002
- G. PEDRAZZI, *La nuova stagione del danno non patrimoniale oltre le duplicazioni risarcitorie*, in *Danno e resp.*, 2002
- G. PEDRAZZI, *Semiserie avvertenze sul danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003
- G. PEDRAZZI, *La parabola della responsabilità civile tra indennità e risarcimento*, in *Liber amicorum. Dedicato a Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008
- G. PEDRAZZI, *Oltre il risarcimento: il danno aquiliano tra (integrale) riparazione e sanzione*, in P.G. MONATERI – A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di "governo del diritto". Incentivi, premi, sanzioni. XIX Colloquio biennale Associazione Italiana di diritto comparato, Ferrara 10- 12 maggio 2007*, Napoli, 2009
- R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996
- R. PERROT – P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2000

- P. PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997
- G. B. PETTI, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale*, Torino, 1999
- N. PICARDI, *Art. 709 ter*, in *Codice di procedura civile*, Milano, 2008
- V. PICCININI, *La liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Giur. mer.*, 2010
- A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998
- A. PINORI – E. CORRADI, *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. VISINTINI (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999
- A. PLAIA, *Allocazione contrattuale del rischio e tutela civile della proprietà intellettuale*, in *Danno e resp.*, 2008
- A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005
- M. PLANIOL – J. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2 ed., VII, Paris, 1952
- G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale*; in *Foro it.*, 1979
- G. PONZANELLI, *I Punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. di dir. civ.*, 1983
- G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992
- G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*; in *Resp. civ. e prev.*, 1994
- G. PONZANELLI, *Corte Costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista*, in *Foro italiano*, IV, 1994
- G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994
- G. PONZANELLI, «Class action», *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, in *Foro it.*, 1995
- G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000
- G. PONZANELLI, *Responsabilità da prodotti da fumo: il «grande freddo» dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000
- G. PONZANELLI, *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità*; in *Resp. civ. prev.*, 2002,
- G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003
- G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003
- G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2006
- G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- G. PONZANELLI, *Le «pericolose» frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackout elettrico*, in *Danno e resp.*, 2006

- G. PONZANELLI (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007
- G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*; in *Corr. giur.*, 2007
- G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008,
- G. PONZANELLI, *Una discussa voce di danno al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2009
- G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Corr. giur.*, 2009
- G. PONZANELLI, *Il difficile 2009 del danno esistenziale, ma il 2010 andrà sicuramente peggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010
- G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010
- R. A. POSNER, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, in 10 *J. Leg. Stud.* 187 (1981)
- L. PRATI, *La criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del codice dell'ambiente*, in *Danno e resp.*, 2006
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*; in *Corr. giur.*, 2003
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009
- G. PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*; in *Dir. inf.*, 1987
- F. QUARTA, *Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: the Italian Supreme Court's Veto*, in 31 *Hastings Int'l & Comp. L Rev.* 753 (2008);
- G. RAGO, *Il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2002
- G. RAGONESI, *Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. n. 140/2006, di recepimento della direttiva n. 48/2004*, in *Dir. autore*, 2006
- G. RAMACCIONI, *I danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006
- A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962
- M. REQUEJO ISIDRO, *Reconocimiento en España de sentencias condenando al pago de punitive damages*, in *Iniuria* (1995), 83
- A. RICCIO, *L'equità correttiva è dunque, assunta a regola generale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, in *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e Responsabilità*, 2006
- A. RICCIO, *Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice*, in *Contratto e Impresa*, 2007
- R. RICCÒ, *La dimensione oggettiva del danno esistenziale*; Cass., 4 gennaio 2010, n.13, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- T. RILEY, *Punitive damages: the doctrine of just Enrichment*, in 27 *Drake Law Reviw*, 1977-1978
- A. RIPSTEIN, *As if It Never Happened*, in 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1957 (2007)
- S. RODOTA', *Presentazione, Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economica-giuridica*, a cura di G. Calabresi (trad. di A. De Vita, V. Varano, V. Vigoriti), Milano, 1975

- T. ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, in 74 *Def. Counsel J.* 320 (2007)
- S. RONDELLI, *Da Trieste in giù: il percorso del danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2002
- V. ROPPO, *La responsabilità civile, e l'anima*, in *Danno e resp.*, 2002
- V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008
- T. P. ROSS, *Intellectual Property Law: Damages and Remedies*, Washington D.C., 2005
- M. ROSSETTI, *Il danno da lite temeraria*, in *Rivista Giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1995
- G. ROSSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, I, Padova, 2007
- R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959;
- U. SALANITRO, *Danno ambientale*, in *Enc. Giur.*, IV Milano, 2007,
- U. SALANITRO, *I danni temporanei all'ambiente e tutela degli interessi privati: un problema di ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 2007
- S. SANDRI, *Marchi e brevetti: tutela dei diritti nei TRIPs*, in *Dir. ind.*, 1995
- S. SANDRI, *La nuova disciplina della proprietà industriale dopo i Gatt- TRIPs*, Padova, 1999
- A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993
- C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005
- G. SAVORANI, *Diritto d'autore: rimedi civilistici dopo la direttiva enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007
- G. SCARSELLI, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69). Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009
- G. SCHIESARO, *Il risarcimento del danno ambientale ex art. 18 legge 349/1986: caratteri tipici, casistica e risultati ottenuti*, in *Gazzetta Ambiente*, 2004
- G.T. SCHWARTZ, *Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment*, in *California Law Review*, 1982
- G. T. SCHWARTZ, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, in 75 *Tex. L. Rev.* 1801 (1997)
- F. A. SCHUBERT, *Simplifying punitive damages in the U.S.: due process and the pursuit of manageable awards and procedures*, in *European Journal of Consumer Law*, 2011
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010,
- K. SIEHR, *Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu "punitive damages"*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991
- M. SIEMS, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, in 7 *Edin. L. Rev.* 27 (2004)
- G. SIGILLO' MASSARA, *Il risarcimento del danno da fatto illecito (o dovuto)*, in *Dir. Lav.*, 1998

- L. SILIQUINI CINELLI, *Comunicazione a mezzo posta e danno esistenziale: parametri valutativi della fattispecie*, in *Danno e resp.*, 2010
- E. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988
- P. SIRENA, *L'efficacia dei rimedi civilistici a tutela del diritto d'autore: prospettive di una ridefinizione sistematica*, in *AIDA*, 2003
- P. SIRENA, *Il risarcimento dei danni cd. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006
- P. SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009
- A. SIROTTI GAUDENZI, *I ricorsi alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, Rimini, 2002
- A. SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del contraente debole e del lavoratore*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2004
- A. SIROTTI GAUDENZI, *I "punitive or exemplary damages": confronto tra i sistemi di "common law" e i paesi di "civil law"*, in *Foro pad.*, 2007
- A. SIROTTI GAUDENZI, *I danni punitivi*, in AA.VV., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, Utet, Torino, 2008
- G. SPEDICATO, *La responsabilità extracontrattuale del provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Cyberspazio e dir.*, 2003
- G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954
- M. S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982
- M. S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2009
- G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2007
- G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007
- G. SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam.*, 2010
- P. STANZIONE – B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011
- M. STONE, *On the Idea of Private Law*, in 9 *Can. 28* Il riferimento è ad *J. L. & Jur.* 235 (1996)
- M. STORME, *L'astreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986
- M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo – lavoro pubblico e privato*, Padova, 2006
- V. TOMARCHIO, V., *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*; in *Giur. it.*, 2008

- F. TOMMASEO, *Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010
- F. TOMMASEO., *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010
- G. TRAVAGLINO, *Il danno patrimoniale extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010
- P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962
- O. TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*; in *Resp. civ. prev.*, 2003
- L.C. UBERTAZZI, *Il codice della proprietà industriale*, Milano, 2004
- E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: I casi Txo production corporation v. Alliance resources corporation e AB v. soth west water services Ltd*, in *Riv. di dir. civ.*, 1995
- E. URSO, *La funzione punitiva della responsabilità civile nell'attuale dibattito francese e in alcuni recenti sviluppi del diritto nordamericano*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996
- E. URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Diritto comparato ed europeo*, 2001
- A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2005
- A. VANZETTI, *La "restituzione" degli utili di cui all'art. 125, n. 3, C.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. Ind.*, 2006
- A. VENTURELLI, *Ingiustificato arricchimento e responsabilità aquiliana: alcune considerazioni*, in *Danno e resp.*, 2004
- P. VÉRON – S. ROUX-VAILLARD, *Les dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet en droit américain*, in *Rev. Lamy dr. imm.*, 2006
- G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi – 2*, Milano, 2006
- G. VILLA, *La quantificazione del danno contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010
- G. VINEY, *La responsabilité: effets*, in AA. VV., *Traité de droit civil*, diretto da J. GHESTIN, Paris, 1988
- G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1984
- G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1996
- M. VITALI, *L'introduzione delle astreintes in Belgio*, in *Riv. dir. proc.*, 1983
- E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004
- E. VULLO, *Commento all'art. 709-ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di C. CONSOLO, F.P. LUISO, Milano, 2007
- E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010
- E. VULLO, *Il nuovo art. 709 ter c.p.c.: l'interpretazione della dottrina e gli orientamenti della giurisprudenza*, negli *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010

- S. W. WALLER, *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, in 78 *Chi-Kent L. Rev.* 207 (2003)
- E. J. WEINRIB, *Understanding Tort Law*, in 23 *Val. U. L. Rev.* 485 (1989);
- E. J. WEINRIB, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, in 78 *Chi-Kent. L. Rev.* 55 (2003)
- R. WITZLEB, *Justifying Gain-Based Remedies for Invasions of Privacy*, in 29 *O. J. Leg. St.* 325 (2009)
- S. WORTHINGTON, *Reconsidering Disgorgement for Wrongs*, in *Mod. L. Rev.* 218 (1999)
- V. ZENO ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1983
- V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento giuridico italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur.it.*, 1985
- J. ZEKOLL, *The Enforceability of American Money Judgments Abroad: A Landmark Decision by the German Federal Court of Justice*, in 30 *Colum. J. Transnat'l L.* 641 (1992)
- I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. fam.*, 2009
- P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1994
- P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. E impr.*, 1994
- P. ZIVIZ, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002
- P. ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*; in *Giur. it.*, 2003
- P. ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*; in *Giur. it.*, 2004
- P. ZIVIZ, *Le «magnifiche sorti e progressive» dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite*; Cass. sez. lav. 5 ottobre 2009, n. 21223, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO PRIMO	
LINEE EVOLUTIVE DEI PUNITIVE DAMAGES NEL SISTEMA GIURIDICO NORDAMERICANO	
Nozione e funzione di <i>punitive damages</i> . Cenni sull'american <i>Tort Law</i>	44
Sviluppi applicativi dei <i>punitive damages</i> negli illeciti contrattuali ed extracontrattuali nel sistema statunitense	52
<i>Segue</i> . Un significativo ambito applicativo del rimedio: il settore della responsabilità del produttore	58
Critiche all'istituto del danno punitivo e tentativi di superamento	64
CAPITOLO SECONDO	
I PUNITIVE DAMAGES NEI PRINCIPALI ORDINAMENTI GIURIDICI NAZIONALI D'EUROPA	
L'esperienza inglese	68
L'esperienza tedesca	76
L'esperienza francese	83
L'esperienza elvetica	86
CAPITOLO TERZO	
I PUNITIVE DAMAGES NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO UNIFORME	
La giurisprudenza della CEDU	90
La giurisprudenza della CGCE	93
Prospettive di diritto uniforme	95

CAPITOLO QUARTO
I PUNITIVE DAMAGES SI AFFACCIANO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO
ITALIANO

Tesi di incompatibilità ordinamentale del risarcimento punitivo	103
Confutazione delle tesi negazioniste	106
Timide aperture normative al riconoscimento dei <i>punitive damages</i> nell'ordinamento italiano	109

CAPITOLO QUINTO
LE SINGOLE IPOTESI DI DANNO PUNITIVO NELL'ESPERIENZA
GIURIDICA ITALIANA

Il danno da lite temeraria (art. 96 c.p.c.)	120
Il danno da violazione dei diritti di proprietà intellettuale (art. 125 c.p.i.)	132
Il danno da ritardata esecuzione degli obblighi di fare (art. 614 bis c.p.c.).	148
Il danno da scorretta esecuzione degli obblighi di affidamento della prole (art. 709 ter c.p.c.)	160
Il danno da diffamazione a mezzo stampa (art. 12 L. 47/1948)	170
Il danno ambientale (art. 18 L. 349/1986)	175
Il danno da licenziamento illegittimo (art. 18 L. 300/1970)	180

BIBLIOGRAFIA	184
--------------	-----

INDICE	200
--------	-----