

**Università degli Studi della Tuscia di Viterbo**

**Dipartimento di Studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici**

Corso di Dottorato di Ricerca in

*Diritto dei mercati: crisi, diritti e regolazione*

XXXII ciclo

Tesi di Dottorato

**RESPONSABILITÀ CIVILE E RISARCIMENTI PUNITIVI E/O DETERRENTI:  
AMMISSIBILITÀ E LIMITI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO ALLA  
LUCE DELLE PRINCIPALI ESPERIENZE GIURIDICHE  
DI *COMMON LAW* E DI *CIVIL LAW***

**S.S.D. IUS/01**

**Tesi di dottorato del**  
Dott. Flavio Petrocelli

**Coordinatore**  
Chiar.mo Prof. Carlo Sotis

**Tutor**  
Chiar.mo Prof. Maurizio Benincasa

**A.A. 2018/19 (A.Y. 2018/19)**



## INDICE

### CAP. I

#### I *PUNITIVE – EXEMPLARY DAMAGES* IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

##### PARTE I

##### I RISARCIMENTI PUNITIVI NELL'ESPERIENZA DEI PRINCIPALI PAESI DI *COMMON LAW*

1. Premesse terminologiche.....	11
2. Nascita dei <i>punitive - exemplary damages</i> .....	16
3. Le diverse funzioni dei risarcimenti punitivi: a) educativa, b) retributiva di stampo pubblicistico, c) punizione privata o risarcimento aggravato, d) deterrenza, e) deterrenza come internalizzazione dei costi .....	21
4. Evoluzione dei risarcimenti punitivi: l'esperienza inglese e l'esperienza statunitense	
4.1 L'esperienza inglese.....	30
4.2 L'esperienza statunitense .....	48
4.2.1 La competenza statale e quella federale: la poliedricità dei <i>punitive damages</i> .....	48
4.2.2 L'origine, gli sviluppi e il vasto campo di applicazione del rimedio .....	51
4.2.3 Il dibattito intorno le funzioni dei <i>punitive damages</i> e il problema della quantifica della condanna punitiva.....	67
4.2.4 I fattori incidenti sulla ampia diffusione dei <i>punitive damages</i> (e sui relativi eccessi): giuria, <i>class action</i> e patto di quota lite .....	71
4.2.5 La disciplina della <i>class action</i> e il complesso rapporto intercorrente con i <i>punitive damages</i> .....	81
4.2.6 Gli interventi correttivi della Suprema Corte Federale, le riforme delle legislazioni statali e le tecniche processuali .....	105
4.2.7 <i>Punitive damages</i> e assicurazione .....	122

##### PARTE II

##### I RISARCIMENTI PUNITIVI NELL'ESPERIENZA DEI PRINCIPALI PAESI DI *CIVIL LAW*

1. I principali argomenti di segno contrario alla configurabilità dei risarcimenti punitivi concepiti sul modello dei <i>punitive damages</i> adottati nei Paesi di <i>civil law</i> .....	133
2. I risarcimenti punitivi in Germania .....	136
3. L'esperienza francese in tema di risarcimenti esemplari e i recenti progetti di riforma legislativa del <i>Code Civil</i> con riguardo alla responsabilità civile .....	150
4. I risarcimenti punitivi in Spagna .....	165

## CAP. II

### I RISARCIMENTI PUNITIVI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI. I TENTATIVI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DELLA RESPONSABILITA' CIVILE.

1. Premessa introduttiva .....	177
2. Risarcimenti punitivi, <i>Principles of European Tort Law</i> e <i>Draft Common Frame od Reference</i> .....	188
3. I cd. risarcimenti punitivi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il problema dell'equa riparazione, dell'esistenza di rimedi effettivi interni e della estensione delle garanzie sottese alla nozione di <i>matière pénale</i> .....	190
3.1 L'equa riparazione e l'esistenza di rimedi effettivi interni .....	190
3.2 <i>Segue</i> : il problema della estensione delle garanzie sottese alla nozione di <i>matière pénale</i> .....	206
4. I risarcimenti punitivi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE .....	219
4.1 Il risarcimento del danno <i>antitrust</i> e il regime della responsabilità solidale .....	219
4.2 Il risarcimento del danno nel settore della proprietà intellettuale .....	238
4.3 Il risarcimento del danno cd. "presunto" per l'abusiva reiterazione dei contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato .....	242
4.4 <i>Segue</i> : il risarcimento del danno per le discriminazioni lavorative dovute a ragioni di genere .....	256

## CAP III

### LE DIVERSE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITA' CIVILE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO, LE ALTRE FORME DI TUTELA CIVILE E I RISARCIMENTI CON FUNZIONE PUNITIVA E/O DETERRENTE

#### PARTE I

#### IL PROBLEMA DELLA COSIDDETTA POLIFUNZIONALITA' DELLA RESPONSABILITA' CIVILE E LE ALTRE FORME DI TUTELA CIVILE

1. Premessa introduttiva .....	263
2. Le funzioni della responsabilità civile: da quella sanzionatoria del diritto romano a quella prevalentemente compensativa dei nostri giorni .....	266
3. Dalla monofunzionalità della responsabilità civile alla cd. polifunzionalità .....	282
4. I principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite con riferimento ai cd. danni punitivi e l'adesione alla cd. polifunzionalità delle regole della responsabilità civile .....	290
5. Il problema dei cd. danni punitivi in Italia tra responsabilità civile e prestazioni pecuniarie sanzionatorie e/o deterrenti .....	293
6. Responsabilità civile e obbligazioni indennitarie .....	297
7. Responsabilità civile e misure di coercizione indiretta (o <i>astreinte</i> ) .....	301
8. Il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto e gli artt. 125 CPI e 158 L. dir. aut. tra regole di responsabilità civile, arricchimento ingiustificato e restituzione degli utili .....	314
8.1 <i>Segue</i> : il rapporto tra la disciplina responsabilità civile e l'arricchimento ingiustificato .....	314
8.2 <i>Segue</i> : l'art. 125 CPI .....	323
8.3 <i>Segue</i> : l'art. 158 L. dir. aut .....	337



9. Responsabilità civile e altre obbligazioni pecuniarie non risarcitorie.....	341
10. Il problema della riserva di legge, dei principi di prevedibilità e di proporzionalità.....	373
10.1 <i>Segue</i> : i profili problematici consequenziali.....	385

## **PARTE II**

### **LE IPOTESI CONTROVERSE DI RISARCIMENTI CON FUNZIONE ANCHE PUNITIVA E/O DETERRENTE**

1. Il danno all'integrità del mercato di cui al secondo comma dell'art. 187 <i>undecies</i> d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) .....	389
2. L'art. 709 <i>ter</i> , secondo comma, numeri 2 e 3 c.p.c. e le gravi inadempienze genitoriali ..	397
3. Le ipotesi problematiche di indennità individuate da Cass., Sez. Un., n. 16601/2017 cit. in materia giuslavoristica.....	411
4. L'art. 28, comma 6, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 in tema di ritorsioni del comportamento discriminatorio .....	422
5. La controversa natura del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. e la quantificazione della obbligazione risarcitoria .....	425
5.1. <i>Segue</i> : il danno morale.....	426
5.2. <i>Segue</i> : il danno biologico e il cd. danno esistenziale.....	432
5.3. <i>Segue</i> : l'autonomia del danno morale.....	437
5.4 <i>Segue</i> : il danno dinamico-relazionale .....	440
5.5 <i>Segue</i> : le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale.....	445
5.6. <i>Segue</i> : i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale .....	453
5.7. <i>Segue</i> : conclusioni .....	458
6. L'art. 7, comma 4, L. Gelli-Bianco; l'osservanza delle linee guida o buone pratiche cliniche e la rilevanza della condotta del sanitario per la determinazione del risarcimento del danno	462
7. Conclusioni e prospettive <i>de jure condendo</i> .....	473



## Introduzione

Oggetto della presente ricerca è l'ammissibilità nell'ordinamento giuridico italiano di risarcimenti con funzione sanzionatoria e/o deterrente previa analisi dei contributi dottrinali e della più recente giurisprudenza costituzionale, di legittimità e comunitaria in argomento alla luce delle principali esperienze giuridiche straniere (in particolare di *common law*). Occorre stabilire se ed entro quali limiti, al fine di garantire un adeguato livello di tutela alle situazioni giuridiche soggettive lese (art. 24 cost), sia possibile ascrivere alla responsabilità civile anche una funzione deterrente e/o sanzionatoria accanto a quella compensativa in fattispecie caratterizzate da *deficit* di tutela per difficoltà probatorie e/o per altre ragioni sostanziali e in tutti i casi in cui il profitto illecito risulti superiore al danno risarcibile secondo le regole codicistiche (cap. III).

Perciò si focalizzerà l'attenzione sugli ordinamenti che per primi hanno concepito rimedi ultracompensativi nell'alveo della responsabilità civile e si differenzieranno, al loro interno, gli istituti con funzione prevalentemente sanzionatoria e deterrente (i *punitive – exemplary damages*) dalle misure puramente restitutorie (il *disgorgment* o reversione dei profitti illeciti) e le loro possibili ibridazioni per individuare i vantaggi e gli inconvenienti che hanno prodotto in quelle realtà (capitolo I).

Successivamente, si analizzeranno gli argomenti contrari alla configurabilità di risarcimenti punitivi presenti nelle esperienze giuridiche dei principali Paesi di *civil law* e le aperture, più o meno significative, che si possono registrare in questi ultimi sistemi giuridici (capitolo I, parte II) anche alla luce della giurisprudenza della CGUE e della CEDU (capitolo II).

Si passerà quindi ad esaminare la situazione italiana.

A tal fine, si ricostruirà l'evoluzione storica della responsabilità civile con particolare riferimento alle funzioni che l'hanno caratterizzata dal diritto romano ai nostri giorni (capitolo III, parte I) per stabilire anzitutto se l'istituto possa svolgere una pluralità di funzioni e, in caso positivo, a quali limiti è soggetta la previsione di un risarcimento sanzionatorio e/o deterrente. Si analizzeranno le varie fattispecie tipiche caratterizzate da finalità punitive e/o deterrenti (obbligazioni pecuniarie non risarcitorie, misure di coercizione indiretta, istituti *sui generis* eventualmente riconducibili alla disciplina dell'arricchimento ingiustificato o di altre obbligazioni indennitarie) che a rigore non rientrano nell'ambito della responsabilità civile (capitolo III, parte I).

Infine, si analizzeranno le ipotesi tipiche di risarcimenti che rispondono a finalità anche punitiva e/o deterrente (capitolo III, parte II), il fondamento costituzionale, le proposte

dottrinali e l'evoluzione giurisprudenziale in argomento e le soluzioni per garantire conoscibilità, certezza e uniformità a siffatti risarcimenti.

**CAP. I**  
**I *PUNITIVE – EXEMPLARY DAMAGES* IN PROSPETTIVA**  
**COMPARATISTICA**



## PARTE I

### I RISARCIMENTI PUNITIVI NELL'ESPERIENZA DEI PRINCIPALI PAESI DI *COMMON LAW*

#### 1. Premesse terminologiche

I cd. “danni punitivi” assumono notevole importanza pratica quando è chiesto al giudice nazionale di delibare sentenze straniere contenenti condanne a risarcimenti extracompensativi<sup>1</sup>, ritenuti di dubbia compatibilità con le regole dell’ordinamento giuridico italiano nel quale, come meglio si vedrà, tradizionalmente si assegna alla responsabilità civile, quale corollario del più generale principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali<sup>2</sup>, una funzione riparatoria-compensativa.

L’affascinante fenomeno giuridico dei “*punitive-exemplary damages*” si colloca in una nebulosa zona di confine tra il dominio proprio del diritto civile e quello del diritto penale<sup>3</sup> e, con la locuzione “danni punitivi”, mutuata dall’istituto di matrice anglosassone dei “*punitive – exemplary damages*”, larga parte della dottrina e della giurisprudenza suole riferirsi ad una prestazione pecuniaria volta a sanzionare l’autore dell’illecito civile in ragione del peculiare disvalore del fatto posto in essere in aggiunta, in luogo e co-

---

<sup>1</sup>GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l’ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. e prev.* 2016, 1474; SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.* 2016, 1120; QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico* in *Resp. civ. e prev.* 2016, 1120; ZARRA, *The doctrine of punitive damages and International arbitration*, in *Dir. comm. Int.* 2016, 963; D’ALESSANDRO, *nota a Cass. 16 maggio 2016, n. 9978*, in *Foro It.* 2016, I, 1973.

<sup>2</sup>CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 900; ID, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 315 ss.; NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pag. 323; BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 887.

<sup>3</sup> Recentemente al fenomeno giuridico in questione si è ispirata la legislazione cinese che, con la nuova legge in materia di responsabilità civile (*Chinese Tort Law*) entrata in vigore il 1 luglio 2010, non soltanto dichiara tra i suoi scopi la punizione e la prevenzione degli illeciti ma, all’art. 47, introduce il rimedio del cd. danno punitivo nel contesto della responsabilità da prodotti – sul punto, ASCHER, *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, in *China European Law Journal*, 2013, 185 ss. Il “risarcimento punitivo” è definito come pena volta alla protezione dell’interesse pubblico (*Mosing v Domas*, 830 So. 2d 967 (La. 2002), 974) e cioè come una forma di “*civil fine*” applicata nell’ambito di un’azione civile ma che è volta a servire l’interesse della società, consistente nella punizione del convenuto per il proprio comportamento antisociale e nella realizzazione di obiettivi di deterrenza speciale o generale. La circostanza che a beneficiarne sia l’attore (e non la società) è, in questa prospettiva, incentivo alla persecuzione su base privata dei comportamenti socialmente indesiderati: cfr. *Darcars Motors of Silver Spring, Inc. v Borzym*, 150 Md. App. 18, 818 A.2d 1159 (2003).

Allo stesso modo, tra i Paesi latino - americani, l’Argentina prevede espressamente i *punitive damages* all’art. 52-bis della *Ley de Defensa del Consumidor* (2008) secondo il quale il professionista può essere condannato, oltre che a un risarcimento compensativo, a una ulteriore somma purchè non eccedente i cinque milioni di pesos.

munque prescindendo dalle eventuali conseguenze pregiudizievoli subite dal danneggiato<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Diffusamente, MORRIS, *Punitive damages in tort cases*, in *Harv. L. Rev.*, 1173, (1931); ID., *Theory of punitive damages* in 44 *Harv. L. Rev.*, 1173, (1998); MC CORMICK, *On the of damages*, *St. Paul, Minnesota, West Publishing Co.*, 1935; OWEN, *Punitive damages in product liability litigation*, *Mick L. Rev.*, 1257, (1996); BOROWSKY, *Punitive damages in California*, *U.F.F. L. Rev.*, 147, (1983); HARRIS, *Remedies in contract and tort*, London, 1988; PRIEST, *Insurability and punitive damages* 40 *Alabama L. Rev.*, 1009, (1989); EDELMAN, *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford, 2002; CRASWELL, *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternative*, 97, *Michigan L. Rev.*, 2193, (1999); OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 *L. Rev.*, 374, (1994); BEHR, *Punitive damages in American and German law – tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chi. Kent. L. Rev.*, 109, (2003).

Per la dottrina italiana, cfr: AA.VV., *I danni punitivi*, a cura di CICERO, Cagliari - Napoli, 2019; DE ME-NECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie: studio per una teoria dei “danni punitivi”*, Padova, 2018; GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017; MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017; ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e imp.*, 2017, pag. 1084 e ss.; BARONE, “Punitive damages”, *multiplo risarcimento sanzionatorio – deterrente o iper – ristoro solo cautelativo?* in *Giur. it.*, 2017, pag. 1358 e ss.; BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, Milano, 2008; ID., *Danni punitivi e “class action” nel diritto nordamericano*, in *An. giur. ec.*, 2008, pag. 231 e ss.; ID., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, pag. 263 e ss.; ID., *Inadempimento del contratto e danni punitivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, pag. 846; ID., *Il danno punitivo tra forma e sostanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, pag. 53 e ss.; ID., *Dall’“astreinte” ai danni punitivi: un passaggio ormai obbligato*, in *Banca bors. e tit. cred.*, 2015, pag. 679 e ss.; ID., *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. e imp.*, 2015, pag. 862 e ss.; ID., *“Zhonguo chenfaxing peichang” danni punitivi in Cina*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pag. 1425 e ss.; ID., *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. e imp.* 2017, pag. 1129 e ss.; ID., *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!*, in *Banca bors. e tit. cred.*, 2017, pag. 575 e ss.; D’ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma 2005; DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9, 2017, pag. 1792 e ss.; ID., *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 8 – 9, 2016, pag. 1856 e ss.; CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 789 ss.; PALMIERI – PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro. it.*, 2017, 9, pag. 2630 e ss.; PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012; ID.: *I punitive damages nell’ordinamento italiano in Seminari di diritto privato comparato* a cura di Pardolesi, Bari 2011; GAMBARO-MONTANERI-SACCO, *Comparazione giuridica* in *Dig. IV ed., Disc. Priv. Sez. Civ.*, III, Torino 1988; CARBONE, *Punitive damages all’italiana*, in *Corriere giur.* 1992, 416; CERINI, *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. civ., sez. III 19 gennaio 2007, n. 1183*, in *Dir. ed economia assicuraz.* 2008, 478; CORVI, *Punitive damages in Contratto impr.* 2014, 859; PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, in *Foro It.* 1986, IV, pag. 134; PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da “vorrei ma non posso”* in *Riv. crit. dir. priv.* 2007, pag. 343; ID.: *Danni punitivi all’indice?* in *Danno e resp.* 2007, I, pag. 125; PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana* in *Riv. dir. civ.* 1983, I, pag. 435; ID.: *I punitive damages, il caso texano e il diritto italiano* in *Riv. dir. civ.* 1987, II, pag. 405; ID.: *Punitive damages e due process clause: l’intervento della corte suprema USA* in *Foro It.* 1991, IV, pag. 235; ID.: *Non c’è due senza tre: la corte suprema USA salva ancora i danni punitivi*, in *Foro It.* 1994, IV, pag. 92; ID.: *L’incostituzionalità dei danni punitivi grossly eccessive* in *Foro It.* 1996, IV, pag. 421; ID.: *Il caso O. J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi* in *Foro It.* 1997, IV, pag. 395; ID.: *Responsabilità da prodotto da fumo: il grande freddo dei danni punitivi* in *Foro It.*, 2000; IV, pag. 450; ID.: *La costituzionalizzazione dei danni punitivi; tempi duri per gli avvocati nordamericani* in *Foro It.* 2003, IV, pag. 356; ID.: *Danni punitivi: no, grazie* in *Foro It.* 2007, I, pag. 1461; ID.: *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema Americana* in *Foro It.* 2008, pag. 179; ID.: *I danni punitivi in Nuova giur. civ.* 2008, pag. 25; ID.: *Riconoscimento dei danni punitivi nell’ordinamento italiano: una nuova vicenda* in *Danno e resp.* 2009, pag. 92; ID., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e imp.*, 2015, pag. 1195 e ss.; ID., *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, pag. 836 e ss.; ID., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in



E' pertanto preliminare comprendere il significato proprio dell'istituto in ragione delle caratteristiche che lo connotano e del contesto istituzionale in cui è inserito<sup>5</sup>.

Va subito chiarito che il termine *damages* non coincide con il *danno* risarcibile alla vittima dell'illecito ma individua, piuttosto, la *prestazione* cui è tenuto il danneggiante anche eventualmente a prescindere dall'esistenza di un pregiudizio ristorabile<sup>6</sup>; il sostantivo *damages* – che non è il plurale di *damage* – assume difatti il significato di *risarcimento* nella lingua italiana.

Nei paesi di *common law* si utilizza, in senso ampio, l'espressione “*monetary award given for a wrong*”<sup>7</sup> che, in termini generali, è equivalente alla *prestazione pecuniaria* conseguente all'illecito dei paesi di *civil law* ancorchè in essa debba differenziarsi la componente con finalità meramente riparatoria (*compensatory damages*)<sup>8</sup> da quella, eventuale, con finalità punitivo - deterrente o simbolica (*non compensatory damages*)<sup>9</sup>.

---

*Danno e resp.*, 2017, pag. 435 e ss.; ID., *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *Le Corti fiorentine*, 2017, pag. 3 e ss.; ID., *Sezioni Unite e danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 2017, pag. 1122 e ss.; ID., *Danni punitivi: Oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *Jus civile*, 2018, pag. 5 e ss.; QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 243 ss.; ID., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2016, 1152 ss; RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno* in *Contr. e impr.* 2009, pag. 945; ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale* in *Quadrimestre*, 1989, pag. 306; ID.: *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali* in *Foro It.* 1990, IV, pag. 175; ID.: *Danni punitivi: controllo giudiziale di un rimedio “a rischio”* in *Foro It.* 1995, IV, pag. 204; SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2018, 489 ss.; TESCARO, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?* in *Contratto impr. Europa* 2012, pag. 599; SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. Dir.*, 2017, pag. 293 e ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparativistico ai “punitive damages” di “common law”* in *Giur. It.* 1985, IV, pag. 12.

<sup>5</sup> ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a “punitive damages”*, reperibile in *Judicium.it*.

<sup>6</sup> Cfr. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico - Law dictionary*, Milano, 1984, pag. 610; in dottrina, PETRELLI, *Verso “i danni punitivi”?*, in *Contr. e impr.*, 2017, pag. 1188; GRANELLI, *In tema di “danni punitivi”*, Studi in onore del Prof. Giovanni Iudica, in *Resp. civ. e prev.*, 2014 pag. 1761 e ss.; nello stesso senso NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pag. 0323B; GUASTALLA, op. cit., pag. 1474; DI MARZIO, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, in *Persona e danno*, rivista online, mese di luglio 2015; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in Busnelli e Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino 2013, pag. 247; ID., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* in *Europa dir. priv.*, 2009, pag. 928; CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.* 2008, pag. 321; D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e “diritto privato europeo”: le scelte dei principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pag. 580.

<sup>7</sup> EDELMAN, *The meaning of “damages”: common law and equity*, in *The Law of Obligations: Connections and Boundaries*, London 2004, pagg. 30 e ss.

<sup>8</sup> Nel caso *Livingstone v. Rawyards Coal Co.*, 5 App. Cas 25, 39 (House of Lords, 1880), viene data questa definizione di *compensatory damages* “*that sum of money which will put the party who has been injured, or was suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation*”. In dottrina diffusamente OGUS, *The law of damages*, London 1973.

<sup>9</sup> Tra i *non compensatory damages* figurano i *nominal damages*, i *disgorgment damages*, i *restitutory damages* e i *punitive or exemplary damages* diffusamente sul punto EDELMAN, op. cit. pag. 33 e ss. In particolare, i *nominal damages* sono concessi in tutti quei casi in cui sia stata adottata una pronuncia di mero accertamento dell'illecito nonostante la mancata dimostrazione del danno subito che non si assume

Anche i termini *punitive* ed *exemplary*, sebbene utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale frequentemente come sinonimi, presentano differenze concettuali e individuano, sotto il profilo sistematico, le diverse funzioni dei *damages*.

Quando si ricorre all'aggettivo *punitive*, viene rimarcato l'aspetto della punizione inflitta all'autore della condotta dannosa mentre, quando si opta per la locuzione *exemplary*, si individua, come fine primario del risarcimento, l'aspetto di deterrenza che allontana lo spettro di condotte della medesima tipologia<sup>10</sup>. Sotto tale profilo, va segnalato che, diversamente dalla giurisprudenza statunitense e canadese che ha adottato il termine *punitive*, quella neozelandese e australiana preferisce utilizzare, sulla scia della giurisprudenza inglese, il termine *exemplary*<sup>11</sup>.

Neppure il termine "*deterrence*", è sinonimo di "deterrenza" come usualmente è tradotto.

Anzi, proprio siffatta traduzione porta in sé una basilare ambiguità di fondo<sup>12</sup>.

La *deterrence* immortalata dal *Cost of Accidents*<sup>13</sup> è strumento che più che preoccuparsi soltanto di risarcire i danni, è finalizzato a realizzare un sistema che abbia anzitutto di mira la loro prevenzione prescindendo dallo stretto rapporto tra danneggiante e danneggiato che è caratteristica essenziale del sistema della imputazione colposa; il danno viene considerato come espressivo di un determinato sistema socio-economico, alle cui modalità di funzionamento deve essere principalmente rivolta l'attenzione se si vuole prospettare un adeguato e realistico sistema di responsabilità civile<sup>14</sup>. La *deterrence* è

---

esistente neppure in via presuntiva (in tal modo, riconosciuta la fondatezza della pretesa, vengono liquidati, a prescindere dalla prova del danno, che non si è riuscito a fornire, risarcimenti meramente "simbolici"). La *House of Lords*, ha definito i *nominal damages* in questi termini "*A technical phrase which means that you have negated anything like real damage, but that you are affirming by your nominal damages that there is an infringement of a legal right which, though it gives you no right to any real damages at all, yet gives you the right to the verdict or judgment because your legal right has been infringed*" caso *Owners of the Steamship 'Meridiana' v. Owners, Master and Crew of the Lightship 'Comet'* [1900] AC 113, 116.

I *restitutory damages*, invece consistono nella restituzione di un trasferimento indebito effettuato dall'attore in favore del convenuto e il risarcimento viene commisurato al valore di ciò che è stato indebitamente trasferito. I *disgorgment damages* contemplano invece un risarcimento parametrato al profitto realizzato illecitamente dal convenuto piuttosto che alla perdita subita dall'attore. Per ulteriori approfondimenti EDELMAN, *Gain – based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, cit., pag. 66 e ss.; OGUS, *The law of damages*, London op. cit., pag. 21 e ss.; Cfr. anche DI MAJO, op. cit., pag. 1792 il quale osserva efficacemente che, con riferimento ai cd. danni punitivi, sul piano terminologico pare preferibile utilizzare l'espressione risarcimento punitivo atteso "*che la punizione è nel risarcimento e non nel danno conseguente*".

<sup>10</sup> PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere* cit., pag. 25 e ss.; nello stesso senso, EDELMAN, *Gain-based damages* cit., pag. 9 e ss.

<sup>11</sup> BENATTI, *Correggere e punire* cit., pag. 16 e ss.

<sup>12</sup> BUSNELLI, *Deterrenza*, cit., pag. 917.

<sup>13</sup> CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano 2015 – ristampa inalterata dell'edizione del 1975.

<sup>14</sup> RODOTÀ, *Presentazione* in *Costo degli incidenti* di CALABRESI, cit., 6 ss.

allora un obiettivo di politica economica e sociale diversamente dalla nozione di deterrenza recepita a livello nazionale - che seppur svolge funzione preventiva - è basata proprio sulla colpa che congiunge in sé un'istanza morale e la preoccupazione pratica di rendere "giusta" l'imputazione della responsabilità a un soggetto determinato<sup>15</sup>. Entrambi i sistemi (nordamericano e europei) valorizzano prevenzione e deterrenza; tuttavia, i loro itinerari divergono perché mentre nel primo la deterrenza è strategia politica e logica di mercato, nei secondi si ispira esclusivamente a valori costituzionali e così l'indicata divergenza si riflette sulla natura, misura e modalità del risarcimento dei danni *lato sensu* punitivi<sup>16</sup>.

Ciò chiarito nel presente scritto, per mera convenzione linguistica, si utilizzerà indifferentemente l'espressione danni punitivi o, in alternativa, quella più appropriata di risarcimenti punitivi/sanzionatori.

---

<sup>15</sup> RODOTÀ, *Presentazione*, cit., 6 ss.

<sup>16</sup> BUSNELLI, *Deterrenza* cit., pag. 917 e ss.

## 2. Nascita dei *punitive – exemplary damages*

I danni punitivi nascono nell’Inghilterra feudale in cui la giurisdizione era amministrata dal Re e operava mediante l’istituto processuale dei *writs* (in latino *brevia*), veri e propri ordini del Sovrano di cui erano destinatari gli *sheriffs* o i *lords*, ovvero i responsabili delle Corti rispettivamente territoriali e baronali, volti a sottrarre la trattazione di una causa ai signori feudali o alle corti locali in caso di perdurante insoddisfazione della parte che vi avesse preventivamente fatto ricorso (fuori dalle cause di diretto interesse per la Corona, infatti, l’emissione del *writ* costituisce lo strumento attraverso il quale la giustizia regia si intromette ed esautora dall’amministrazione della giustizia le corti locali)<sup>17</sup>.

Il *writ* è lo strumento necessario per la tutela del diritto: un diritto soggettivo può dirsi esistente in tanto in quanto vi sia un *writ* che lo renda azionabile (da cui la formula “*remedies precede rights*” corrispondente alla massima di diritto romano “*ubi remedium, ibi ius*”)<sup>18</sup>. Costituisce, pertanto, un presupposto dell’azione che, tuttavia, non garantisce l’ottenimento di una pronuncia favorevole, ma soltanto l’accesso alla giustizia regia la quale ne accerta successivamente la legittima concessione.

---

<sup>17</sup> A partire dal XII secolo la Corte regia inizia gradualmente a sostituirsi alle corti locali nell’amministrazione della giustizia, sia in ambito penale che civile, perché più efficiente dal punto di vista sostanziale e processuale. Attraverso la creazione di nuovi *writs* offre nuove forme di tutela quando il caso concreto lo richieda, un processo più rapido e razionale e decisioni suscettibili di esecuzione coattiva.

L’opposizione dei baroni all’aumento di potere delle corti regie si manifesta in tre documenti fondamentali del XIII secolo: la *Magna Charta* del 1215, le *Provisions of Oxford* del 1258 e lo *Statute of Westminster II* del 1285. Particolarmente importante, ai fini che qui interessano, è l’intesa raggiunta tra il sovrano e i baroni nel capitolo 24 di tale ultimo atto in cui, mantenendo fermo il divieto di creazione di nuovi *writs* (straordinari) - salvo il caso di autorizzazione del Parlamento - si consente alla Cancelleria di utilizzare le formule conosciute (*writs* ordinari) per ammettere nuove azioni “*in consimili casu*” per cui diffusamente v. *infra*. Così VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, IV ed., Torino 2010, pag. 280 e ss.; v. anche CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano 1982, pag. 500 e ss.; PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, London 1936, pag. 317 e ss.

<sup>18</sup> HOLDSWORTH - SEARLE, *A History of English Law*, I, London, 1922, pag. 398, evidenzia che “*Writ, remedy, and right are correlative terms*”; anche PLUCKNETT, op. cit., pag. 318, ricorda che in assenza di *writ* non poteva configurarsi alcun diritto sostanziale preesistente da tutelare in sede processuale.

Negli ordinamenti di *civil law* il rapporto tra diritto e azione è articolato diversamente rispetto ai paesi di *common law*. Nei primi domina la teorica del diritto soggettivo che il legislatore seleziona *ex ante* e in astratto attraverso norme attributive di posizioni soggettive di vantaggio. L’azione costituisce lo strumento per realizzare il diritto soggettivo violato – o soltanto minacciato – riconosciuto dalla norma e la tutela giurisdizionale attua l’assetto previamente delineato dal legislatore (*ubi ius ibi remedium*). Al contrario, negli ordinamenti di *common law*, il giudice muove dai bisogni di tutela che emergono dalle peculiarità del caso concreto e riconosce i rimedi che reputa più appropriati e ragionevoli. La creazione del rimedio, dunque, precede la nascita del diritto (*ubi remedium ibi ius*) che non necessariamente corrisponde all’essenza del diritto violato potendo perseguire ulteriori scopi come nel caso degli *exemplary damages*. Diffusamente SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *Eur. e dir. priv.*, 1, 2014, pag. 159 e ss. il quale, premesso che i giudici di *common law* si domandano “*che cosa farebbe una persona ragionevole nel caso concreto?*” per individuare tali rimedi, afferma di conseguenza che “*il linguaggio dei diritti (“rights”) è, dunque, l’“equivalente sistemico” della ragionevolezza di common law*”. V. sul punto diffusamente DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, pag. 14 e ss.

Inizialmente, i *writs* erano in numero limitato: i più importanti erano posti a difesa del possesso feudale: il *writ of right* (*breve de recto*) chiesto dal possessore di un fondo concessogli da un conte contro colui che lo aveva occupato; il *writ praecipe quod reddat* in caso di contesa in ordine ad un fondo pubblico non concesso da un conte; il *write praecipe* con cui il creditore chiedeva il pagamento di una somma dovutagli dal debitore; il *writ of debt* con cui si chiedeva la restituzione di una somma di danaro; il *writ of trespass* con cui si chiedeva il risarcimento danni nei confronti di chi aveva commesso un illecito civile che presupponeva un atto di violenza contro la persona o le cose, mobili ed immobili.

Accanto ai *writs* ordinari (*brevia de cursu*), annotati nel c.d. *Registrum Brevium* tenuto presso la Cancelleria<sup>19</sup>, chi vantava una pretesa non riconosciuta nel *Registrum*, poteva ottenere, dietro pagamento di una altissima somma di denaro o in via di grazia (per i più poveri), il *writ* idoneo a tutelare la propria situazione (*writs* straordinario o *brevia de gratia*)<sup>20</sup>.

A fronte dell'emergere di situazioni nuove, con il tempo vennero riconosciute nuove forme di azioni derivate dai *writs* ordinari attraverso il procedimento "*on the case*" (*actio super casum* una sorta di estensione analogica del *writ* previsto per una situazione data ad altra non previamente disciplinata<sup>21</sup>).

L'attore, ottenuto un *writ* noto, esponeva i fatti che contraddistinguevano il suo caso ed evidenziava l'opportunità della estensione del *writ* ottenuto alla propria situazione ancorché parzialmente diversa.

Il *writ* principalmente utilizzato dalle Corti per ampliare la propria competenza è stato il *writ of trespass*<sup>22</sup> che ha determinato la creazione nel XIV e XV sec. del *trespass on the case* in cui acquista rilevanza il dato sostanziale che l'attore è stato vittima di un danno causato dal comportamento negligente o doloso di altro soggetto. In definitiva si viene a creare una sorta di azione sussidiaria generale esperibile per una molteplicità di casi di

---

<sup>19</sup> Trattandosi di rimedi consolidati nella prassi giudiziaria, l'attore che intendesse usufruirne avrebbe dovuto pagare una somma di denaro per ottenere un *writ* idoneo a tutelare la propria posizione purché corrispondente a una tra quelle indicate nel Registro.

<sup>20</sup> Se poi tali *writs* si fossero consolidati nella prassi potevano passare ad essere iscritti nel *Registrum* e divenire così ordinari così CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese; le fonti*, Milano, 2004, pag. 139.

<sup>21</sup> Così VARANO – BARSOTTI, op. cit., pag. 286 e 287.

<sup>22</sup> Concesso inizialmente a chi ha subito una illecita e violenta invasione della propria sfera giuridica personale o patrimoniale sulla base dell'uso formale della forza con conseguente violazione *vi et armis* dell'ordine pubblico e della pace del regno, proprio per l'uso della forza, se fondato, avrebbe comportato l'imprigionamento del responsabile e la condanna al risarcimento del danno in favore della vittima sul punto diffusamente RUFFINI GANDOLFI, *Profili del Trespass to land: il tort e gli improvements del Trespasser*, Milano, 1979.

condotta dannosa<sup>23</sup>.

Dall'illecito civile, attraverso applicazione analogica, l'*action on the case* porta all'emersione dell'*assumpsit* (rilevante in ambito contrattuale). Nel *writ of trespass on the case in assumpsit*, difatti, l'attore allega che il convenuto si è assunto un obbligo, ma non avendolo adempiuto (*non-feasance*), o avendolo adempiuto in modo inesatto (*misfeasance*), gli ha arrecato danno alla persona o ai suoi beni. Nella successiva evoluzione, l'*assumpsit* cessa di essere un rimedio di natura delittuale e diviene un'azione per danni di natura contrattuale, volta a sanzionare, in via generale, l'inadempimento<sup>24</sup>.

In siffatto ordinamento che non conosceva la risarcibilità del danno morale ed in cui la distinzione tra il diritto penale e civile era estremamente labile, il risarcimento del pregiudizio derivante dalle umiliazioni e dalle offese arrecate a diritti come l'onore o le libertà alle vittime di atti illeciti (*torts*) non era garantito e l'applicazione delle regole tradizionali era inidonea a ristorare completamente il danneggiato dei pregiudizi subiti.

La nascita dei danni punitivi si ricollega anche a un ulteriore fattore storico: per la ricostruzione e dimostrazione dei fatti rilevanti per il giudizio, le Corti regie, presenti solo occasionalmente in sede locale, si avvalevano di giurati, ossia di persone "probe" del luogo in cui si era verificato l'illecito. Questi giurati, inizialmente citati in qualità di testi per fornire la prova dell'esistenza del reato o di una prova rilevante ai fini della decisione della controversia civile, ben presto divennero "giudici laici", con facoltà di valutare le conseguenze del fatto illecito e, in presenza di condotte gravi e riprovevoli del danneggiante, di esprimere la loro particolare disapprovazione attraverso attribuzione al danneggiato, sia dei "*compensatory damages*" che di quelli esemplari<sup>25</sup>.

Anche se alcuni *Statutes* del XIII secolo prevedevano sanzioni pari al triplo o al doppio

---

<sup>23</sup> CANNATA – GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, vol. II, *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, pag. 60, Torino 1984, pag. 60.

<sup>24</sup> Diffusamente, VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, IV ed., op. cit. pag. 280 e ss.

<sup>25</sup> VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973, pag. 201 e ss.; POLLOCK – MAITLAND, *The History of English Law*, I, Cambridge, 1968, pag. 622 e ss. Osserva TREITEL, *The Law of Contract*, London 2011, a pag. 1000 e ss. che proprio perché i giurati erano selezionati per la loro conoscenza delle parti in causa e dei fatti oggetto del processo, le corti, nella maggior parte dei casi, si astenevano dal modificarne i verdetti anche qualora i risarcimenti concessi fossero stati superiori rispetto ai danni effettivamente subiti dalle vittime. Per tale ragione cadde in disuso il *writ of attaint* che consentiva al condannato di impugnare il verdetto della giuria, provandone la relativa falsità, innanzi a una nuova giuria che avrebbe giudicato della correttezza dell'operato dei primi giurati e, in caso di accertata mala fede, condannato gli stessi con apposita sentenza.

Come si vedrà nel prosieguo della presente trattazione, la mancata proposizione dell'indicato rimedio processuale di parte, non avrebbe comunque precluso la possibilità ai giudici di *common law* di ridurre i risarcimenti manifestamente eccessivi così BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit., pag. 6 e ss.

del danno cagionato<sup>26</sup>, per una compiuta definizione dei danni punitivi si è dovuto attendere il XVIII e XIX secolo durante i quali le Corti inglesi ne affermarono espressamente la funzione deterrente e sanzionatoria, che si affianca a quella compensativa, tipica dei *compensatory damages* distinti, a propria volta, in *special* (liquidati in presenza di specifica richiesta e prova da parte del danneggiato) e *general* (liquidabili d'ufficio e calcolabili in via presuntiva come ad esempio accade per i *damages for pain and suffering*, riconducibili alla fattispecie del danno morale)<sup>27</sup>.

I primi casi giurisprudenziali ai quali viene fatta risalire la nascita degli *exemplary damages* sono del 1763: *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*<sup>28</sup>; in entrambi, le sanzioni pecuniarie furono utilizzate contro condotte illecite e intenzionali, quali *assault*, *malicious prosecution*, *false imprisonment*, *trespass* e furono motivate dalla necessità di punire in misura esemplare condotte giudicate particolarmente biasimevoli, lesive delle libertà personali<sup>29</sup>.

In definitiva, attraverso la condanna a danni punitivi, la Corte manifesta il disprezzo della società per comportamenti ritenuti oltraggiosi e rimarca, in tal modo e come più volte affermato dalla *House of Lords*, la funzione deterrente dell'istituto qualora tale fi-

---

<sup>26</sup> Lo statuto del *Gloucester* del 1278 stabiliva il *treble damages for waste*, e il *double damages* per il delitto di *trespass* nei confronti dei religiosi.

<sup>27</sup> Ricorda SEIPP, *The Distinction Between Crime and Tort in the Early Common Law*, 76 *B.U. L. Rev.*, 59, 83 (1996) che nel diritto medievale stante la strettissima connessione tra *crime* e *tort* e dato che inizialmente non esisteva un pubblico ministero che potesse perseguire reati nell'interesse dello Stato, spettava al danneggiato – vittima dello stesso fatto illecito decidere se agire con il *writ of trespass* per ottenere il risarcimento dei danni subiti ovvero promuovere un'azione penale la cd. *appeal of felony* per vendicarsi del torto subito. L'antica disciplina Anglo – Sassone, per scongiurare vendette private, affidava al diretto interessato il compito di decidere se agire a fini riparatori o sanzionatori. Nel periodo compreso tra il tredicesimo e il sedicesimo secolo, si assiste al passaggio dalla persecuzione “su iniziativa privata” del criminale a quella affidata alla Corona e cambia la funzione stessa della sanzione penale. L'autore ricorda infatti che “*the king punished felons because every subject wanted or should want them punished. The king's peace was their peace. A felon to the king was a felon to the whole kingdom. Robbery and fighting offended the whole community, not just the individual victim*” così STEIPP, op. cit., a pag. 74. Se inizialmente, quindi, la punizione del criminale rispondeva all'esigenza di placare il sentimento individuale di vendetta della vittima del reato (cui infatti spettava ogni decisione sul se promuoverla o meno) successivamente si afferma una concezione pubblicistica della pena poichè diretta ad assicurare la pace sociale, quale compito essenziale assunto dallo Stato. Secondo parte della dottrina, escluso il perseguimento di qualsiasi forma di “vendetta” tra le funzioni del diritto penale, per le condotte più spregevoli rilevanti civilisticamente, in cui la mera riparazione dei pregiudizi subiti dal danneggiato non appare più sufficiente, vengono concepiti gli *exemplary damages* quali sanzioni private costituenti mezzo di reazione a un “danno dignitario” particolarmente intenso ispirate a una logica di *punishment for private wrongs* cfr. COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams*, 117, *Yale L. J.*, 392 (2008) pag. 429 e ss.

<sup>28</sup> *Huckle v. Money* 98 E.R. 768 (K. B. 1763) e *Wilkes v. Wood* 98 E.R. 489 (K.B. 1763). Il primo riguardava l'arresto illegittimo di un tipografo trattenuto in carcere per circa sei ore e destinatario di una perquisizione illegale presso la sua abitazione; il secondo, la perquisizione illegale della casa editrice di un giornale accusato di aver pubblicato articoli diffamatori nei confronti della Corona. In entrambi i casi si tratta di abusi del potere esecutivo gravemente lesivi delle libertà fondamentali.

<sup>29</sup> Come si vedrà meglio nel terzo capitolo, mentre nell'Europa continentale le pene private entravano in desuetudine, in Inghilterra conoscevano una seconda primavera diffusamente, BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 1 ss. e per i riferimenti alla letteratura inglese sul punto v. pag. 201 .

nalità non possa essere perseguita attraverso diversi rimedi<sup>30</sup>.

Dall'Inghilterra, come si vedrà, l'istituto *de quo* si è diffuso - sebbene con caratteristiche diverse - in altri ordinamenti giuridici sia attraverso il *legal transplant* ossia mediante il recepimento da parte del formante<sup>31</sup> giurisprudenziale e/o legislativo<sup>32</sup>, sia tramite il diritto processuale civile internazionale con riferimento alle controversie transnazionali sempre più frequenti per effetto della globalizzazione dei mercati.

---

<sup>30</sup> BENATTI, *Correggere e punire*, cit., pag. 15 e ss.

<sup>31</sup> Diffusamente SACCO, *Formante, Digesto delle discipline privatistiche*, IV ed. Torino 1993; ID., *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1980 pag. 3 e ss.

<sup>32</sup> Diffusamente sul punto v. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Edimburgh 1974, traduzione italiana a cura di MORLEY - LONARDO, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, Napoli 1984.



### **3. Le diverse funzioni dei risarcimenti punitivi: a) educativa, b) retributiva di stampo pubblicistico, c) punizione privata o risarcimento aggravato, d) deterrenza, e) deterrenza come internalizzazione dei costi**

Il principio che sta alla base dei danni punitivi si sostanzia nella regola, conosciuta sia negli ordinamenti stranieri<sup>33</sup> che in quello italiano<sup>34</sup>, secondo cui nessuno può trarre profitto da un proprio atto illecito.

Tuttavia, in Italia, l'applicazione del principio in esame non assume una connotazione "punitiva" in termini di risarcimento ostandovi la regola, desumibile dall'art. 1223 c.c., per la quale il fatto illecito altrui non può mai essere occasione per lucrare e ottenere più di quanto si è effettivamente perso (perché, diversamente, il danneggiato – creditore conseguirebbe un arricchimento ingiustificato per cui si veda *infra*).

Rileva, invece, a fini "protettivi" della controparte lesa che resta arbitro di scegliere, ad esempio, se mantenere o sciogliere il vincolo contrattuale la cui inefficacia in senso ampio non potrà essere invocata dal contraente autore del comportamento sleale<sup>35</sup>.

Negli ordinamenti che espressamente la riconoscono, la categoria dei *punitive – exemplary damages* è applicata in linea generale alla responsabilità extracontrattuale (*law of torts*) e si estende, in particolare negli Stati Uniti, a talune ipotesi di inadempimento contrattuale (*breach of contract*).

---

<sup>33</sup> OWEN, *The Moral Foundations of Punitive Damages*. 40 *Ala. L. Rev.*, 705 (1989) utilizza l'icastica espressione "*torts must not pay*"; DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, a pag. 91 e ss., nel commentare il famoso caso *Riggs v. Palmer* 115 N.Y. 506 [1889] deciso dal tribunale di *New York* nel 1889 ricorda che il tribunale "*doveva decidere se una persona, designata erede nel testamento di suo nonno, potesse ereditare in base a quel testamento, sebbene a tale scopo avesse assassinato il nonno*". Il tribunale così ragionava: "*E' vero che le leggi che disciplinano la stesura, la prova, gli effetti dei testamenti e la trasmissione della proprietà, se interpretate alla lettera ...attribuiscono questa proprietà all'assassino*"; ma poi osservava che "*tutte le leggi, come tutti i contratti, possono essere attenuate nel loro operare e nei loro effetti dalle generali e fondamentali massime del common law. A nessuno sarà permesso di trarre profitto dalla propria frode, o di trarre vantaggio dal suo illecito, o di fondare una pretesa sul suo comportamento iniquo, o di acquisire una proprietà per mezzo di un delitto*". Quindi, condividendo la decisione, l'autore ritiene che, diversamente dal radicale giuspositivismo di *Kelsen* - per il quale in difetto di una norma che avesse escluso il nipote assassino dall'eredità questa gli sarebbe dovuta - in realtà, in questo caso, si avverte una discrepanza morale fra l'ordinamento giuridico esistente e l'ordinamento giuridico desiderato. Tale discrepanza viene risolta con la celebre teoria della connessione tra diritto e morale secondo cui il diritto contemporaneo è composto non solo di "regole", ma anche di principi che esprimono i valori supremi dell'ordinamento di una comunità e si fondano sulla propria correttezza morale. I principi prevalgono, costituiscono riferimenti necessari per l'attività interpretativa e possono condurre alla disapplicazione di regole, come nel caso di specie, incompatibili con essi.

<sup>34</sup> PARDOLESI "*Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?*" op. cit., pag. 342. Secondo RANIERI, *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, in *Riv. dir. civ.* 1971, I, pag. 309, l'indicata regola costituisce uno dei principi ispiratori del sistema di diritto privato; per CAMPOBASSO, *Diritto commerciale I, Diritto dell'impresa*, IV ed., Torino 2003, esiste nel nostro ordinamento un principio generale per cui "*da un comportamento illecito non possono mai derivare effetti favorevoli per l'autore dell'illecito*".

<sup>35</sup> Diffusamente, FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, pag. 158 e ss., Milano, 2007.

In presenza di una condotta particolarmente grave e riprovevole del danneggiante, dolosa o gravemente colposa idonea, perciò, a generare biasimo e allarme sociale<sup>36</sup>, lesiva di particolari diritti considerati primari<sup>37</sup>, l'istituto dei *punitive – exemplary damages*, attribuisce alla vittima il diritto di ottenere, in aggiunta al risarcimento del danno effettivamente subito (*compensatory damages*), una ulteriore somma, spesso notevolmente maggiore del risarcimento compensativo.

E' tuttavia precluso all'autonomia privata di costituirli in via negoziale (cd. *penalty clauses*) poiché il potere punitivo è affidato unicamente alla legge<sup>38</sup>.

Nei Paesi di *common law* – diversamente da quanto accade in quelli di *civil law* – ai fini della determinazione del danno risarcibile, non si valuta esclusivamente la situazione in cui versa il danneggiato a seguito dell'illecito civile; si valorizzano anche profili attinenti alla sfera del danneggiante tra cui l'oggettiva gravità della condotta, l'intensità dell'elemento psicologico, la sua capacità patrimoniale e i profitti dallo stesso conseguiti quale conseguenza della condotta illecita<sup>39</sup>.

Pertanto, l'autore dell'illecito è tenuto al risarcimento non soltanto del danno che si è prodotto nella sfera giuridica della vittima (*compensatory damages*) ma, quando ha agito con *malice*<sup>40</sup> e, in particolari settori, con *gross negligence*<sup>41</sup>, anche a versarle un ulte-

---

<sup>36</sup> Secondo PATTI, voce "Pena privata" in *Dig. disc. priv. civ.*, Sez. Civ., V, Torino, 1995, 335 ss, l'elemento soggettivo richiesto per l'applicazione dei *punitive damages* è la c.d. *malice*. Cfr., altresì, FAVA, *La responsabilità civile*, Milano, 2009, pag. 219.

<sup>37</sup> Osserva OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, *Vill. L. Rev.*, 374, 39, (1994) che nell'ordinamento inglese, la funzione di tutela di diritti fondamentali riveste un ruolo di primo piano. Basti soltanto considerare che l'istituto nasce proprio per sanzionare lesioni di taluni fondamentali diritti dei cittadini poste in essere da abusi del potere esecutivo.

<sup>38</sup> FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, pag. 199 e ss. chiarisce che la *penalty clause* non va confusa con la *liquidated damages clause* che, simile alla clausola penale prevista dall'art. 1382 c.c., fissa l'eventuale risarcimento in una somma predeterminata, calcolata dalle parti in base ad una ragionevole previsione dell'entità del danno.

<sup>39</sup> Osserva NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, op. cit., 329 che quando lo stesso illecito genera sia un danno per la vittima che un profitto per il danneggiante, notevolmente superiore al primo, si pone il problema di verificare a chi spetti tale *surplus* (se al danneggiato, al danneggiante o a un terzo come lo Stato). Mentre nei Paesi di *common law* il profitto viene traslato dal danneggiante al danneggiato sulla base di una concezione sanzionatoria della responsabilità civile, nei Paesi di *civil law*, al contrario, ove predomina la funzione compensativa, esso rimane in capo al danneggiante onde evitare un ingiustificato arricchimento del danneggiato, in virtù del diverso principio di causalità degli spostamenti patrimoniali.

<sup>40</sup> Il termine "*malice*" non ha una traduzione precisa in italiano ed è utilizzato per indicare il dolo in generale, la premeditazione nella commissione di un reato, l'intenzionalità consapevole di un atto illecito. Così DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico - Law dictionary*, cit., pag. 985 ss. per ulteriori riferimenti v. *infra*.

<sup>41</sup> Normalmente sono concessi danni punitivi per *gross negligence* nella responsabilità del produttore e in quella automobilistica. Emblematico è il caso *Bufford v. Hopewell* 131 S. W. 502 in cui il convenuto, guidando ad alta velocità con fari spenti in un centro abitato, aveva investito un bambino.

riore “risarcimento punitivo”<sup>42</sup> (*punitive damages*) che assolve a una pluralità di funzioni.

Secondo una parte della dottrina<sup>43</sup>, l’affermarsi degli *exemplary damages* trova la sua ragione giustificatrice nella struttura del processo inglese che, una volta superata l’antica *Anglo-Saxon law* caratterizzata dalla quantificazione del danno sulla base di tabelle fisse, demandò la liquidazione alle giurie ritenute più idonee a garantire un sistema sanzionatorio flessibile, in grado di adattarsi alle circostanze del caso concreto. I giurati venivano scelti per la loro conoscenza delle parti in causa e dei fatti oggetto del processo e, di conseguenza, nella maggior parte dei casi, le Corti non ne modificavano il verdetto ancorchè, per la composizione popolare, la giuria era portata inesorabilmente a sovrastimare i pregiudizi della parte offesa e a ritenere dovuti i danni punitivi, quasi sempre richiesti dalla parte attrice, anche laddove il risarcimento accordato fosse apparso maggiore del danno effettivamente subito dalla vittima.

Da qui l’affermazione che gli *exemplary damages* sono una conseguenza dei tratti fisiognomici del diritto di *common law* e in particolare della “immodificabilità” dei verdetti delle giurie.

In realtà, così non è perchè è sempre riconosciuto ai giudici di *common law*, il potere di ridurre l’ammontare dei risarcimenti eccessivi<sup>44</sup>, così come, pur se desueto, è ammesso, contro il verdetto della giuria, il *writ of attain*<sup>45</sup>.

Altra dottrina rinviene la causa giustificativa dei *punitive-exemplary damages* nell’esigenza di compensare il danneggiato per l’oltraggio (ovvero per l’*emotional distress*) subito a causa dell’illecito e quindi di risarcire, oltre a quelli patrimoniali, anche i pregiudizi non monetizzabili (c.d. *pain and suffering* corrispondente al nostro danno morale), secondo una funzione non dissimile da quella svolta nel nostro ordinamento dal danno non patrimoniale. La condanna ai *punitive damages* sarebbe, quindi, dovuta alla necessità di compensare equitativamente quelle offese a diritti primari, difficilmente quantificabili, subiti dalla vittima<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Sull’improprietà della espressione “risarcimento punitivo”, ormai entrata nel lessico giuridico della letteratura nazionale v. *retro* par. 1 e le riflessioni di BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all’ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 31 gennaio 2018.

<sup>43</sup> PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impr.*, 2015, pag. 1195 e ss.

<sup>44</sup> BENATTI, *Correggere e punire* cit., pag. 6 e ss.

<sup>45</sup> Si tratta, come ricorda BENATTI, op. ult. cit., di un mezzo di impugnazione esperibile nei casi in cui vi fosse prova della falsità del verdetto. In tal caso una diversa giuria era chiamata a pronunciarsi sulla correttezza del primo verdetto, e nei casi di accertata mala fede della giuria che lo aveva emesso, questa stessa diveniva destinataria di una sentenza di condanna. Per ulteriori riferimenti v. *retro* nota n. 29.

<sup>46</sup> GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano 1996, pag. 48 e ss., ricorda che la giurisprudenza inglese, successivamente ai citati casi *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*, ha ripetutamente accordato i

Anche questa tesi appare riduttiva perché nei danni punitivi non rileva soltanto la funzione compensativa e, perciò, i patimenti subiti dall'offeso che sono indubbiamente di difficile quantificazione<sup>47</sup>; rilevano anche, se non soprattutto, la condotta del soggetto agente, necessariamente caratterizzata da dolo o colpa grave, le sue condizioni economiche e il suo guadagno nell'ambito di una valutazione complessiva che investe, nel contempo, la sfera giuridica del danneggiato e del danneggiante.

Negli *exemplary-punitives damages* possono quindi individuarsi una pluralità di funzioni.

In primo luogo, quella “*educativa*”, intesa come protezione di diritti particolarmente rilevanti che individuano i principi etici e giuridici fondamentali dell'ordinamento i quali, attraverso lo strumento del danno punitivo, ricevono tutela rafforzata<sup>48</sup>.

L'indicata funzione è rimarcata in alcuni Paesi del *Commonwealth* nei quali, in caso di violazione delle libertà garantite dalle Carte costituzionali, il risarcimento aggiuntivo a quello compensativo viene spesso etichettato “*vindictory damages*”, con prassi avallata dal *Privy Council*, organo di ultima istanza<sup>49</sup>; è affermata dalla Corte Suprema del Canada<sup>50</sup> ed è presente anche negli Stati Uniti in cui il tradizionale impiego delle condanne esemplari è rappresentato dai casi di diffamazione<sup>51</sup>, di violazione volontaria dell'integrità fisica e della proprietà<sup>52</sup>.

In altri termini, nell'accordare il risarcimento esemplare a determinati diritti – particolarmente rilevanti –, si mira a dissuadere il potenziale danneggiante dal porre in essere atti di deliberata violazione degli stessi, prospettandogli conseguenze ben più gravi del pagamento del semplice risarcimento compensativo<sup>53</sup>.

---

danni punitivi per garantire effettiva tutela ai diritti fondamentali della persona con particolare riguardo a quelli relativi all'onore e alla riservatezza.

<sup>47</sup> BENATTI, *Correggere e punire* cit., a pag. 24 e ss. precisa che anche attualmente, in Inghilterra i danni punitivi sono ammessi soltanto quando il danno è maggiore di quello liquidato in base ai criteri compensativi tradizionali ovvero è inferiore al guadagno che l'offensore ha ottenuto dalla sua condotta. In particolare in questa seconda ipotesi, è evidente la funzione non compensativa degli *exemplary damages*.

<sup>48</sup> Oltre che in Inghilterra, anche in USA, il tradizionale impiego delle condanne esemplari era rappresentato dai casi di diffamazione, di violazione volontaria dell'integrità fisica e della proprietà per cui si veda *infra* 4.2.2.

<sup>49</sup> Casi *Attorney General of Trinidad and Tobago v. Romanoop* (2005) UKPC 15; *Merson v. Cartwright and Attorney General* (2005) UKPC 38; *Atain Takikota v Attorney General & Others (Bahamas)* (2009) UKPC 11; *Horace Fraser Appellant v. Judicial and Legal Services Commission and the Attorney General of Santa Lucia, Privy Council Appeal N. 116* (2006).

<sup>50</sup> *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, (2002) SCC 18 e *Fidler v. Sun Life Assurance Co of Canada* (2006) SCC 30; la Corte attribuisce all'istituto anche funzioni di “*retribution, deterrence and denunciation*”.

<sup>51</sup> Caso *New York Times v. Sullivan*, 1965 v. diffusamente *infra* par. 4.2.2.

<sup>52</sup> Cfr. GIOVAGNOLI, *I Punitive Damages nell'esperienza statunitense: l'applicazione estensiva dell'istituto alle ipotesi di breach of contracts e product's liability*, in *Magistra – Banca e Finanza* 2002, reperibile online su [www.magistra.it](http://www.magistra.it). Per ulteriori approfondimenti v. *infra* par. 4.2.2.

<sup>53</sup> COLEMAN, KRAUS, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *Yale L. J.*, 1335, pag. 1338-1339, (1986); diffusamente, WILCOX, *Punitive damages in the Armoury of Human Rights Arbiters*, in MEURKENS,

Nell'ambito della funzione "educativa" rileva la natura del diritto e l'oggetto da questo tutelato.

La lesione di quei particolari diritti che caratterizzano i principi etici e giuridici fondamentali dell'ordinamento ha notevole rilevanza pubblicistica perché l'offesa viene arrecata a interessi della società.

Sotto tale aspetto, una misura di diritto privato come il "risarcimento punitivo", può realizzare anche una funzione "retributiva" pubblica, consistente nel pagamento, da parte del danneggiante, del debito che scaturisce dall'infrazione di regole prioritarie della collettività di cui fa parte in misura equivalente a quella necessaria per riparare la violazione dell'ordine sociale che con la sua condotta ha procurato<sup>54</sup>.

Nell'ambito della funzione retributiva viene in considerazione esclusivamente la condotta del reo; se ne valuta la gravità sotto il profilo soggettivo che rileva ai fini della determinazione del *quantum*, fermo restando che la sanzione da infliggere risulti proporzionale alla condotta non essendo in nessun caso tollerabile una punizione eccessiva rispetto alla gravità dell'illecito<sup>55</sup>.

La funzione in esame è tipica del diritto penale e, non potendosi negare una potenziale sovrapposizione con le relative misure, pone l'interrogativo se la pena non sia già da sola sufficiente a punire adeguatamente<sup>56</sup>.

Vari Stati americani<sup>57</sup> assegnano espressamente ai danni punitivi la funzione di soddisfare l'interesse pubblico alla repressione di certi comportamenti e, alcuni di essi, ne of-

---

NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing out?*, Cambridge, 2012, 499, pag. 509 ss.; ad avviso di BEHR, *Punitive damages in American and German law – tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, *Chi. Kent. L. Rev.*, 78, pag. 109 e ss. (2003) e MORRIS, *Punitive damages in tort cases*, 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1931) il danno punitivo persegue la finalità di evitare che altri soggetti siano incentivati a compiere atti simili. Nello stesso senso, PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali* cit., pag. 19.

<sup>54</sup>Secondo BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. III, Chicago, 1871, pag. 1 - 2 sussiste una *summa divisio* tra *private wrongs* e *public wrongs*: i primi sono aggressioni ai diritti dell'individuo, visto come soggetto privato; i secondi, ledono preesistenti doveri nei confronti della collettività e "public rights" ed offendono l'intera società. I danni punitivi rientrano in questa seconda categoria.

<sup>55</sup>CHAPMAN – TREBILCOCK, *Punitive damages: divergence in search of a rationale*, 40 *Alabama L. Rev.*, pag. 779 e ss. (1989); ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.*, pag. 269 e ss. (1983).

<sup>56</sup>In questi termini, SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a Comment*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 145.

<sup>57</sup>SEBOK, *Punitive damages in the United States*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, KOZIOL – WILCOX (a cura di), New York 2009, pag. 176, enumera sette stati che esplicitamente hanno preso in considerazione la questione (*Indiana, Maine, Minnesota, Nebraska, New Jersey, Vermont, and Washington*); L'autore sottolinea come in *Indiana* ciò abbia condotto alla regola che proibisce la condanna al risarcimento punitivo nel caso in cui nei confronti del convenuto sia stata irrogata una sanzione penale.

frono una caratterizzazione quasi penalistica tale da escludere, come avviene in *Indiana*, il risarcimento in caso di inflizione di condanna penale<sup>58</sup>.

Ulteriore funzione assolta dai danni punitivi è quella, ibrida, connotata nel contempo da caratteristiche punitive e compensative, di “*punizione privata o risarcimento aggravato*”<sup>59</sup>, che ha diversi punti di contatto con la funzione di “soddisfazione”, che gli ordinamenti continentali riconducono a quella compensativa della responsabilità civile<sup>60</sup>.

Qualora la lesione di diritti incidenti sulla dignità della persona sia procurata da condotte non semplicemente negligenti ma si traduca, al contrario, in deliberati insulti e comunque in comportamenti volti ad umiliare il danneggiato, oltre alla compensazione, spettano, in Inghilterra gli *aggravated damages* a cui in Canada, Nuova Zelanda e Irlanda, è riconosciuta natura compensativa pura<sup>61</sup>; negli Stati Uniti, invece, non sono

---

<sup>58</sup> SEBOK, *Punitive damages*, op. cit., pag. 176, ricorda i seguenti casi: *Eddy v. McGinnis*, 523 N.E.2d 737, 740 (Ind. 1988); *Taber v Hutson*, 5 *Indiana Reports* (Ind.) 323, 323 (1854).

<sup>59</sup> SEBOK, *Punitive damages*, op. cit., 1008, il danno punitivo consente di rimediare a quel particolare tipo di lesione che investe il diritto del soggetto al rispetto della propria dignità e si traduce nel diritto ad essere riconosciuti dai terzi come portatori di eguale valore morale.

<sup>60</sup> STOLL, *Penal Purposes in the Law of Tort*, 18 *Am. J. Comp. L.*, 1970, 3 ss. cita la giurisprudenza tedesca che, in materia di lesione di diritti della personalità, dal lontano 1955, riconosce un aumento del risarcimento quando la condotta del danneggiante sia particolarmente offensiva. Attraverso il concetto di soddisfazione (*Genugtuung*), argomenti incentrati sull'autore dell'illecito (gravità della condotta) vengono trasferiti sul danneggiato per il quale la “sanzione” comminata al danneggiante costituisce adeguata compensazione della sofferenza subita.

Nel caso deciso dalla Corte Suprema tedesca nel 1961, BGH 19.9.1961, BGHZ 35, 363, l'attore lamentava l'esposizione al ridicolo e la lesione della propria reputazione con riferimento ad una campagna pubblicitaria che utilizzava indebitamente il suo nome per promuovere uno stimolante sessuale. La Corte, rilevato che lo scopo perseguito dal convenuto era realizzare un illecito profitto, utilizzò il concetto di “soddisfazione” per trasferirlo, sotto forma di risarcimento danni, all'attore. Si tratta, come osservato da STOLL, *Penal purposes in tort law*, cit., di un ragionamento identico a quello svolto da *Lord Devlin* in *Rookes v. Barnard*, sintetizzato nella spesso utilizzata formula “*it is necessary to teach a wrong doer that tort does not pay*”.

Analogo principio fu adottato dalla Corte tedesca nel celebre caso di *Carolina* di Monaco descritto da AMELUNG, *Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach*, in 14 *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, 1999, 22 ss. La principessa lamentava la lesione della propria sfera privata da parte di un noto *tabloid* tedesco che aveva pubblicato una “intervista esclusiva” interamente inventata, con diverse foto che ritraevano momenti della sua vita privata. La Corte affermò che l'invasione della altrui sfera privata con il mezzo della stampa si traduce in una intollerabile commercializzazione forzosa dell'altrui persona e che va scoraggiata attraverso riconoscimento di un risarcimento di ammontare tale da indurre la stampa a modificare il proprio comportamento futuro. Come osservato da AMELUNG, op. cit., 34, il caso tedesco *Caroline* è quasi identico a quello inglese *John v. Mirror Group Newspaper Ltd.*, Q.B. 586. I criteri utilizzati dalla Corte inglese (la presenza di una condotta deliberata o gravemente negligente; il cinico calcolo di profitto; la necessità di innalzare l'ammontare risarcitorio in funzione preventiva) sono straordinariamente simili a quelli utilizzati nel caso tedesco. La somma liquidata nel caso inglese (50.000 sterline a titolo esemplare in aggiunta a 25.000 sterline a titolo di *aggravated damages*) non si distanziava particolarmente dalla somma accordata nel caso *Caroline* ancorchè le Corti tedesche giustificano tali risarcimenti in base al concetto di soddisfazione e neghino qualsiasi contaminazione punitiva. Anche la successiva giurisprudenza tedesca in materia di lesione dei diritti della personalità a mezzo stampa, si è dimostrata sensibile ad utilizzare criteri come la finalità di profitto, il grado di colpevolezza del danneggiante, le modalità della condotta illecita e a graduare la misura del risarcimento in funzione della “gravità della condotta” per ulteriori riferimenti si veda *infra* cap. 1, parte II, par. 2.

<sup>61</sup> FELDTUSEN, *Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes*, in *N.Z. L. Rev.*, 741, 750, (1998) con riferimento al Canada che riconosce la distinzione *aggravated-punitive damages*, osserva che in effetti la

conosciuti gli *aggravated damages* e gli indicati comportamenti sono “sanzionati” con i danni punitivi.

Uno dei più importanti effetti che scaturisce dalla finalità punitiva è la “*deterrenza*” intesa, nella nozione tradizionale, come astensione, da parte del soggetto, dal porre in essere determinate condotte riprovevoli al fine di evitare una di quelle condanne a risarcimento esemplare che a esse conseguono.

L’effetto si esplica sia con riferimento agli altri consociati (deterrenza generale) che allo stesso convenuto (deterrenza speciale).

Come anticipato nel Par. 1, di deterrenza generale si discorre anche in altro senso e cioè come internalizzazione dei costi<sup>62</sup>.

Secondo il modello dell’analisi economica del diritto il cui scopo è individuare meccanismi regolativi di orientamento delle scelte degli individui verso una massimizzazione collettiva e un uso “efficiente” delle loro risorse, la responsabilità civile è uno strumento di ingegneria regolativa fondato sul principio secondo cui gli individui operano su base razionale e regolano la propria condotta in base a un’analisi costi-benefici.

Difatti, in un’ottica microeconomica, le norme giuridiche costituiscono incentivi e disincentivi rivolti ai consociati rispetto all’adozione o meno di comportamenti “efficienti” da un punto di vista collettivo e, di conseguenza, la regolamentazione della responsabilità civile non può prescindere dalla creazione di incentivi ottimali finalizzati a scaricare sui responsabili l’intero costo dei danni prodotti in maniera tale da minimizzare il costo degli incidenti (e correlativamente da massimizzare i benefici apportati dallo svolgimento di attività economiche suscettibili di creare rischi, depurati dal costo degli incidenti)<sup>63</sup>.

Si intende così indurre ogni soggetto a tener conto, nel computo costi-benefici, di tutte le conseguenze economiche che la propria attività genera, in modo da determinare l’abbandono di quelle condotte che seppur individualmente remunerative, sono, da un punto di vista sociale, complessivamente antieconomiche perchè produttive di costi sociali maggiori della ricchezza generata<sup>64</sup>.

---

natura compensativa dei primi è difendibile più in teoria che in pratica e si presta a duplicazioni del risarcimento.

<sup>62</sup>CALABRESI, *The costs of accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Heaven, 1970, pag. 27, definisce l’internalizzazione dei costi “*general deterrence*”.

<sup>63</sup> Diffusamente FREZZA e PARISI, *Responsabilità civile e analisi economica*, Milano, 2006, pag. 2 e ss.

<sup>64</sup> Osserva CALABRESI, *The costs of accidents*, op. cit., pag. 101 e ss. che il danno deve essere valutato in termini di costo di produzione e deve gravare sull’imprenditore perchè si tratta del soggetto in grado di verificare se sia preferibile predisporre misure cautelari a prevenzione del rischio di pregiudizi a terzi, oppure se sostenere una condanna risarcitoria. In quest’ottica i *punitive damages* hanno funzione di deterrenza in presenza di fallimenti di mercato.

In altri termini, ciascun soggetto è libero di intraprendere, tra le molteplici attività, una poco sicura, caratterizzata dall'alto costo di incidenti che potrebbe procurare oppure altra, più sicura, in termini di costo di incidenti. Fondamentale, nell'ambito della scelta, è proprio il costo degli incidenti che costituisce parte del prezzo da pagare per esercitare quella determinata attività. Se non si avesse contezza del costo degli incidenti, si sceglierebbero attività meno sicure in una percentuale maggiore di quanto si farebbe se quel costo fosse, invece, noto e preso in seria considerazione.

L'effetto di deterrenza prodotto dai danni punitivi opera allora come un regolatore di mercato, definito *market deterrence*, che rende visibile il livello ottimale delle misure precauzionali da adottare nell'esercizio dell'attività e delle singole condotte<sup>65</sup>.

In un'ottica di efficientismo economico<sup>66</sup>, i costi degli incidenti devono ricadere sul responsabile e non essere sopportati dalla collettività; valido strumento di equilibrio è rappresentato proprio dal risarcimento compensativo il quale, tuttavia, in talune ipotesi, potrebbe rivelarsi "sottocompensativo" o per inadeguatezza delle regole giuridiche che presiedono al calcolo del *quantum*<sup>67</sup> oppure per inefficacia del sistema giuridico (*underenforcement*) che non è stato in grado di scoprire il danno o il suo autore o ha disincentivato a proporre l'azione a causa di costi del processo maggiori dei benefici<sup>68</sup>.

In tutti questi casi di *underdeterrence* sarebbe auspicabile, secondo la dottrina giuseconomica, porre a carico del danneggiante un *quantum* in più rispetto al risarcimento do-

---

<sup>65</sup> Diffusamente, CALABRESI, *The costs of accidents* cit. pag. 101 e ss.

<sup>66</sup> Per ampi riferimenti v. COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 79 (1982); LANDES – POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, 1987; DIAMOND, *Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard of Risks to Others*, 18 *J. L. Econ. & Org.*, 2002; SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, 2003; COOTER - ULEN, *Law and economics*, 5th ed., Boston, 2008.

<sup>67</sup> Nell'ordinamento inglese e nella maggior parte di quelli americani, è risarcibile soltanto il danno conseguente alla lesione della persona o dei suoi beni. Così, ad esempio, nel disastro ambientale conseguente al riversamento di sostanze tossiche nel *Mississippi* causato dallo scontro tra due navi, nel selezionare le categorie degli aventi diritto, la Corte accordò il risarcimento soltanto chi aveva subito danni diretti alla proprietà con esclusione di chi avevano subito un diverso danno a carattere economico. Secondo CALLGAN, *Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages*, in 51 *Louisiana L. Rev.*, 1990, pag. 6 e ss. in una situazione del genere, lo strumento del danno punitivo consentirebbe ai soggetti legittimati di ottenere la condanna ad un risarcimento integrale, comprensivo anche delle perdite subite dai non legittimati, e costringerebbe le compagnie marittime ad internalizzare l'intero costo sociale della propria azione. L'indicata teoria rende palese uno degli assunti dell'analisi giuseconomica del danno punitivo; sotto il profilo efficientistico è indifferente chi sia il destinatario della somma liquidata ben potendo questi essere soggetto diverso dall'effettivo danneggiato (cfr. POSNER, *Economic analysis of law*, 1972, 78). Ad avviso di POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 903-904, in presenza di simili situazioni non vi sarebbe spazio per i danni punitivi; occorrerebbe soltanto correggere le situazioni di *underenforcement*.

<sup>68</sup> Secondo HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, Oxford, 2010, pag. 267, in queste ipotesi, pur essendo le perdite di cui si tiene conto nel calcolo dell'ammontare del danno punitivo compensabili *in toto* secondo le regole del sistema giuridico, è la situazione di *underenforcement* a determinare un risvolto inefficiente.



vuto a titolo puramente compensativo, tale da eguagliare i costi totali derivanti dalla sua azione<sup>69</sup>.

Nel sistema statunitense, dunque, più che in chiave afflittiva, sempre secondo la dottrina giuseconomica, i *punitive damages* dovrebbero essere concepiti con funzione riequilibratrice del costo sociale cagionato dagli illeciti.

Le teorie dell'analisi economica del diritto non hanno avuto fortuna nella giurisprudenza inglese che valorizza maggiormente la funzione esemplare del risarcimento liquidato "to teach the wrongdoer that tort does not pay"<sup>70</sup>; la dottrina statunitense appare invece più sensibile alle teorie giuseconomiche sulla deterrenza ottimale e, la giurisprudenza, pur riconoscendo che sul piano della politica del diritto l'argomento è senz'altro attrattivo, non esclude le altre funzioni nel momento in cui afferma che i cittadini e i legislatori sono disposti a tollerare qualche diseconomia pur di scoraggiare condotte che essi considerano moralmente riprovevoli<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> PONZANELLI, "Non c'è due senza tre: la Corte Suprema salva ancora i danni punitivi", in *Foro, it.* 1994, pag. 95. L'autore evidenzia che "non tutti i soggetti danneggiati da episodi di responsabilità civile portano le loro pretese di fronte alle corti: perciò gli organi giudiziari nel determinare la misura della responsabilità dovranno aumentarla in modo che essa arrivi ad internalizzare l'ammontare complessivo dei danni causati dall'esercizio di una determinata attività".

<sup>70</sup>Casi *Rookes v. Barnard and Others* [1964] A.C. 1129, 1227; *Broome v. Cassell & Co Ltd (No.1)*, [1972] A.C. 1027, 1073.

<sup>71</sup>Casi *Cooper Industries, Inc., v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424; 121 S. Ct. 1678.

## 4. Evoluzione dei risarcimenti punitivi: l'esperienza inglese e l'esperienza statunitense

### 4.1. L'esperienza inglese

In Inghilterra l'applicazione degli *exemplary damages* ha subito una battuta d'arresto dopo il caso *Rookes v. Barnard*<sup>72</sup> del 1964 nel quale la *House of Lords*, aderì alla tesi restrittiva sostenuta da *Lord Devlin*.

L'illustre giudice sostenne che dall'analisi dei precedenti si desumeva che le condanne ai risarcimenti esemplari erano riconducibili più che al principio punitivo, a quello compensativo e precisò che, in realtà, nella gran parte dei casi si trattava di condanne a risarcimento di danni "aggravati" per effetto delle caratteristiche particolarmente spregiabili della condotta del convenuto da qualificarsi come risarcimento del danno di natura "dignitaria" subito dall'offeso. Formulò, per la prima volta, una netta distinzione tra *exemplary damages* e *aggravated damages*<sup>73</sup>; i primi di natura propriamente punitiva, con finalità retributiva e deterrente che presentano notevole analogia con le sanzioni penali<sup>74</sup>; i secondi, invece, con finalità compensativa del danno morale-psichico (*mental distress*) da lesione delle dignità e del senso di onore dell'attore che produce la condotta particolarmente esecrabile del convenuto.

---

<sup>72</sup> *Rookes v. Barnard* A.C. 1129, (1964). Ricorda CAVINO – TRIPODINA, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano 2012, pag. 289 e ss. che il caso in esame riguardava un *tort of intimidation*. Un sindacato aveva stipulato un accordo (*closed shop agreement*) con una impresa attraverso cui quest'ultima si impegnava a non assumere lavoratori non iscritti al sindacato ovvero a licenziarli qualora i lavoratori assunti si fossero dimessi dal sindacato. Il dipendente *Rookes* si dimetteva dal sindacato il quale chiedeva all'impresa di licenziarlo minacciando, in caso contrario, uno sciopero. Il lavoratore citava in giudizio il *Barnard* e altri funzionari dell'organizzazione sindacale sostenendo di essere vittima di una minaccia (sciopero) attuata dal sindacato con *unlawful means* per costringere l'impresa a licenziarlo. In primo grado il sindacato fu condannato al risarcimento di *exemplary damages*; in secondo grado la decisione fu riformata perché si ritenne legittimo il comportamento del sindacato. Il giudizio arrivò, infine, alla *House of Lords*.

Precisa QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., pag. 300 nota 663, peraltro, che oggi la funzione di nomofilachia non è più svolta dalla *House of Lords*, ma dalla *U.K. Supreme Court* istituita con il *Constitutional Reform Act* del 2005 e divenuta operativa dal 2009. Va quindi chiarito che nel prosieguo del presente paragrafo si utilizzerà l'espressione Corte Suprema per designare la *House of Lords*.

Devesi inoltre precisare che gli orientamenti riportati in questo paragrafo non si applicano alla Scozia che da sempre esclude gli *exemplary damages* v. casi *Black v. North British Railway Co* (1908) 1908 SC 444 e, più recentemente, il caso deciso dalla *House of Lords*, *Watkins v. Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17.

<sup>73</sup> SEBOK - WILCOX, *Aggravated Damages*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, cit., pag. 266 ss. ricorda che Canada, Australia e Irlanda, pur non avendo accolto all'interno del proprio ordinamento le limitazioni imposte da *Rookes v. Barnard* cit. al risarcimento punitivo, hanno però fatto propria la distinzione tra *punitive damages* e *aggravated damages*, riconoscendo quest'ultima voce di risarcimento come autonoma e separata rispetto alla prima. Si veda anche *retro* par. 2.

<sup>74</sup> Sostiene *Lord Devlin* nella citata decisione, difatti, "*exemplary damages are anomalous because they confuse the civil and criminal functions of the law*" e ancora "*there are certain categories of cases in which an award of exemplary damages can serve a useful purpose in vindicating the strength of the law, and thus affording a practical justification for admitting into the civil law a principle which ought logically to belong to the criminal [...]*" così a pag. 38.

Sulla base di siffatta differenziazione, una volta riconosciuta l'impossibilità di bandire completamente i danni esemplari dal diritto civile, sul rilievo che la giuria può concedere un *award* a titolo di *punitive damage* "if but only if" e perciò soltanto quando la somma attribuita a titolo di *compensative damages* risulti inadeguata a soddisfare la pretesa dell'attore, a punire il colpevole e a raggiungere l'effetto di deterrenza<sup>75</sup>, occorre limitare l'ambito di applicazione dell'istituto ai soli casi, individuati nelle tre grandi categorie indicate nella sentenza, in cui i risarcimenti punitivi avrebbero potuto svolgere un ruolo utile.

La prima categoria riguarda le azioni oppressive, arbitrarie o incostituzionali poste in essere da autorità amministrative; la seconda concerne i casi nei quali l'autore del *tort* ricava dalla propria condotta illecita un vantaggio superiore a quanto avrebbe dovuto conferire al danneggiato a titolo di risarcimento compensativo; la terza ipotesi è relativa a tutte le fattispecie nelle quali gli indicati danni esemplari sono previsti negli Statuti e perciò autorizzati dalla legge.

Questa ultima previsione è di scarsa applicazione poiché pochissimi *statutes* prevedono i *punitive damages*<sup>76</sup>.

La limitazione alle sole tre categorie enunciate nella decisione *Rookes* fu ritenuta illogica e foriera di ingiustizia da parte di molti commentatori<sup>77</sup>, della *Law Commission*<sup>78</sup> e da una parte della giurisprudenza che, dopo aver affermato che i criteri enunciat da *Lord Devlin* penalizzavano la funzione deterrente<sup>79</sup>, in un caso di diffamazione a mezzo

---

<sup>75</sup> Per ampi riferimenti, cfr. WILCOX, *Punitive Damages in England*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspectives*, op. cit., pag. 7 e ss.

<sup>76</sup> Si ricordino, ad esempio, *Landlord and Tenant Act* del 1730, Section 1; *Distress for Rent Act* del 1737, Section 18; *Reserve and Auxiliary forces (Protection of Civil Interest) Act* del 1951, Section 13; *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988, Section 97.

Va peraltro ricordato che con lo *Human Rights Act* del 1998 (entrato in vigore nell'ottobre del 2000), costituente manifesto dei diritti dell'uomo da rispettare e tutelare, sono stati fissati importanti principi tra cui l'obbligo per gli ufficiali governativi di comportarsi in maniera compatibile con il summenzionato *Act*.

Ne deriva che qualsiasi comportamento degli ufficiali governativi contrario ai diritti dell'uomo espone al risarcimento a titolo di *punitive damages* a prescindere dalla tipologia di beni offesi.

<sup>77</sup> HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, Oxford, 2010, pag. 260; BURROWS, *Remedies for torts and breach of contract*, 3 ed., Oxford, 2004, 424 ss., secondo il quale l'attuale sistema organizzato sulle tre categorie «*lack satisfactory rationale in principle or policy*»; TETTENBORN, WILBY, BENNET, *The Law of Damages*, London, 2010, pag. 34 ove la posizione assunta dalla *House of Lords* in *Rookes* viene definita "hard to defend".

<sup>78</sup> LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, Consultation Paper No 132* (1993), 6 secondo cui le limitazioni all'accesso al rimedio del danno esemplare introdotte da *Rookes v. Barnard* cit., hanno reso la disciplina della materia "unprincipled and illogical"; la *Law Commission* nel *Report*, cit., 4, utilizza l'efficace espressione "artificially restricted" per riferirsi alle limitazioni che pongono ostacolo all'accesso al risarcimento esemplare nell'ordinamento inglese.

<sup>79</sup> KOZIOL – WILCOX, op. ult. cit., pag. 35; v. in particolare anche il caso *KD v. Chief Constable of Hampshire* [2005], EWHC, 2550.

stampa<sup>80</sup>, criticò apertamente la decisione per la sua “illogicità e incoerenza”, evidenziando, sotto il profilo operativo, che l’enunciato criterio distintivo tra *exemplary damages* e *aggravated damages*, seppur dal punto di vista teorico perfettamente delineato e comprensibile, risultava di difficile applicazione pratica; inoltre, sotto il profilo tecnico, affermò che l’*House of Lords* non aveva rispettato la *doctrine of precedent* con particolare riferimento a due casi decisi dalla medesima Corte<sup>81</sup> da cui non si sarebbe potuta discostare<sup>82</sup>.

La dura replica<sup>83</sup> della Suprema Corte inglese non si fece attendere molto.

Nel caso *Broome v. Cassell*<sup>84</sup> essa confutò l’argomento utilizzato dalla Corte di Appello secondo cui, anteriormente alla sentenza *Rookes*, esisteva una disciplina chiara e precisa degli *exemplary damages* che era stata immotivatamente limitata per l’adesione della Corte alla posizione espressa da *Lord Devlin* sulla separatezza tra diritto civile e penale. I giudici di maggioranza sostennero, al contrario, che prima di *Rookes* regnava una grande incertezza che si rifletteva anche sul piano terminologico nelle ipotesi di risarcimento “*at large*” nel quale, diversamente da quanto ritenuto in precedenza, rientrano non due, bensì tre voci tra loro nettamente distinte: la prima, di natura compensativa pura e semplice del danno subito dall’attore comprensivo di quello determinato nel suo ammontare (spese; mancato guadagno; eccetera) e di quello indeterminato come il danno alla persona, all’immagine e alla reputazione del soggetto in caso di diffamazione la cui liquidazione non può che essere equitativa; la seconda, anch’essa di natura compensativa, relativa al danno non patrimoniale subito dall’attore a causa della condotta oltraggiosa e sprezzante del convenuto (*aggravated damages*); la terza, di natura punitiva che, valutata la condotta particolarmente riprovevole del convenuto, fa valere un danno da comportamento anti-sociale di natura prettamente pubblicistica che si incanala, però, nei binari del diritto privato (*exemplary damages*).

---

<sup>80</sup> Si trattava del caso *Broome v. Cassell & Co Ltd (No.1)*, [1971] 2 QB, 354 deciso nel 1971 dalla Corte d’appello per l’Inghilterra e il Galles.

<sup>81</sup> Si trattava dei precedenti resi nei casi *Hulton & Co. v. Jones* [1910] A.C. 20, H.L.(E.) e *Ley v. Hamilton* (1935) 153 L.T. 384, H.L.(E.).

<sup>82</sup> Il *Practice statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234, [1966] 3 All E.R. 77 (H.L.E.), con il quale la *House of Lords* ha affermato il proprio potere di *overruling* nei confronti dei propri precedenti è successivo alla sentenza *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129.

<sup>83</sup> *Lord Reid* (componente del Collegio giudicante di *Rookes v. Barnard*) definì la gestione della causa da parte della *Court of Appeal* come un’aberrazione.

<sup>84</sup> *Broome v. Cassell & Co Ltd*, [1972] AC 1027. Nel ribadire che gli *exemplary damages* potessero essere ammessi nelle sole categorie precedentemente indicate da *Lord Devlin*, la *House of Lords* nella citata decisione sottolineava infatti che i risarcimenti esemplari “*confusing the function of the civil law, which is to compensate, with the function of the criminal law, which is to inflict deterrent and punitive penalties*” (così a pag. 1986 C-D). Per un commento della decisione v. JONES, *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, in *McGill Law Journal*, 1973, pag. 121 e ss.

Successivamente al caso *Rookes* la giurisprudenza inglese ha seguito due diversi orientamenti; il primo, di adesione alla citata decisione; il secondo, addirittura più restrittivo, adottato dalla *Court of Appeal* nel caso *AB v. South-West Water Services Ltd* del 1993<sup>85</sup> e dall'*Employment Appeal Tribunal* del 1993<sup>86</sup> secondo cui i *punitive damages* sono ammissibili soltanto quando il *tort*, comunque rientrante in una delle tre categorie sopra indicato, fosse già stato sanzionato con condanna punitiva anteriormente alla decisione del 1964.

La pronuncia *AB v. South-West Water Services* cit. suscitò numerose critiche e l'ulteriore restrizione temporale da essa imposta appariva illogica e ingiusta perché l'accesso al rimedio punitivo era condizionato al mero accidente storico che si fosse verificato, prima del 1964, un caso giurisprudenziale che avesse riguardato e concesso, per il particolare *tort* fatto valere, gli *exemplary damages*<sup>87</sup>. La stessa *Law Commission*, dopo due procedure di consultazione per una eventuale riforma delle *aggravated, exemplary* e *restitutionary damages*, pubblicò, nel 1997, un *report*<sup>88</sup> favorevole alla riespansione dei *punitive damages*<sup>89</sup>.

Le diffuse critiche sollevate alla decisione della Corte di Appello furono accolte dalla *House of Lords* che nel 2001, nel caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire*

---

<sup>85</sup> *AB v. South-West Water Services Ltd* [1993] QB 507. Nel caso esaminato, alcuni dipendenti della *South - West Water Services Ltd*. avevano accidentalmente immesso nelle condutture dell'acqua potabile alcune sostanze tossiche senza che la società, dolosamente, avesse avvisato gli utenti alcuni dei quali, a seguito dell'ingestione dell'acqua contaminata, avevano riportato danni alla salute. La Corte negò i danni esemplari osservando che il *tort* in esame, pur rientrando in una delle categorie indicate nella sentenza *Rookes*, concerneva una ipotesi di *public nuisance* a cui, prima del 1964, non erano mai stati applicati i danni punitivi per cui difettava la *cause of action*. Diffusamente, PARDOLESI, *Seminari di diritto privato*, op. cit., pag. 65 e ss.

<sup>86</sup> Si trattava di discriminazione razziale, in violazione del *Race Discrimination Act* del 1976 per cui non furono concessi i danni esemplari in quanto la legge era entrata in vigore dopo il 1964; diffusamente, URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi, un'inedita vocazione pubblica di un antico strumento?* in *Diritto Comparato Europeo* 2001, pag. 2015.

<sup>87</sup> Secondo ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 15 ed., London 1998, pag. 746, lo stato del diritto determinato da *AB v. South West Water Services*, cit., è "unfortunate" in quanto fondato su una base irrazionale quale quella che consegna la accessibilità del rimedio agli accidenti delle liti o addirittura della *law reporting*.

<sup>88</sup> Il *Report* con cui la *Law Commission* si è espressa nel 1997 nei confronti dell'istituto proponendone una riforma, è pubblicato su *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, (*Law Com Rep No. 247*) liberamente accessibile in [www.lawcom.gov.uk/project/aggravated-exemplary-and-restitutionary-damages/](http://www.lawcom.gov.uk/project/aggravated-exemplary-and-restitutionary-damages/). In esso si invita a utilizzare il danno esemplare nella sua "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". – Diffusamente, TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Bologna, 2015, pag. 93, il quale osserva che gli *exemplary damages* sono particolarmente utili nei casi in cui non sia possibile ottenere il risarcimento integrale del danno e possono essere utilizzati per supplire alla carenza di sanzioni penali e amministrative.

<sup>89</sup> Per ampi riferimenti, BENATTI, *Correggere e punire* cit., pag. 10 e ss.

*Constabulary*<sup>90</sup>, nello stabilire che i *punitive damages* possono essere concessi quando la condotta rientra in una delle ipotesi previste nella sentenza *Rookes*, indipendentemente da un precedente *ante* 1964<sup>91</sup>, ha riportato il diritto inglese in materia di danni esemplari allo stato in cui esso si trovava a seguito delle decisioni rese in *Rookes v. Barnard* e *Broome v. Cassell*.

Un illustre autore<sup>92</sup> ha descritto il cammino della *House of Lords* sulla questione del *cause of action* paragonandolo alla mitica traversata di Odisseo lungo lo stretto di Messina, tra Scilla e Cariddi; se in *AB v. South West Water Services*, la Corte aveva preferito passare vicino Scilla, legando le sorti dei danni esemplari alla catena degli accidenti storici, in *Kuddus*, ha, invece, scelto di affrontare Cariddi, consentendo che una dottrina anomala (quella dei danni esemplari) conquistasse nuovi territori: ognuna delle due rotte intraprese, conclude l'autore, è particolarmente ardua e, fuor di metafora, sarebbe necessaria una riforma in materia.

Per ottenere il risarcimento esemplare in Inghilterra è dunque necessario effettuare il cd. *category test* e perciò accertare se il caso rientra in una delle tre categorie individuate da *Lord Devlin*<sup>93</sup> considerando che la prima *oppressive, arbitrary or unconstitutional acts by government servants*<sup>94</sup> è integrata da una condotta che, posta in essere da chi possiede lo *status* di pubblico ufficiale (requisito soggettivo), nel caso concreto si presenti, alternativamente e non cumulativamente<sup>95</sup>, come oppressiva, arbitraria o incostituzionale (requisito oggettivo).

Superato il *category test*, il danneggiato è esentato dal fornire la prova del dolo del *government servant*.

In presenza di violazione di diritti fondamentali (*unconstitutional*) da parte di chi possiede lo *status* di pubblico ufficiale, compete al danneggiato il risarcimento punitivo, indipendentemente dalle modalità attraverso cui è posta in essere la condotta. Il *leading case* è rappresentato da *Holden v. Chief Constable of Lancashire*<sup>96</sup>, nel quale la *Court of Appeal* annullò il processo di primo grado e ne ordinò uno nuovo perché il giudice di

---

<sup>90</sup> *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* (2001) UKHL 29, (2002) AC 122.

<sup>91</sup> Diffusamente, MC KENDRICK *Punitive damages in Contract law: text, cases and materials*, Oxford, 2008, pag. 926-927; BENATTI, *op. ult. cit.*, pag. 11 e ss.

<sup>92</sup> HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, *op. cit.*, pag. 260 e ss.

<sup>93</sup> Poiché il giudice valuta i presupposti di diritto della domanda e il *category test* è questione di diritto, in caso di esito negativo del test, nei processi con giuria tra cui rientra quello per risarcimento dei danni punitivi, il giudice potrà sottrarre alla giuria la decisione.

<sup>94</sup> Per un elenco esemplificativo di condotte degli organi di polizia che integrano il requisito predetto, cfr. CLAYTON, TOMLINSON, *Police Actions: a practical guide*, Chichester, 1997, pag. 43.

<sup>95</sup> Cfr. *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, [1987] Q.B. 380, in particolare pag. 388.

<sup>96</sup> *Holden v. Chief Constable of Lancashire* cit.

primo grado aveva escluso che l'arresto illegale avvenuto senza violenza o diverso metodo oppressivo, per mero errore dell'agente di polizia, protrattosi per appena 20 minuti, fosse da ritenersi non *unconstitutional*. La Corte evidenziò che la mera incostituzionalità della condotta (arresto illegale contrario alla *Magna Charta*) fosse da sola sufficiente a farla rientrare all'interno della prima categoria enunciata da *Lord Devlin*.

Tuttavia, significativa appare l'opinione espressa dal giudice *Purchas* secondo cui se la mancanza di “*evidence of oppressive behaviour, or (...) malicious arrest, cruelty in the mode of arrest, insolence, assault or prolonged imprisonment*” non esclude il risarcimento punitivo, il difetto di tali circostanze potrebbe indurre il giudicante a rigettare la domanda.

In realtà, quest'ultima sembra essere la tendenza delle Corti<sup>97</sup> che negano gli *exemplary damages* in presenza di condotte di pubblici funzionari oggettivamente contrarie a diritti fondamentali, qualora poste in essere senza quelle caratteristiche di oltraggio e disprezzo nei confronti dei diritti dell'attore che storicamente individuano il risarcimento punitivo.

Allo stesso modo, non si fa luogo a condanne esemplari quando la violazione di un diritto di rango costituzionale venga effettuata attraverso un *tort* (come ad esempio l'abuso di potere) non azionabile *ex se* in difetto di un danno<sup>98</sup>.

Nella seconda categoria enunciata nella sentenza *Rookes* rientrano le ipotesi in cui il danneggiante pone volutamente in essere condotte dannose sulla base di un calcolo di convenienza<sup>99</sup>; è perfettamente consapevole che il profitto che ne ricaverà sarà

---

<sup>97</sup> Nel caso *Ministry of Defence v. Ms K Fletcher*, 2009 WL 3122429, l'*Employment Appeal Tribunal* ha accolto l'appello del Ministero e riformato la sentenza di primo grado che lo aveva condannato al risarcimento di danni punitivi in favore della sig.ra *Fletcher*, allora membro dell'esercito, che aveva lamentato una discriminazione sessuale sul luogo di lavoro a causa di inadempienze dell'esercito nell'approntare adeguati meccanismi e procedure di gestione della denuncia della soldatessa. In dottrina, TETTENBORN, WILBY, BENNET, *The Law of Damages*, cit., pag. 39 sostiene che semplici eccessi di potere o errori commessi in buona fede che abbiano inciso su diritti costituzionali non sono di per sé condotte incostituzionali.

<sup>98</sup> Nel caso *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and others*, [2006] 2 W.L.R. 807, la *House of Lords* ha ribaltato la decisione della Corte di Appello che, con riferimento alla violazione del segreto della corrispondenza intercorsa tra un detenuto e il proprio legale da parte delle guardie carcerarie, aveva riconosciuto al detenuto la somma di £. 5 a titolo di *nominal damages* e rimesso alla *County Court* di valutare se nell'indicata situazione potessero applicarsi i *punitive damages*. La Suprema Corte ha affermato che la mancanza di un *material damage*, inclusivo di ogni “*recognised psychiatric illness but not distress, injured feelings, indignation or annoyance*” sofferto dall'attore impediva il risarcimento punitivo, non essendo il *tort* di *misfeasance in public office* un *tort* *cd. actionable per se* senza fornire la prova di avere subito un danno.

<sup>99</sup> Trattandosi di illecito finalizzato a conseguire un maggior profitto è necessario che la condotta sia deliberatamente posta in essere o, almeno, che sia caratterizzata da “*recklessly*” e cioè da totale indifferenza degli interessi della controparte; non è perciò sufficiente la semplice negligenza; cfr. WILBY, BENNET, *The Law of Damages*, cit., pag. 41; THE LAW COMMISSION, *Report on Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, cit. pag. 56 e 69.

senz'altro maggiore degli eventuali danni compensativi che sarebbe costretto a risarcire qualora il danneggiato agisse nei suoi confronti in sede civile.

Trattandosi di illecito finalizzato a conseguire un maggior profitto è necessario, come prima condizione, che la condotta sia deliberatamente posta in essere e così, ad esempio, in materia di diffamazione a mezzo stampa, occorre dimostrare che l'autore era consapevole di pubblicare una notizia falsa non essendo sufficiente che la pubblicazione lesiva sia avvenuta per mera negligenza<sup>100</sup>. Qualora però l'attore non riesca a fornire una simile prova, può dimostrare che il danneggiante (es.: l'editore), pur sospettando della falsità della notizia, incurante degli interessi dell'altra parte (*recklessly*), deliberatamente non abbia svolto quei semplici e immediati accertamenti che avrebbero trasformato il sospetto in certezza<sup>101</sup>.

La seconda condizione è la prospettiva di realizzare un profitto<sup>102</sup> maggiore del danno compensativo di cui il danneggiante potrebbe essere chiamato a rispondere.

La giurisprudenza non richiede la prova che il convenuto abbia calcolato con precisione aritmetica costi e benefici ma, più semplicemente, la dimostrazione che la condotta illecita sia stata determinata da una concreta e attuale aspettativa di profitto; tuttavia, precisa, tale prova deve essere rigorosa e non può essere desunta dal mero svolgimento di un'attività che, come quella commerciale, sia normalmente finalizzata a produrre profitto<sup>103</sup>.

In presenza di entrambe le condizioni, attraverso lo strumento del risarcimento esemplare, l'ordinamento ribadisce che *tort does not pay*<sup>104</sup> e, con finalità di deterrenza, neutralizza le aspettative del convenuto.

---

<sup>100</sup> Cfr. WILBY, BENNET, *The Law of Damages*, cit., pag. 41.

<sup>101</sup> Caso *Elton John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586, p. 618: “*The jury must be satisfied that the publisher had no genuine belief in the truth of what he published. The publisher must have suspected that the words were untrue and have deliberately refrained from taking obvious steps which, if taken, would have turned suspicion into certainty*”; cfr. altresì LAW COMMISSION, *Report on Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, cit., pag. 56 e 69.

<sup>102</sup> Il profitto non è da intendersi soltanto come guadagno monetario, bensì come qualsiasi vantaggio materiale tra cui un risparmio di spesa. Nel caso *Elton John v. MNG* cit. l'aspettativa di profitto si basava sulle scarse probabilità che l'attore agisse in giudizio nei suoi confronti poiché in passato aveva dichiarato i propri abusi alimentari.

<sup>103</sup> *Broome v. Cassell*, [1972] A.C. 1027 cit.; *McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No. 2)* [1965] 2 Q.B. 86; *Broadway Approvals Ltd. V. Odhams Press Ltd. (No. 2)* [1965] 1 WLR 805; *John v. MNG* cit.

<sup>104</sup> La categoria è così definita da Lord Devlin nella sentenza *Rookes*: “*Cases in the second category are those in which the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff*”; “*Where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity (...) exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay*” così in *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, 1227; v. anche Lord Morris in *Broome v Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1094, “*The situation contemplated is where someone faces up to the possibility of hav-*



Il campo di applicazione di questa categoria riguarda le violazioni della disciplina *anti-trust*, interna e comunitaria<sup>105</sup>, l'abuso di posizione dominante<sup>106</sup> ma, soprattutto, la diffamazione a mezzo stampa caratterizzata da condanne a notevoli importi<sup>107</sup> per la quale sono stati fissati criteri precisi di liquidazione del danno, sia esso compensativo che punitivo.

Il *leading case* è *Elton John v. MNG*<sup>108</sup> nel quale il celebre cantante ottenne nel processo di primo grado il risarcimento esemplare di £. 275,000 in aggiunta a £. 75,000 in *aggravated damages* per il danno sofferto dalla pubblicazione sulla copertina del *Sunday Mirror* della falsa notizia di essere affetto da una forma di bulimia.

La disciplina della diffamazione a mezzo stampa<sup>109</sup> inglese differisce notevolmente da quella degli Stati Uniti<sup>110</sup> in punto di onere probatorio poiché in Inghilterra grava sul convenuto l'onere di provare la veridicità di quanto pubblicato; per converso, nell'ordinamento inglese, in caso di domanda di *exemplary damages*, l'attore è tenuto a dimostrare che la pubblicazione della notizia diffamatoria è stata effettuata nella previ-

---

*ing to pay damages for doing something which may be held to have been wrong but where nevertheless he deliberately carries out his plan because he thinks that it will work out satisfactorily for him*".

<sup>105</sup> Nel caso *Devenish Nutrition Ltd v. Sanofi-Aventis SA and others*, [2008] 2 W.L.R. 637 avente ad oggetto un cartello illecito tra imprese farmaceutiche avente rilevanza comunitaria e già sanzionato dalle Autorità europee, sul rilievo del *ne bis in idem* la Corte ha negato l'ammissibilità del risarcimento punitivo affermando, tuttavia, il principio secondo cui, in mancanza della condanna comunitaria, sarebbe stato ammissibile il risarcimento punitivo sebbene il *tort* azionato nella fattispecie riguardava la violazione di disposizione comunitaria (*breach of Community Law*): "as a result of the decision of the House of Lords in *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122, there is no longer a cause of action test for the award of exemplary damages. In other words the mere fact that a claim is brought under article 81 EC does not of itself rule out an award of exemplary damages", *Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA.*, p. 656. Con tale decisione sembra venire meno la preclusione dei *punitive damages* in caso di violazione del diritto comunitario posta dal caso *R v. Secretary of State ex parte Factortame Ltd*. (No. 5) [1998] All ER 736.

<sup>106</sup> Nel caso *Albion Water Limited v. D r Cymru Cyfyngedig*, [2010] CAT 30, in cui il risarcimento punitivo è stato negato per difetto degli elementi di calcolo del profitto illecito, il *Competition Appeal Tribunal* ha affermato che quando non sussiste alcuna interferenza con una decisione della Commissione Europea, il risarcimento esemplare è pienamente ammissibile. Nel caso *2 Travel Group Plc (In Liquidation) v. Cardiff City Transport Services Ltd*, [2012] CAT 19, sono state, per la prima volta, liquidate £ 60,000 per danno esemplare da violazione della sec. 40 del *Competition Act 1998* (abuso di posizione dominante). In dottrina VELJANOVSKI, *CAT awards triple damages, well not really: Cardiff Bus, and the dislocation between liability and damages for exclusionary abuse in follow-on damage actions*, *European Competition Law Review*, 2013, pag. 47 ss.

<sup>107</sup> Cfr., *ex multis*, casi *McCarey v. Associated Newspapers Ltd*. (No. 2) [1965] 2 Q.B. 86; *Manson v. Associated Newspapers* [1965] 1 W.L.R.; *Broadway Approvals Ltd. v. Odhams Press Ltd*. (No. 2) [1965] 1 WLR 805; *Broome v. Cassell*, [1972] A.C. 1027 cit.; *Maxwell v. Pressdram Ltd*. (No. 2) [1987] 1 WLR 298; *Riches v. News Group Newspapers Ltd*. [1986] QB 256; *Sutcliffe v. Pressdram Ltd*. [1991] 1 Q.B. 153.

<sup>108</sup> *John v. Mirror Group Newspapers Ltd*. cit.; HARRIS, CAMPBELL, NELSON, *Remedies in contract and tort*, Cambridge 2002, pag. 587, nt. 15 hanno osservato che si si trattava di un cifra pari a circa tre volte il massimo accordato per il danno non patrimoniale conseguente a tetraplegia. In appello le somme furono rispettivamente ridotte a 50.000 e 25.000 sterline.

<sup>109</sup> Per una sintesi del diritto inglese in materia di danni esemplari nell'ambito del *law of defamation* cfr. NEILL, RAMPTON, *Duncan & Neill on Defamation*, London 1983, 2 ed., pag. 136.

<sup>110</sup> *Infra*, par. 4.2.

sione che avrebbe fatto impennare le vendite del giornale e quindi la mala fede dell'autore della pubblicazione. Pertanto, le domande di *exemplary damages* per *libel* sono piuttosto rare in Inghilterra poiché gli attori (e gli avvocati) si accontentano dei risarcimenti compensativi (tra cui quello aggravato che viene percepito come avente valenza “quasi punitiva”).

Non va difatti taciuto che *a latere* dell'orientamento classico che riconosce agli *aggravated damages* carattere puramente compensativo, di ristoro del danno morale-psichico subito per effetto della condotta particolarmente oltraggiosa del danneggiante che aumenta l'offesa arrecata sotto il profilo del danno non patrimoniale<sup>111</sup> perché la lesione inflitta con disprezzo, umiliazione o persecuzione al danneggiato ha un *quid pluris* rispetto a quella, identica, inflitta con condotta colposa<sup>112</sup>, ne esiste altro<sup>113</sup> che assegna loro una connotazione, almeno in parte, punitiva in dipendenza del fatto che quando si valuta la condotta illecita e il suo grado di riprovevolezza è pressoché impossibile distinguere quando la valutazione sia usata per misurare la sofferenza arrecata al danneggiato da quando sia, invece, utilizzata come strumento volto a sanzionare direttamente la condotta, con finalità che, seppur non dichiarate, assumono valenza punitiva<sup>114</sup>.

La categoria in esame si applica frequentemente anche ai casi in cui il proprietario di immobili locati, per riacquistarne la disponibilità al fine di ottenere un vantaggio superiore a quello attuale, pone in essere condotte di turbativa, molestia o addirittura di spoglio nei confronti del conduttore (*unlawful eviction*).

Il *leading case* è *Drane v. Evangelou*<sup>115</sup> in cui, approfittando della temporanea assenza del conduttore, il locatore, condannato a 1.000 sterline a titolo di risarcimento punitivo, aveva forzato la serratura e, introdottosi nell'immobile locato, aveva buttato nel cortile

---

<sup>111</sup> Si tratta della ricostruzione di *Lord Devlin* condivisa dalla *Law Commission* nel *Report* su *Aggravated, Restitutionary and Exemplary damages* cit., nel quale vengono individuate nella protervia, nel carattere oltraggioso della condotta e nella sofferenza psichica (*mental distress*) del danneggiato conseguente alla percezione dell'altrui disprezzo le due condizioni di risarcimento “aggravato”.

<sup>112</sup> MURPHY, *The Nature and Domain of Aggravated Damages*, CLJ, 2010, pag. 355, cita l'esempio di HOLMES, *The Common Law*, New York 1991, 3, secondo cui «*even a dog can tell the difference between being stumbled over and being kicked*».

<sup>113</sup> CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997, pag. 114; ROBERTSON, *Constraints on Policy - Based Reasoning in Private Law*, in Robertson and W.H. Tang (a cura di), *The Goals of Private Law*, Oxford, 2009, 276; FELDTUSEN, *Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes*, 749-750, in *N.Z. L. Rev.*, 1998, 741.

<sup>114</sup> E' questa la *dissenting opinion* espressa da *Lord Wilberforce* nel caso *Broome v. Cassell* [1972] A.C. 1027, 1113 – 1116 cit. Vi è anche un diverso orientamento che assegna agli *aggravated damages* natura spiccatamente compensativa; questi danni risarciscono non una la sofferenza morale-psichica, bensì la lesione della dignità della persona che, non potendo essere misurata in alcun modo, può essere verificata soltanto accertando l'idoneità a lederla attraverso esame della condotta dell'autore dell'illecito. In tal senso, MURPHY, *The nature and domain of aggravated damages*, cit.

<sup>115</sup> *Drane v. Evangelou* [1978] 1 W.L.R. 455.

tutte le *res* dell'inquilino il quale, tornato a casa, aveva trovato l'appartamento occupato da terze persone.

Nel caso *McMillan v. Singh*<sup>116</sup> la Corte di Appello ha ritenuto che la morosità nel pagamento del canone non incide e non esclude perciò la condanna punitiva<sup>117</sup>.

L'indicata categoria è stata criticata nella parte in cui applica gli *exemplary damages* a chi agisce per avidità e non invece a chi, con condotta altrettanto riprovevole e sprezzante degli interessi altrui, agisca per malignità, desiderio di nuocere o per vendetta.

Secondo l'autorevole opinione del giudice *Lord Reid*, la disparità è giustificata da ragioni storiche e perciò dal fatto che precedenti vincolanti erano stati emessi soltanto per condotte animate da profitto e non di diverso tipo<sup>118</sup>; secondo *Lord Diplock*, invece, la finalità di politica del diritto perseguita è principalmente quella di prevenire l'arricchimento derivante da fatto illecito<sup>119</sup>.

La terza categoria indicata da *Lord Devlin* riguarda i casi in cui i danni punitivi sono espressamente previsti dalla legge.

Tra gli atti legislativi possono citarsi l'*Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act* 1951, sec. 13 (2)<sup>120</sup>, che ammette il risarcimento esemplare nei confronti di chi, prima di eseguire uno dei provvedimenti civili indicati nello stesso *Statute* nei confronti dei membri delle forze armate, omette di richiedere la preventiva autorizzazione alla Corte competente.

Anche il *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988 sec. 97 (2)<sup>121</sup> e 229(3)<sup>122</sup> comminano “*additional damages*” a chi viola diritti di proprietà intellettuale avuto riguardo alla gravità della violazione e ai benefici che essa ha apportato al suo autore.

---

<sup>116</sup> *McMillan v. Singh* (1985) 17 HLR 120.

<sup>117</sup> Nello stesso senso *Perry v. Scherchen* [2002] 1 P & CR DG 8.

<sup>118</sup> *Lord Reid* aveva fatto parte del Collegio che si pronunciò sul caso *Rookes*.

<sup>119</sup> *Lord Diplock*, aveva fatto parte del Collegio *Broome v. Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1129 cit.; nello stesso senso, MCGREGOR, *on Damages*, London 2003, pag. 381; in Italia, sul relativo problema, cfr. *amplius* SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959; TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, 1147 e ss., Milano, 1994.

<sup>120</sup> “*In any action for damages for conversion or other proceedings which lie by virtue of any such omission, failure or contravention, the court may take account of the conduct of the defendant with a view, if the court thinks fit, to awarding exemplary damages in respect of the wrong sustained by the plaintiff*”. Sembra, però, che l'espressione *exemplary damages* debba interpretarsi come “*aggravated damages*” secondo quanto affermato da *Lord Kilbrandon* in *Broome v. Cassell*, [1972] A.C. 1027, 1133 cit. poiché la citata disposizione è applicabile anche alla Scozia che non ammette condanne esemplari.

<sup>121</sup> “*The court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, and in particular to— (a) the flagrancy of the infringement, and (b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement, award such additional damages as the justice of the case may require*”.

<sup>122</sup> “*The court may in an action for infringement of design right, having regard to all the circumstances and in particular to— (a) the flagrancy of the infringement, and (b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement, award such additional damages as the justice of the case may require*”.

Con il *Crime and Courts Act* del 2013 contenente disposizioni in materia di risarcimento e spese di lite con riferimento alle controversie originate dalla pubblicazione di notizie giornalistiche<sup>123</sup> il legislatore inglese, abbandonato il *profit seeking behaviour*, ha svincolato l'area della diffamazione a mezzo stampa dalle strettoie della seconda categoria di coniata da *Lord Devlin* e ha ampliato le condotte suscettibili di dar luogo a risarcimento esemplare: tutte le condotte che con disprezzo, deliberato o frutto di totale indifferenza nei confronti dei diritti del danneggiato, risultino oltraggiose, sono passibili di punizione in sede civile.

A bilanciamento di tale apertura, ha incentivato gli editori a costituire e ad aderire a organismi di regolazione escludendo, per chi aderisce agli indicati organismi, l'applicabilità di danni punitivi in caso di accertata responsabilità, con salvezza delle sole ipotesi tassativamente previste<sup>124</sup>.

Il legislatore inglese ha stabilito, alla sez. 36 del citato *Act*, gli elementi in base ai quali liquidare il danno<sup>125</sup> e previsto che, in caso di pluralità di danneggiati, il risarcimento accordato non deve essere eccessivamente punitivo per il convenuto il quale, per la medesima condotta, non potrà più essere condannato a titolo di *punitive damages* in futuri giudizi proposti da altri danneggiati; quando, invece, danneggiati siano una pluralità di soggetti che in concorso abbiano posto in essere la condotta illecita, ciascuno dovrà rispondere, per i danni punitivi, limitatamente al proprio apporto da commisurare al grado di riprovevolezza delle rispettive condotte personali. Tuttavia, poiché l'ordinamento inglese accoglie la regola della responsabilità solidale tra i coautori, il danneggiato potrà agire e chiedere i risarcimenti punitivi anche nei confronti di uno soltanto dei danneggiati (normalmente il più solvibile) il quale avrà azione di regresso nei confronti dei coobbligati in solido secondo le regole dettate in materia dal *Civil Liability (Contribution) Act 1978*<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> La *Section 17* è entrata in vigore nell'aprile 2014 ed ha istituito un'unica *County Court* con giurisdizione civile sull'intero territorio inglese e del Galles esercitata tramite centri giudiziari costituiti sull'intero territorio.

<sup>124</sup> E' necessario: (a) che la condotta del convenuto manifesti un deliberato o sprezzante disinteresse per i diritti dell'attore tale da caratterizzarsi come oltraggiosa; (b) che la condotta sia meritevole di punizione per le sue caratteristiche; (c) che gli altri rimedi disponibili risultino inadeguati a punire adeguatamente la condotta di parte convenuta.

<sup>125</sup> Il risarcimento deve essere pari al minimo necessario a punire il convenuto e proporzionato alla gravità della condotta; nel determinarne l'ammontare, la Corte deve considerare sia le perdite che la pubblicazione ha arrecato o intendesse arrecare al danneggiato che i guadagni ottenuti dal danneggiante o da questi previsti.

<sup>126</sup> ROGERS, *Multiple Tortfeasors under English Law*, in AA. VV. *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, Rogers (a cura di), *Kluwer Law International*, 2004, 65 ss.

Per ottenere il risarcimento esemplare non è sufficiente che il *tort* rientri nelle tre categorie delineate da *Lord Devlin* dovendo, nel contempo, difettare cause che potrebbero essere definite di esclusione tra cui il già citato "if but only if test" e il divieto di *bis in idem* quando la medesima condotta abbia rilevanza anche penale che costituisce elemento rilevante nel giudizio discrezionale sull'*an* del risarcimento punitivo<sup>127</sup>.

Il rimedio non è azionabile nei casi di condotta illecita che viola l'*Human Rights Act* del 1998 (con cui sono stati recepiti i principi e diritti della CEDU) poichè, secondo la giurisprudenza inglese<sup>128</sup>, le indicate violazioni sono oggetto di un diverso ed autonomo sistema di tutela presidiato da un particolare apparato rimediabile ed amministrato da una apposita Corte di giustizia (EDU) i cui *dicta* il giudice interno è obbligato a rispettare. Poiché il risarcimento esemplare non fa parte dei rimedi utilizzati dalla Corte europea, non può essere accordato neppure a livello interno per le violazioni dello *Human Rights Act*; in caso contrario, si creerebbe, difatti, una odiosa disparità di trattamento.

I danni esemplari non sono applicabili all'inadempimento contrattuale (*breach of contract*).

Il *leading case* inglese in materia risale al 1909 ed è *Addis v. Gramophone Co Ltd*<sup>129</sup>, nel quale fu negato il risarcimento punitivo per un licenziamento effettuato con modalità umilianti e il citato indirizzo è stato successivamente confermato<sup>130</sup> e mai posto in discussione.

Più di recente, nel caso *Blake* del 2001<sup>131</sup>, la *House of Lords* ha riconosciuto al *breach of contract* l'idoneità a costituire il presupposto della retroversione del profitto (*account*

---

<sup>127</sup> Cfr. MC GREGOR *on Damages*, cit., 389 ss.; WILBY, BENNETT, *The Law of Damages*, cit., 43. Nel caso *Archer v. Brown* [1985] Q.B. 401, la *Queen's Bench Division* considerò la condanna a pena detentiva già inflitta al convenuto come assolutamente preclusiva del risarcimento esemplare in sede civile; in quello *A.B. and Others v. South West Water Services Ltd.* [1993] Q.B. 507 cit., si affermò che la circostanza che la Società convenuta fosse già stata condannata in sede penale costituiva fattore particolarmente rilevante nella valutazione del giudice.

<sup>128</sup> Caso *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and others* [2006] 2 W.L.R. 807, concernente la violazione del diritto del detenuto alla segretezza della corrispondenza con il proprio legale, protetto dagli artt. 6 e 8 della Cedu; caso *Mosley v. News Group Newspapers Limited* 2008 WL 2872466.

<sup>129</sup> *Addis v. Gramophone Co Ltd* [1909] AC 488 (HL).

<sup>130</sup> *Perera v. Vandiyar* [1953] 1 WLR 672; *Kenny v. Preen* [1963] 1 QB 499; *McMillan v. Singh* (1985) 17 HLR 120.

<sup>131</sup> *George Blake*, agente dei servizi segreti britannici, aveva rivelato informazioni segrete alla Russia e, condannato nel 1961 a 42 anni di carcere, era fuggito in Russia. Nel 1989 pubblica una sua autobiografia e diverse informazioni apprese quando era agente presso i servizi segreti inglesi. Il Governo inglese agisce allora per ottenere la retroversione a proprio favore delle *royalties* legate alla pubblicazione del libro. Trattandosi però di pubblicazione di notizie non più coperte da segreto, stante l'impossibilità di accogliere la domanda violazione di un dovere fiduciario di *Blake* nei confronti della Corona, su suggerimento della *Court of Appeal*, l'*Attorney General* modificò la *causa petendi* da violazione del dovere fiduciario a *breach* di accordo di non divulgazione senza previo consenso della Corona di qualsiasi informazione appresa nel corso del servizio che *Blake* aveva firmato all'atto dell'assunzione dell'incarico. Tale linea consentì alla Corona di vincere innanzi alla *House of Lords* e alla Corte di sancire

*of profits*) ottenuto dal convenuto a causa del proprio inadempimento che nel sistema inglese non costituisce un rimedio a carattere generale essendo tradizionalmente legato al diritto di *equity*; la novità consiste nell'applicazione di un rimedio che svolge notevole funzione deterrente agli illeciti di *common law* (*torts* e, nel caso di specie, ad un caso di *breach of contract*). L'apertura della giurisprudenza verso il rimedio citato potrebbe eventualmente preludere all'estensione del risarcimento esemplare anche nei confronti del *breach of contract*.

Notevole importanza assumono i criteri di determinazione del *quantum* il cui difetto alimenta negativi fenomeni di risarcimenti sproporzionati e di sovradeterrenza.

Come negli Stati Uniti<sup>132</sup>, anche in Inghilterra la critica ai risarcimenti imprevedibili e incontrollabili è stata appuntata nei confronti delle giurie<sup>133</sup>.

Diversamente dagli USA, nel Regno Unito è intervenuto il legislatore che, nel 1990<sup>134</sup>, ha attribuito al giudice di appello lo specifico potere di modificare il *quantum* liquidato dalla giuria e, nel 2013, con il *Defamation Act* entrato in vigore l'1 gennaio 2014<sup>135</sup>, ha espunto dal testo della sez. 69 del *Senior Courts Act* 1981 il riferimento ai *torts* di *libel* e *slander* ed eliminato, così, per le cause di diffamazione, la presunzione legislativa in favore del *trial by jury*, costituente diritto perfetto di ciascuna parte a che il processo venga celebrato in presenza della giuria nei casi di *torts* di *libel*, *slander*, *malicious prosecution*, *false imprisonment* o di frode nei confronti del convenuto a cui si accompagna spesso la richiesta di danni esemplari<sup>136</sup>. Pertanto l'esistenza della giuria nel processo

---

l'ammissibilità dell'*account of profits* quale rimedio per quegli illeciti contrattuali che siano perpetrati in circostanze eccezionali, nelle quali i normali rimedi del risarcimento del danno sono inadeguati. Resta da definire il concetto di "circostanze eccezionali" che nel caso di specie appaiono straordinarie e difficilmente ripetibili. Al medesimo risultato si sarebbe pervenuti utilizzando lo strumento del danno esemplare; trattasi, difatti, di condotta del convenuto di alta potenziale lesività nei confronti di interessi collettivi. Sul caso in questione, cfr. SERIO, *Il ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pag. 511 ss., in particolare pag. 516 – 518.

<sup>132</sup> *Infra*, par. 4.2.4.

<sup>133</sup> Cfr. LAW COMMISSION, *Report*, cit., 72; DEAKIN, JOHNSTON, MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Law of torts*, cit., 806 ss., con particolare riferimento al settore della diffamazione a mezzo stampa. Invece, nel settore delle *wrongful evictions*, affidato a giudici togati, i risarcimenti raggiungano somme abbastanza modeste.

<sup>134</sup> *Courts and Legal Services Act* 1990, Sez. 8(2): "Rules of court may provide for the Court of Appeal, in such classes of case as may be specified in the rules, to have power, in place of ordering a new trial, to substitute for the sum awarded by the jury such sum as appears to the court to be proper" in attuazione del quale la r. 52.10 (3), CPR 1998, stabilisce: "In an appeal from a claim tried with a jury the Court of Appeal may, instead of ordering a new trial, (a) make an order for damages (GL) or (b) vary an award of damages made by the jury".

<sup>135</sup> Per un più adeguato bilanciamento tra la tutela dell'onore e della reputazione e la libertà di espressione, la legge del 2013 ha introdotto alcune cause di non punibilità (esimente dell'interesse pubblico alla notizia, purché riportata in modo responsabile; esimente della veridicità e correttezza delle notizie e dei commenti riportati ("*truth and honest opinion*") prevedendo, nel contempo, l'onere per la parte lesa di provare l'effettivo pregiudizio subito ("*serious harm*") in conseguenza delle dichiarazioni diffamatorie.

<sup>136</sup> Previsione originaria della *Section 69* del *Senior Courts Act* (1981).

civile inglese, diversamente dagli USA, è confinata alle citate ipotesi (frode, *malicious prosecution* e *false imprisonment*) essendo in tutti gli altri rimessa ad una scelta discrezionale del giudice.

Dalla fine del secolo scorso, le Corti d'Appello sono intervenute sui verdetti delle giurie<sup>137</sup> e hanno offerto ai giurati delle linee guida e raccomandazioni per giungere a liquidazioni uniformi e prevedibili sottolineando dapprima, in termini generici, che in caso di liquidazione di risarcimenti punitivi, la relativa misura deve costituire il minimo necessario a manifestare la disapprovazione nei confronti della condotta e, successivamente<sup>138</sup>, hanno suggerito vere e proprie indicazioni<sup>139</sup>, suscettibili di rivalutazione<sup>140</sup>.

Per quanto concerne, invece, le controversie internazionali private il legislatore non ha previsto il riconoscimento delle sentenze straniere di condanna a danni punitivi e, con il *Protection of Interest Trading Act* del 1980<sup>141</sup>, si è espressamente sancito che cit-

---

<sup>137</sup> BENATTI, *op. ult. cit.*, pag. 16 e ss. Nel caso *Goswell v. Commissioner of Police for Metropolis* il danno riconosciuto dalla giuria in 170.000 sterline è stato ridotto a 15.000; in quello *Watson v. Chief Constable of Cleveland Police* è stata operata la riduzione da 16.000 a 9.000 sterline.

<sup>138</sup> Caso *Thompson v Commissioner of Police of the Metropolis and Hsu v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] Q.B. 498, 515 – 516

<sup>139</sup> a) se il caso concreto appare richiedere lo strumento del risarcimento esemplare è difficile che la somma che venga in mente ai giurati sia inferiore a sterline 5000: in caso contrario la giuria dovrebbe riflettere sulla reale esigenza di ricorrere al rimedio in parola nel caso concreto; b) un risarcimento di 25.000 sterline potrà essere accordato solo per condotte che si caratterizzino per la loro particolare odiosità che le renda particolarmente meritevoli di punizione; c) infine, un risarcimento di 50.000 sterline dovrebbe essere considerato come il tetto massimo raggiungibile, per offese che coinvolgano direttamente funzionari che rivestano un rango elevato nelle gerarchie delle forze di pubblica sicurezza.

<sup>140</sup> Nel caso *Rowlands v. Chief Constable of Merseyside Police* [2006] EWCA Civ 1773, fu ritenuto che l'ammontare minimo di £ 5,000 andasse innalzato a £ 6,000.

<sup>141</sup> *6 Recovery of awards of multiple damages.*

(1) *This section applies where a court of an overseas country has given a judgment for multiple damages within the meaning of section 5(3) above against (a) a citizen of the United Kingdom and Colonies; or (b) a body corporate incorporated in the United Kingdom or in a territory outside the United Kingdom for whose international relations Her Majesty's Government in the United Kingdom are responsible; or (c) a person carrying on business in the United Kingdom, (in this section referred to as a "qualifying defendant") and an amount on account of the damages has been paid by the qualifying defendant either to the party in whose favour the judgment was given or to another party who is entitled as against the qualifying defendant to contribution in respect of the damages.*

(2) *Subject to subsections (3) and (4) below, the qualifying defendant shall be entitled to recover from the party in whose favour the judgment was given so much of the amount referred to in subsection (1) above as exceeds the part attributable to compensation; and that part shall be taken to be such part of the amount as bears to the whole of it the same proportion as the sum assessed by the court that gave the judgment as compensation for the loss or damage sustained by that party bears to the whole of the damages awarded to that party.*

(3) *Subsection (2) above does not apply where the qualifying defendant is an individual who was ordinarily resident in the overseas country at the time when the proceedings in which the judgment was given were instituted or a body corporate which had its principal place of business there at that time.*

(4) *Subsection (2) above does not apply where the qualifying defendant carried on business in the overseas country and the proceedings in which the judgment was given were concerned with activities exclusively carried on in that country.*

(5) *A court in the United Kingdom may entertain proceedings on a claim under this section notwithstanding that the person against whom the proceedings are brought is not within the jurisdiction of the court.*

(6) *The reference in subsection (1) above to an amount paid by the qualifying defendant includes a reference to an amount obtained by execution against his property or against the property of a company which*

tadini inglesi e società operanti in Gran Bretagna possano recuperare, innanzi alle corti inglesi, quanto pagato all'estero in esecuzione di una sentenza straniera di condanna a danni multipli<sup>142</sup>.

Secondo la dottrina, la ragione della “chiusura” in questo settore è da ricercare nella natura penale di simili sentenze e nel fatto che l'attore, specie con riferimento alla disciplina *antitrust* americana che prevede ipotesi di condanna a danni multipli (*treble damages*<sup>143</sup>), non si presenta come un cittadino privato, bensì come un pubblico ministero privato (*Private Attorney General*). In linea di principio, dunque, ove la condanna punitiva sia domandata da un privato per perseguire interessi propri (e non anche collettivi) nell'ambito di un processo civile e venga ad esso destinata (e non allo Stato), non dovrebbero sussistere ostacoli nel riconoscimento della sentenza straniera contenente un capo di condanna al risarcimento punitivo<sup>144</sup>.

In definitiva, per effetto della sentenza *Kuddus*, in Inghilterra si assiste ad un progressivo ampliamento delle fattispecie di *torts* sanzionabili con danni punitivi; per converso, sotto il fronte della liquidazione e in dipendenza della decisione *Thompson*, la tendenza è di contenerne la misura in modo da renderli maggiormente prevedibili. Nel sistema inglese, come ricordato, non possono essere attribuiti *punitive damages* per inadempimento contrattuale in forza dei principi sanciti nel caso *Rookes v. Barnard*. Difatti, in ta-

---

*(directly or indirectly) is wholly owned by him; and references in that subsection and subsection (2) above to the party in whose favour the judgment was given or to a party entitled to contribution include references to any person in whom the rights of any such party have become vested by succession or assignment or otherwise.*

*(7) This section shall, with the necessary modifications, apply also in relation to any order which is made by a tribunal or authority of an overseas country and would, if that tribunal or authority were a court, be a judgment for multiple damages within the meaning of section 5(3) above.*

*(8) This section does not apply to any judgment given or order made before the passing of this Act.*

<sup>142</sup> SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, pag. 874 e ss.

<sup>143</sup> La *treble damages action* è una disciplina premiale che permette a chi promuove azione di danni contro illeciti *antitrust* di ottenere la liquidazione di ammontare triplo rispetto a quello di cui ha fornito la prova; così CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. III, Milano 2007, pag. 368.

<sup>144</sup> TOCCI, *il danno punitivo cit.*, pag. 94-95; BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, pag. 489 e ss. in *Eur. dir. priv.*, pag. 1999. Osserva di recente MILLS, *Recognition of Punitive Damages in the United Kingdom*, in *Punitive Damages and European Private International Law* a cura di Bariatti, Crespi e Fumagalli 2018 (in corso di pubblicazione) reperibile in <https://ssrn.com/abstract=3293823>, 9 ss. che non è possibile dare soluzioni certe al citato profilo problematico perché la giurisprudenza inglese non ha avuto modo di affrontare la questione specificamente. Se certamente il legislatore ha escluso la riconoscibilità delle condanne multiple, fuori da tali ipotesi probabilmente le sentenze straniere contenenti condanne ai *punitive damages* dovrebbero essere riconosciute nel Regno Unito (tranne in Scozia) in presenza di fattispecie assimilabili a quelle nelle quali è possibile concedere gli *exemplary damages* e, in ogni caso, entro i limiti del principio di proporzionalità. Secondo l'autore, infatti, probabilmente anche fuori dalle categorie enucleate dalla sentenza *Rookes cit.* non sussisterebbero difficoltà nel riconoscere, nell'ambito delle controversie internazionalprivatistiche, i *punitive damages* poiché la sentenza straniera non contrasterebbe per ciò solo con i principi di ordine pubblico. Il contrasto sussisterebbe, invece, ove tale condanna fosse manifestamente sproporzionata.



li fattispecie si realizza soltanto un danno economico e non “*non pecuniary*” per il quale sono previsti gli *exemplary damages*. La conclusione trova conferma nella circostanza che il contratto solitamente è una vicenda privata che interessa due o più parti e, pertanto, l’illecito contrattuale è un comportamento indirizzato esclusivamente verso il singolo e non coinvolge anche l’interesse pubblico, come al contrario avviene quando si commette un illecito extracontrattuale.

La disciplina dei danni punitivi inglese, priva degli “eccessi” statunitensi, può costituire il punto di riferimento per gli osservatori e legislatori continentali che intendessero assegnare alla responsabilità civile anche una funzione sanzionatoria e preventiva<sup>145</sup>.

Diversa è la situazione negli altri paesi dell’area di *common law* che non hanno aderito all’impianto della sentenza *Rookes* sulla tassatività dei casi in cui può essere disposta la condanna a *punitive damages*<sup>146</sup>.

Tra questi paesi vi è la Nuova Zelanda il cui sistema, perfettamente identico a quello inglese sino al 1964, ha seguito una diversa strada.

Nel 1974, con l’*Accident Compensation Act*, è stata abolita l’azione per *personal injury* e istituito un fondo statale finalizzato a risarcire i relativi danni. Pertanto, inammissibili per le ipotesi di inadempimento contrattuale, dal 1974 in poi danni punitivi hanno trovata limitata applicazione estesa in particolare ai casi di *non personal injury* e quindi alla diffamazione e ai danni alla proprietà.

Tuttavia, per mancanza di fondi e per abusi, l’*Accident Compensation Act* è entrato in crisi e ciò ha determinato una situazione di problematica sottocompensazione.

Nel 1982, nel caso *Donselaar v. Donselaar* la Corte di Appello ha chiarito che, in materia di ingiuria, l’*Act* impedisce il risarcimento del danno compensativo, ma non di quello punitivo tutte le volte in cui l’offesa sia arrecata con modalità tali da meritare una punizione, rimarcando, attraverso tale inciso, la funzione punitiva che quell’ordinamento assegna all’istituto, diversa da quello inglese dove i danni servono “*to punish and to de-*

---

<sup>145</sup> PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, op. cit., pag. 129 e ss. Di atteggiamento cauto delle Corti inglesi discorre recentemente MILLS, *Recognition of Punitive Damages in the United Kingdom*, in *Punitive Damages and European Private International Law* a cura di Bariatti, Crespi e Fumagalli 2018 (in corso di pubblicazione), reperibile in <https://ssrn.com/abstract=3293823>, a pag. 8 il quale ricorda che nel caso *Watkins v. Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 17, Lord Bingham ha espressamente affermato che “*the policy of the law is not in general to encourage the award of exemplary damages*” (così a pag. 26). Lo stesso autore cita recenti studi secondo cui i *punitive damages* vengono concessi in circa il 40% dei processi in cui vengono richiesti e che, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, non sono comunemente riconosciuti in caso di diffamazione.

<sup>146</sup> Se ne tracciano in sintesi i profili distintivi. Diffusamente, sul punto, BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit., pag. 18 e ss.

ter»<sup>147</sup>.

Tuttavia, in Neozelanda l'ammontare dei *punitive damages* è più esiguo rispetto a quello degli altri paesi di *common law* sia perché la quantificazione è di regola rimessa al giudice e non alla giuria, sia poiché si ritiene che la funzione punitiva possa ritenersi raggiunta anche con sanzioni di limitato importo<sup>148</sup>.

Anche l'Australia conosce i *punitive damages*; li ammette per numerose fattispecie di *torts* e, come la Nuova Zelanda, non ha aderito alle limitazioni della sentenza *Rookes*.

Nella decisione *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd* [1967] ALR 25, l'Alta Corte australiana afferma che non vi sono ragioni per accettare i limiti posti dalla *House of Lords* ai danni punitivi che restano sempre ammissibili, tra gli altri, in ipotesi di *assault, battery, trespass to land, to good, conversion, defamation actions oh the case, false imprisonment*. La giurisprudenza australiana, come quella inglese, non ammette i danni punitivi in ipotesi di inadempimento contrattuale<sup>149</sup> e condivide la regola inglese secondo cui, in presenza di *torts*, possono essere accordati soltanto quando (*if but only if*) quelli compensativi risultano insufficienti a punire e ad esprimere la riprovazione della corte per l'illecito<sup>150</sup> a condizione, però, che per lo stesso fatto, non sia intervenuta una condanna penale<sup>151</sup>.

Tuttavia, diversamente dall'ordinamento inglese, in Australia la misura dei danni punitivi non è proporzionata al danno compensativo ed è determinata in funzione del patrimonio del danneggiante in modo da assicurarne la giustizia e la ragionevolezza<sup>152</sup>, previa verifica della gravità della condotta dell'offensore ed in misura tale da non assicurare un eccessivo arricchimento dell'attore (*windfall*).

Da ciò discende che sebbene riconosciuti in numerose *torts actions*, la loro misura è abbastanza modesta.

Quando sono accordati per importi "ingiusti" per eccesso o per difetto, possono essere ridotti o aumentati<sup>153</sup>.

Il Canada non ha aderito alla sentenza *Rookes* anche se i suoi limiti hanno ricevuto di-

---

<sup>147</sup> *Donselaar v. Donselaar* [1982] 1 NZRL 97.

<sup>148</sup> Caso *Ellison v. L.*, [1998], 1, NZLR 416.

<sup>149</sup> Nella sentenza *Flaming Park Pty Ltd v. Dolly Creation Pty Ltd* [1986], FCA 80 non è stata esclusa, in linea teorica, la possibilità di ammettere i danni punitivi in caso di inadempimento contrattuale ma nella prassi ciò non si è mai verificato.

<sup>150</sup> Caso *Backwell v. A.A.A.*, 1 V.R., [1997], 182.

<sup>151</sup> Nella sentenza *Watts v. Leitch* [1973] T. St. R 16, la Corte Suprema di Tasmania ha affermato che non si può punire due volte per lo stesso fatto.

<sup>152</sup> Sentenza sul caso *Pollack v. Volpato* [1973], 1 N.S.W.R., 653. V. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., pag. 49.

<sup>153</sup> Per una riduzione, cfr. caso *XL Petroleum (NSW) Pty Ltd v. Caltex Oil Pty Ltd* [1985] HCA 12; per l'aumento, il caso *Sanders v. Snell* del 1997 [1998], HCA 64.

versi apprezzamenti<sup>154</sup>; come nell'ordinamento inglese, anche in quello canadese si differenziano gli *aggravated damages* dai *punitive damages*<sup>155</sup> da concedere, questi ultimi, soltanto quando risultano l'unico modo per perseguire uno scopo deterrente e punitivo<sup>156</sup>.

Diversamente dall'Inghilterra, in Canada i *punitive damages* sono molto diffusi e si stanno progressivamente estendendo anche all'inadempimento contrattuale<sup>157</sup>, al punto che il *Quebec*, paese di *civil law*, li ha espressamente previsti (cfr. art. 1621 del *code civil*).

---

<sup>154</sup> Caso *Mac Donald v. Hees*, 46 D.L.R. (3d) 729 NSSC.

<sup>155</sup> *Justice Robins in Walker v. CFTO Ltd.* [1987] 19 OAC, 10 (CA) citato da CHAPMAN - TREBILCOCK *Punitive damages; divergence in search of a rationale*, in 40 *Ala. Law Rew.*, pag. 741, 751 (1989) definisce i danni punitivi come “*non compensatory ...*” mentre gli *aggravated damages* come “*compensatory ...*”.

<sup>156</sup> *Hill v. Church of Scientology* [1995], 2 SCR 1130.

<sup>157</sup> ANDREWS, *Lex Punit Mendacium: punitive damages and Bhasin v Hrynew*, in *Western Journal of Legal Studies*, 2017, 7, pag. 1.

## 4.2 L'esperienza statunitense

### 4.2.1 La competenza statale e quella federale: la poliedricità dei *punitive damages*

Il sistema statunitense della responsabilità civile è regolato dall'*American Tort Law* che è *State Law* nel senso che la disciplina della *tort law* appartiene inderogabilmente alla *common law* statale e non è posta dal legislatore federale il quale interviene soltanto occasionalmente<sup>158</sup>. In tali casi, il problema di coordinamento è risolto con la regola della *preemption* che indica la prevalenza della legge federale su quella dei singoli Stati<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> L'art. 1, Sezione 8, della Costituzione federale statunitense elenca le materie di competenza del Congresso e il successivo X Emendamento (del 1791) – secondo cui “*I poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai rispettivi Stati, o al popolo*” – prevede il principio per il quale tutti i poteri non attribuiti al Congresso spettano agli Stati federali, fermi i limiti di cui alla Sezione 10 del medesimo art. 1 Cost. USA (ad esempio gli Stati federali non possono battere moneta, stipulare trattati, emettere titoli di credito e così via).

Ne consegue che la competenza legislativa federale sussiste nei soli casi indicati dalla costituzione e in tutte le altre materie, fermi i ricordati limiti costituzionali, sussiste il potere legislativo residuale degli Stati (così ad esempio, in attuazione della menzionata regola della generale competenza legislativa statale e della eccezionale competenza federale, i principali settori del diritto privato – come la responsabilità civile, i contratti, il diritto societario, il diritto di famiglia e il diritto delle successioni – rimangono regolati dalla *common law* delle corti statali e dalla legislazione dei singoli Stati federali).

Accanto ai cd. *enumerated powers*, ossia ai poteri espressamente attribuiti alla competenza del Congresso di cui al menzionato art. 1, sez. 8, cost. USA cit., la Corte Suprema Federale, a partire dal caso *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316, 1819, considerato che la clausola di chiusura contenuta al comma 18, sezione 8, dell'art. 1 cost. USA cit. dispone che il Congresso può “*fare tutte le leggi necessarie e idonee per l'esercizio dei poteri...*” – cd. *necessary and proper clause* –, ha riconosciuto al legislatore federale il potere di adottare tutte le leggi strumentali all'esercizio dei poteri precedentemente elencati cd. *implied powers*.

In virtù del paragrafo 3 della sez. 8 dell'art. 1 cit. – che assegna al Congresso anche la competenza legislativa riguardo alla “*regolamentazione del commercio con gli Stati stranieri e tra gli Stati membri e con le tribù indiane*” cd. *commerce clause*, il Congresso può poi intervenire a disciplinare quelle materie che abbiano una influenza “sostanziale” sul commercio interstatale v., ad esempio, casi *Lopez v. United States* 514, U.S. 549 (1995) e *United States v. Morrison*, 529, U. S. 598 (2000). In tal modo, mediante l'interpretazione estensiva delle citate *necessary and proper clause* e della *interstate commerce clause*, la Corte Suprema Federale ha finito per ampliare nel tempo le competenze legislative del legislatore federale a scapito di quelle degli Stati federati così VARANO – BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, op. cit., pag. 345.

Tuttavia, anche nelle materie di competenza del Congresso, il potere legislativo degli Stati non è totalmente escluso; certamente gli Stati non possono introdurre una normativa contrastante con quella federale, ma in via residuale e concorrente, possono adottare una legislazione integrativa di quella nazionale. Pertanto se, per un verso, il diritto federale interviene solo in settori delimitati, per altro verso, prevale su quello statale; infatti, in caso di conflitto tra diritto statale e diritto federale prevale quest'ultimo in virtù della cd. *supremacy clause* di cui all'art. 6 della costituzione USA secondo cui “*la presente Costituzione e le leggi degli Stati Uniti che verranno emanate in conseguenza di essa, e tutti i trattati conclusi, o che si concluderanno, sotto l'autorità degli Stati Uniti, costituiranno la legge suprema del Paese; e i giudici di ogni Stato saranno tenuti a conformarsi ad essi, quali che possano essere le disposizioni in contrario nella Costituzione o nella legislazione di qualsiasi singolo Stato*”. v. VARANO – BARSOTTI, op. cit., pag. 353. V. anche PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il grande freddo dei danni punitivi* in *Foro it.*, 2000, IV, col. 450.

<sup>159</sup> O'REILLY, *Federal Preemption of State and Local Law: Legislation, Regulation and Litigation*, Chicago, 2006; PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna 1992, a pag. 197 evidenzia che “*nel contrasto tra la disciplina federale, che rivela un disegno ambizioso e organico, tendente a introdurre una legislazione sempre più uniforme, e la legislazione dei singoli Stati in materia di responsabilità extracontrattuale, deve prevalere la prima*”.

ai sensi dell'art. VI, sez. II della *United States Constitution*<sup>160</sup>.

Negli Stati Uniti, ai *compensatory damages* aventi funzione risarcitoria dei danni patrimoniali e non patrimoniali<sup>161</sup>, si contrappongono i *non compensatory damages*, aventi finalità punitivo – deterrenti<sup>162</sup>.

La disciplina dei *punitive damages* varia profondamente a seconda dello Stato di volta in volta considerato sotto diversi profili: funzione, ammissibilità del rimedio, presupposti applicativi e limiti.

In termini generali e se si eccettuano alcuni Stati<sup>163</sup>, può affermarsi che le singole giurisdizioni statunitensi e, in alcuni casi anche talune leggi federali<sup>164</sup>, prevedono la possibilità di concedere condanne con finalità punitivo – deterrente sebbene le leggi statali o la *case law*<sup>165</sup> introducano limitazioni di vario genere più o meno significative (con riferi-

---

<sup>160</sup> “*This Constitution and the Law of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the Supreme Law of the Land: and the Judges in every State shall be bound thereby, any thing in the Constitution or Law of any State to the contrary notwithstanding*”.

<sup>161</sup> I *compensatory damages* si distinguono in *special e general*. I primi, attinenti al danno patrimoniale, vengono liquidati dietro specifica domanda del danneggiato e all'esito della relativa prova che può essere fornita anche tramite presunzioni; i secondi, invece, si presumono e sono riconosciuti pur in difetto di una prova specifica; in altri termini, ferma restando la prova dell'*an* si può prescindere da quella del pregiudizio conseguente che sarebbe comunque liquidato equitativamente dalla giuria trattandosi di lesione di interessi non patrimoniali. Appartengono alla seconda categoria in commento, i *damages for pain and suffering*, corrispondenti al nostro danno morale. Cfr., diffusamente, BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., pag. 201 e ss.; TOCCI, *Il danno punitivo*, op. cit., pag. 70. Anche SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, cit., pag. 293 e ss. sottolinea la finalità riparatoria sottesa ai danni non patrimoniali (*non economic damages*) nel sistema statunitense.

<sup>162</sup> Tra i *non compensatory damages* si collocano, oltre ai *punitive damages*, anche i *nominal damages* consistenti in risarcimenti simbolici concessi in assenza di danno ed i *contemptuous damages*, per certi versi simili alla nostra responsabilità aggravata prevista dall'art. 96 c.p.c. in caso di abuso processuale del diritto; cfr., BARATELLA, op. ult. cit., pag. 201 e ss. Per ulteriori riferimenti v. *retro* nota n. 10. PETRELLI, op. cit., pag. 1188 pone l'ulteriore distinzione tra *punitive damages* in senso stretto, così definiti allorché la relativa liquidazione prescinda del tutto da ogni riferimento ai *compensatory damages*, dai *punitive damages* in senso lato che invece costituirebbero un multiplo dei *compensatory damages*.

<sup>163</sup> Trattasi, anche per ragioni storiche, degli stati del *Nebraska* e *Puerto Rico*.

<sup>164</sup> Con riferimento alle leggi federali che prevedono espressamente i *punitive damages* v. diffusamente BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit. pag. 107 nota n. 322 e QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., pag. 250, nota n. 541. In tali ipotesi la Corte Suprema Federale non interviene, come di regola, a decidere su di una questione di costituzionalità, avendo una propria e diretta competenza in materia. Si segnala che nel caso *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S., 471, 128 S. Ct. 2605 (2008) relativo all'incidente della petroliera avvenuto in *Alaska* il 24 marzo 1989 in acque sottoposte alla legislazione federale marittima e perciò di esclusiva competenza della Corte Suprema, fu affermata la regola del rapporto paritario 1:1 dei *punitive damages* rispetto ai *compensatory damages*. Per le sue caratteristiche peculiari, l'indicata decisione non ha avuto seguito in seno alle *common law* statuali. Per ulteriori riferimenti v. *infra*.

<sup>165</sup> Sotto il profilo funzionale, in precedenti risalenti, la Corte Suprema *texana*, nei casi *Cole v. Tucker*, 6 Tex. 266 (1851) e *Hofer v. Lavender*, 679 S.W.2d, 470 (1984) aveva affermato anche la natura compensativa dei *punitive damages*. Solo successivamente, nel caso *Transportation Ins. Co. v. Moriel*, 879 S.W.2d 10 (1994), ha mutato indirizzo affermando che i *punitive damages* hanno funzione punitivo - deterrente e giammai compensativa. L'indicato più recente orientamento è stato ribadito nel caso *Owens-Corning Fiberglass Cort. v. Malone*, 972 S.W. 2d 25 (1998) in cui si è affermato testualmente che “*punitive damages are not designed or intended to compensate or enrich individual victims*” giacché funzionali “*to punish a party ... and to deter it and others from committing the same or similar acts in the future*”. L'esposta regola oggi sancita legislativamente dal §41.001 (5) del *Texas Civil Practice & Remedies Code*.

mento allo *standard of conduct*, allo *standard of proof*, ai settori rilevanti, ai criteri di commisurazione, all'ammontare massimo, alla eventuale assicurabilità). In un numero limitato di Stati, anche per ragioni storiche, sono ammessi nei soli casi previsti dalla legge<sup>166</sup>.

Sotto il profilo funzionale, a fronte dell'insufficienza del risarcimento compensativo, in casi eccezionali le legislazioni statali riconoscono ai *punitive damages*, oltre alla consueta finalità punitivo – deterrente, quella riparatoria del danno non patrimoniale, per sua natura di difficile quantificazione<sup>167</sup> come sembra accadere nello Stato del *Michigan* e dell'*Alabama* per il risarcimento del danno da morte. Diversamente dalla disciplina degli altri Stati, dal lontano 1872, il legislatore dell'*Alabama* ha enunciato la regola secondo cui l'attore, senza essere tenuto a provare il pregiudizio patrimoniale (perdita delle prestazioni economiche dovute dalla vittima all'attore) e/o non patrimoniale (danno da perdita del rapporto parentale) può essere ristorato dei danni conseguenti alla morte del congiunto attraverso i *punitive damages* che vengono concessi all'esito della prova dell'esistenza di una condotta colpevole dell'autore dell'illecito<sup>168</sup>.

Nella legislazione del *Connecticut* i *punitive damages* perseguono anche la funzione di incentivare l'accesso alla giustizia in quanto il loro ammontare è equivalente e non può superare le spese processuali sostenute dall'attore<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit., pag. 108, ricorda il caso delle *Louisiana* e del *New Hampshire* precisando che molto spesso le corti, pur formalmente negando l'applicabilità dei *punitive damages* al di fuori dei casi previsti dalla legge, in presenza di condotte particolarmente gravi e riprovevoli tendono a concedere comunque risarcimenti ultracompensativi molto simili a una condanna punitiva. Ulteriori esempi del citato indirizzo si rinvencono nello Stato del *South Dakota*. Nello Stato di *Washington* i *punitive damages* sono reputati contrari alla *public policy* e non possono essere concessi salvo che la legge lo preveda espressamente o che siano previsti in una materia di competenza federale. L'orientamento è costante nel tempo v. *ex multis* casi *Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler*, 2 *Wash.* 45, 56 P. 1072 (1891) in cui la Corte ha affermato che i *punitive damages* sono “*unsound in principle and unfair and dangerous in practice*” e successivamente *Grays Harbor County v. Bay City Lumber Co.*, 47 *Wn.2d* 879, 289 P.2d 975 (1955); *Anderson v. Dalton*, 40 *Wn.2d* 894, 246 P.2d 853, 35 *A.L.R.2d* 302 (1952). In *Dailey v. North Coast Life Ins. Co.*, 129 *Wn.2d* 572, 574, 919 P.2d 589 (1996) la Corte Suprema ha statuito che il legislatore, nel prevedere all'interno *Law Against Discrimination (RCW Chapter 49.60)*, “*any other remedy authorized by ... the United States Civil Rights Act of 1964 as amended*”, ha manifestato l'intento di ammettere anche i *punitive damages*.

<sup>167</sup> Così SCHMIT – PRITCHETT – FIELDS, *Punitive Damages: Punishment or Further Compensation?*, in *J. Risk & Ins.*, vol. 55, 1988, pag. 456.

<sup>168</sup> Cfr. caso *Black Belt Wood Co. v. Sessions*, 514 *So. 2d* 1249 (Ala. 1986).

<sup>169</sup> Osserva PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 182, pag. 179 e ss. che sarebbe assurdo che la vittima di una condotta grave e riprovevole, al di fuori dei casi in cui il giudice abbia adottato il principio della soccombenza processuale nel ripartire le spese di lite, debba anche accollarsi i costi di accesso alla giustizia per tutelare i propri diritti soggettivi in virtù della cd. *American Rule*.

#### 4.2.2. L'origine, gli sviluppi e il vasto campo di applicazione del rimedio

Il primo caso di *punitive damages*, *Genay v. Norris* relativo a una intossicazione alimentare, risale al XVIII secolo<sup>170</sup>, seguito, subito dopo, da quello *Coryell v. Collbough* avente ad oggetto una ipotesi di inadempimento contrattuale (*breach of contract to marry*)<sup>171</sup> (inadempimento ad una promessa di matrimonio). Già in questa iniziale fase e in particolare nel secondo caso, si evidenziano le notevoli differenze con il modello inglese che, diversamente dagli USA, è riluttante ad estendere gli *exemplary damages* sia all'inadempimento contrattuale che all'adulterio<sup>172</sup>.

Negli Stati Uniti i *punitive damages* vengono perciò riconosciuti inizialmente – analogamente a quanto accaduto in Inghilterra – per gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona quali vita, integrità psico-fisica, libertà personale, onore, reputazione, *privacy* e, in aggiunta, in ambito contrattuale, per lesioni di natura patrimoniale, anche modeste, qualora sia stato realizzato dall'autore dell'illecito un *surplus* di profitti<sup>173</sup>.

Sino alla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1851<sup>174</sup> sul caso *Day v. Woodworth*, la dottrina nordamericana era divisa sulle funzioni dei *punitive damages*; da una parte<sup>175</sup>, valorizzando le radici di un istituto creato per tutelare i diritti della persona, se ne sosteneva la natura compensativa con riferimento agli *intangible harms* (danni non patrimoniali) di complessa quantificazione che in alcuni Stati (*Texas, Con-*

---

<sup>170</sup>Il caso *Genay v. Norris* 1. S.C. 3, 1 Bay 6 (1784) riguardava una intossicazione dell'attore a causa dell'ingestione di vino contenente dello *Spanishfly* (sostanza tossica versata nel bicchiere dall'oste per gioco) e in cui la concessione del danno punitivo fu collegata alla gravità dell'offesa. Diffusamente in D'ACRI, *I danni punitivi, Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, op. cit., pag. 48.

<sup>171</sup>Nel caso *Coryell v. Colbought* 1. N.J.L. 77 (1791), le modalità particolarmente afflittive con cui l'uomo ruppe la promessa di matrimonio provocarono un notevole danno psicologico alla donna ed pregiudizio per la sua stessa reputazione. L'azione per *breach of contract to marry* prevedeva espressamente la facoltà di concedere i rimedi della *law of tort* e quindi i danni punitivi. Nel caso in esame il giudice sottolineò la funzione esemplare dei danni. Cfr., diffusamente, PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., pag. 35 e ss.; BENATTI, *Correggere e punire* cit. pag. 28; “nella motivazione la Corte afferma di non volere solo considerare il danno effettivamente subito, ma di concedere i danni punitivi, affinché la sua decisione servisse da esempio (...) benché non si fosse in presenza di un tort, ambito nel quale si riteneva legittima la loro operatività, le particolari caratteristiche del *breach of contract to marry* lo avvicinavano ai torts e perciò ne giustificavano la applicabilità”. In tema di *breach of contract*, cfr. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, IV, Torino, 2010, pag. 128, secondo cui, diversamente da quanto accade nei paesi di *civil law* in cui la responsabilità contrattuale tutela l'inadempimento di un'obbligazione, nel sistema di *common law* con tale terminologia si indica “l'inadempimento di una promessa contrattuale espressa o dell'inadempimento di dover eseguire un contratto secondo buona fede”.

<sup>172</sup>OGUS, *The law of damages*, cit., pag. 27 e 28 ricorda che “in two important cases (*Addis v. Gramophone Co.*, nel quale si dibatteva di una ipotesi di *breach of promise of marriage* e *Butterworth v. Butterworth and Englefield* relative ad un caso di adulterio), the court showed themselves unwilling to extend the boundaries of the award to actions in contract or for adultery.” In Inghilterra l'azione per adulterio è stata definitivamente abolita nel 1970 con la *Law Reform (Miscellaneous Provision) Act*.

<sup>173</sup>GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., pag. 49.

<sup>174</sup>Caso *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 13 How. 363 (1851).

<sup>175</sup>Cfr. *amplius* GREENLEAF, *A Treatise on the Law of Evidence*, Boston 1883.

*neciticut* ed *Illinois*) non erano neppure risarcibili; dall'altra, si ravvisava in essi una funzione marcatamente deterrente-punitiva<sup>176</sup>.

Con la decisione del 1851, la Suprema Corte riconobbe la natura punitiva e la generale e incondizionata applicazione dell'istituto<sup>177</sup> ponendo le basi della sua successiva lettura da parte dei giudici che valorizzarono la gravità della condotta e l'entità del patrimonio del danneggiante<sup>178</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, quanto ai presupposti applicativi, si è dapprima valorizzata la *malice* e, in seguito limitatamente ad alcuni settori, la colpa grave derivante dalla violazione di un dovere di diligenza previsto dalla legge<sup>179</sup>, con rilevanza del “*evil motive, fraudulent purpose e recklessness*” sintomatici di gravi inosservanze di doveri di diligenza e disprezzo dei diritti altrui<sup>180</sup>.

Non può invece trattarsi di semplice colpa “lieve” perché, diversamente, verrebbe meno ogni giustificazione per la funzione di *punishment* svolta dall'istituto ricadendosi “*nella più generale funzione di admonitory svolta dal sistema dei torts*”<sup>181</sup>.

La concessione dei *punitive damages* presuppone così l'accertamento di *intentional harms* ovvero di un illecito doloso (dolo intenzionale o diretto) connotato dalla attuale intenzione di nuocere (cd. *actual malice*), peraltro non sempre ritenuta indispensabile giacché risulta sufficiente anche uno stato di indifferenza per l'altrui diritto (cd. *legal malice*)<sup>182</sup>.

In secondo luogo rilevano le condotte realizzate nonostante la consapevolezza dell'alto grado di probabilità di cagionare danni e quindi con consapevole assunzione del rischio (*intentional risk taking*) o *reckless conduct*<sup>183</sup>.

---

<sup>176</sup> Cfr. *amplius*, SEDGWICK, *The rule of damages in action ex delicto*, 9 *Law Rep.* 1847.

<sup>177</sup> Così in *Day v. Woodworth* cit. “... in actions of trespass and all actions on the case for torts, a jury may give exemplary or vindictive damages depending upon the peculiar circumstances of each case. But the amount of counsel fees, as such, ought not to be taken as the measure of punishment or a necessary element in its infliction.”

<sup>178</sup> La funzione deterrente dei danni punitivi, in termini di *corrective justice*, è sottolineata dal fatto che gli stessi venivano concessi soprattutto nei giudizi promossi contro soggetti particolarmente ricchi. BENATTI, op. cit., pag. 30, osserva che la funzione deterrente dei *punitive damages* aumenta in presenza di elevati livelli di benessere.

<sup>179</sup> I *punitive damages* sono concessi per *gross negligence*, ad esempio, in caso di responsabilità civile per sinistri stradali v. caso *Buffold v. Hopewell* in 140 *Ky.* 666 e ss. (1912) concernente l'investimento di un bambino da parte di un automobilista che circolava *at dusk* (molto velocemente) senza luci accese in perimetro urbano così come in caso di responsabilità del produttore. Per ulteriori riferimenti si veda *infra*.

<sup>180</sup> PARDOLESI, op. ult. cit., pag. 38 e ss.; cfr. anche CANDITO, *I danni punitivi tra ordine pubblico internazionale e natura polisemica della responsabilità civile* in [www.dirittoamministrativo.it](http://www.dirittoamministrativo.it).

<sup>181</sup> In questi termini PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit. pag. 446.

<sup>182</sup> DOBBS, *Law of remedies*, vol. I, *Saint Paul* 1993, pag. 469 e ss.

<sup>183</sup> A riguardo può richiamarsi la definizione di “*reckless conduct*” recata dal *Restatement (third) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*, § 2 secondo la quale: «*A person acts with recklessness in engaging in conduct if: (a) the person knows of the risk of harm created by the conduct or knows facts that make that risk obvious to anyone in the person's situation, and (b) the precaution that would eliminate or*



Infine rilevano le condotte caratterizzate da colpa grave o gravissima con la precisazione che per questi ultimi illeciti, la concessione dei *punitive damages* risulta molto rigorosa occorrendo la prova della consapevolezza attuale del rischio che la condotta crea per la sfera giuridica altrui<sup>184</sup>.

Dal punto di vista oggettivo, almeno inizialmente, le condanne esemplari hanno riguardato la tutela dell'onore e della reputazione e sono state accordate con una certa larghezza qualora parte offesa fosse un funzionario pubblico, sia nei casi di *libel* che di *slander*<sup>185</sup> sino a quando, con la decisione *New York Times Co v. Sullivan*<sup>186</sup>, la Suprema Corte Federale ha dettato criteri molto più severi per la concessione dei *punitive damages* segnando nel contempo il passaggio forse più importante della lotta per la libertà di espressione del pensiero negli USA<sup>187</sup>.

L'indirizzo espresso nel caso *Sullivan* cit. è stato confermato nella successiva decisione *Curtis Pub. Co. v. Butts*<sup>188</sup> in cui è stato ribadito che l' "actual malice" standard va applicato anche alle "public figures" escludendo che queste possano invocare la "presun-

---

*reduce that risk involves burdens that are so slight relative to the magnitude of the risk as to render the person's failure to adopt the precaution a demonstration of the person's indifference to the risk».*

<sup>184</sup> DOBBS, op. cit., pag. 472.

<sup>185</sup> Tradizionalmente si ha *libel* quando le espressioni diffamatorie sono scritte o stampate, mentre si ha *slander* quando la diffamazione si manifesta oralmente. Nei tempi moderni, però, la distinzione è sfumata sempre più. Alcune Corti qualificano *libel* le dichiarazioni pronunciate leggendo uno scritto durante una trasmissione televisiva e come *slander* le affermazioni diffamatorie pronunciate in maniera spontanea; altre Corti considerano *slander* le diffamazioni trasmesse per televisione o per radio diffusamente, così GUARDA, *La diffamazione a mezzo stampa in common law: profili civilistici* in *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa* a cura di Melchionda e Pascuzzi, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 18 marzo 2005, pag. 335 – 362.

<sup>186</sup> Caso *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964). Per un'analisi approfondita del caso con metodologia propria dell'analisi economica del diritto, cfr. EPSTEIN, *Was New York Times v. Sullivan Wrong?*, 53 *U. Chi. L. Rev.* 782 (1986), pubblicato in trad. italiana di ZENO-ZENCOVICH, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione. Una critica di analisi economica del diritto alla via americana* in *Dir. inf.*, 1987, 825; cfr. anche ID., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli 1985 pag. 165 e ss.; GRIMSLEY, *Defamation of Public Figures: is New York Times outdated?*, 10 *Fla. J. Int'l L.* 293 (1995).

<sup>187</sup> Negli USA degli anni 1960, vigevo la segregazione razziale; alcuni cittadini di colore si ribellavano pacificamente, rifiutando, ad esempio, di uscire dai locali ove gli era precluso consumare alimenti. Il reverendo *Martin Luther King* prese le loro difese e organizzò svariati *sit-in* di protesta in molti stati del sud, fra i quali uno presso gli scalini del municipio di *Montgomery* in *Alabama*. Fu proprio in *Alabama* che *King* venne accusato del controverso reato di "dichiarazione fiscale infedele", probabilmente come rappresaglia ad opera della polizia cittadina. Un comitato nato a supporto del reverendo *King*, acquistò allora una pagina del numero del 29 marzo 1960 del *The New York Times* (NYT) pubblicandovi a proprie spese un brano in cui veniva narrato, con fatti inventati, ciò che accadeva per denunciare le persecuzioni dei «southern violators».

Il pubblico ufficiale a capo di quell'operazione di polizia a *Montgomery*, L. B. *Sullivan* (non direttamente menzionato nel pezzo in questione), citò il *New York Times* per diffamazione. La Corte Suprema dell'*Alabama* diede ragione a *Sullivan*, ma il caso fu portato innanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti che rovesciò la decisione valorizzando la funzione che la libertà di pensiero, protetta dal Primo Emendamento, gioca in una società democratica; essa include anche le affermazioni false e diffamatorie nei confronti dei pubblici funzionari, a meno che questi non dimostrino il dolo o la colpa grave dei convenuti v. ZENO-ZENCOVICH, *Onore e reputazione* cit., pag.171-173.

<sup>188</sup> *Curtis Pub. Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

zione” secondo cui quando diffamato è un pubblico ufficiale, la sua posizione governativa è già di per sé sufficiente a far ritenere lesa la sua reputazione. Il processo di ridimensionamento è stato poi portato avanti e si è definitivamente consolidato con la decisione *Gertz v. Welch*<sup>189</sup> che ha delineato due distinti regimi: quando il soggetto attivo si avvale di un mezzo di comunicazione di massa e la persona offesa è un funzionario o un personaggio pubblico (*public official* o *figure*), questi dovrà dimostrare il dolo (*actual malice*) del convenuto per ottenere il risarcimento sia dei *compensatory damages* che dei *punitive damages*; quando, invece, la persona offesa è un privato cittadino (*private figure*), questa dovrà dimostrare la colpa del convenuto per ottenere il risarcimento dei danni compensativi e il dolo per i *punitive damages*.

La nuova disciplina creata dalla Corte Suprema costituisce un’evidente interpretazione in chiave economica dei diritti fondamentali sanciti nel Primo Emendamento. I giudici, infatti, sembrano essere stati animati dall’intento di non colpire troppo duramente un’attività economica, quale quella della divulgazione di notizie e commenti, di cui altrimenti si farebbe venire meno la redditività<sup>190</sup>.

Nell’ordinamento nordamericano, diversamente da quanto accade in quello inglese<sup>191</sup>, talune attività vengono considerate di essenziale importanza e di conseguenza meritevoli di una diminuzione del rischio imprenditoriale.

I *punitive damages* sono poi riconosciuti anche nel caso di violazione della riservatezza con particolare riferimento alla protezione dei dati personali contenuti in banche dati, soprattutto quando le violazioni sono sistematiche e riguardino la diffusione o la commercializzazione dei dati senza il consenso dell’interessato<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> *Gertz v. Robert Welch Inc. v. Hepps*, 418 U.S. 323 (1974); sul caso, EATON, *The American Law of Defamation through Gertz v. Robert Welch Inc. and beyond: An Analytical Primer*, 61 *Va. L. Rev.* 1349 (1975).

<sup>190</sup> ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell’ordinamento italiano*, op. cit., pag. 26.

<sup>191</sup> In punto di *defamation law* sussistono notevoli differenze tra il sistema nordamericano e quello inglese. In Inghilterra l’onere di provare la veridicità delle dichiarazioni diffamatorie grava sul convenuto e ciò condiziona fortemente l’attività dei mass-media che, nel timore di azioni legali, non pubblicano notizie che pur sono vere ma di cui potrebbero non riuscire a dimostrare in giudizio, con testimoni o documenti, la veridicità. Emblematico è, allora, il caso della *United States Court of Appeals* per il *Second Circuit Court*, *Dow Jones & Co. v. Harrods Ltd.*, 346 F.3d 357 (2nd Cir. 2003), che ha permesso ad *Harrods*, una società privata inglese, di sostenere una citazione per diffamazione nei confronti del *Wall Street Journal* in Inghilterra: le circostanze della causa sono state veramente singolari ed hanno posto in netto contrasto la disciplina dei due paesi. Per un’analisi del caso v. SOCHA, *Double Standard: A Comparison of British and American Defamation Law*, 23 *Penn St. Int’l L. Rev.* 471 (2004). Si è sostenuto che l’impostazione inglese ha il vantaggio di rendere maggiormente responsabili i professionisti del settore e di spingere verso un giornalismo di qualità BARENDT, *Libel and the Media: The Chilling Effect*, Oxford, 1997, pag. 68.

<sup>192</sup> URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?* in *Dir. pub. comp. eur.* 2001, col. 2044.

L'istituto è stato applicato alle violazioni volontarie dell'integrità fisica e della proprietà<sup>193</sup>, ai danni alla salute causati dall'esposizione ad amianto (*asbestos litigation*) e silicose, all'uso di farmaci o prodotti contenenti sostanze tossiche e persino alle società che forniscono servizi pubblici quando non rispettano gli impegni assunti con i cittadini<sup>194</sup>.

Oltre al consueto campo dei *torts*, hanno interessato anche l'inadempimento contrattuale quando la condotta di una delle parti sia particolarmente riprovevole. Il *leading case Welborn v. Dixon*<sup>195</sup> risale al 1904 e nella relativa decisione, pur muovendo dalla riflessione tradizionale dell'irrilevanza dei motivi dell'inadempimento, la Corte sancì che quando il *breach* è accompagnato da una *fraudolent conduct*, i *punitive damages* sono applicabili<sup>196</sup>.

Esistono, tuttavia, innegabili differenze strutturali tra il *breach of contract* e il *tort*; nel primo caso, il carattere relativo dell'obbligazione, determina l'insorgenza in capo al creditore del diritto al risarcimento, di regola, dei soli danni compensativi (e quindi di una somma equivalente al valore del bene della vita non conseguito spontaneamente mediante esatto adempimento da parte del debitore)<sup>197</sup>. Il par. 344 del *Restatement (Second) of Contracts Law* differenzia il danno da *expectation* e *reliance* da quello da *restitutory interest*; nel primo caso (*expectation*) il creditore domanda il risarcimento del danno da lesione dell'interesse positivo e perciò il valore del bene della vita che gli sarebbe spettato in caso di esatto adempimento; nel secondo (*reliance*), invece, chiede il risarcimento del danno da lesione dell'interesse negativo<sup>198</sup> concernente le spese sostenute per la conclusione ed esecuzione infruttuosa del negozio (cd. *essential reliance*) e il valore delle attività svolte e delle occasioni perdute facendo affidamento sul contratto

---

<sup>193</sup> Cfr. GIOVAGNOLI, *I punitive damages nell'esperienza statunitense*, op. cit., pag. 2 ss.

<sup>194</sup> PONZANELLI, *I punitive damages* cit., pag. 470 e ss.

<sup>195</sup> 70 S.C. 108, 49 S.E. 232 (1904).

<sup>196</sup> BENATTI, *Correggere e punire* cit., pag. 248 e ss. Si trattava di un contratto di mutuo con la garanzia di alcuni terreni che, estinto il debito, dovevano essere restituiti al debitore. Il creditore, invece, vendette i terreni a un terzo che li acquistò in buona fede e di conseguenza il debitore-mutuatario perse irrimediabilmente i beni concessi in garanzia. Ottenne, però, oltre al risarcimento dei danni effettivi, anche i *punitive damages*. Evidenzia PETRELLI, *Verso "i danni punitivi"?*, cit., pag. 1191 che in ambito contrattuale la concessione dei *punitive damages* richiede, pertanto, oltre alla prova dell'inadempimento anche quella della violazione di doveri autonomi rispetto al negozio (*duty of good faith, fiduciary duty, speciale relationship*) o comunque una condotta particolarmente riprovevole in fattispecie connotate da *malice* similmente a quanto accade nel campo dei *torts*.

<sup>197</sup> Afferma, infatti, HOLMES, *The path of the law*, in *Harvard L. Rev.*, 1897, 10, pag. 457, "the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else".

<sup>198</sup> In termini generali sull'interesse negativo, diffusamente, LUMINOSO in LUMINOSO-CARNEVALI-COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento, artt. 1453-1454*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1990, pag. 1 e ss.

(cd. *incidental reliance*)<sup>199</sup>. L'indicato risarcimento è quindi diretto a riportare il danneggiato nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se non avesse concluso quel contratto, né avesse iniziato le relative trattative precontrattuali<sup>200</sup>. In aggiunta, qualora effettivo, opera il risarcimento da *restitutory interest* consistente nella retrocessione degli utili conseguiti dall'inadempiente per effetto del proprio inadempimento al fine di evitare un ingiustificato arricchimento del debitore e quindi un inadempimento efficiente.

In ambito contrattuale in cui, diversamente da quanto si verifica per i *torts*, il *breach of contract* è integrato attraverso il mero elemento fattuale della violazione di un dovere di comportamento relativo è difficile individuare quel grado di disapprovazione della condotta, tipica dei *torts*, che costituisce elemento essenziale per la concessione dei *punitive damages*<sup>201</sup>.

Negli Stati Uniti in particolare, oltre all'inadempimento in sé, viene valorizzata, sul piano oggettivo, la violazione di un *separated implied duty* e, su quello soggettivo che costituisce elemento ineludibile per la concessione dei *punitive damages* – contrariamente alla regola della *strict liability* altrimenti operante in ambito contrattuale – la “*malice, reckless, fraud, gross negligence*”, o un “*oppressive behaviour*” del debitore.

In altri termini, secondo la dottrina statunitense, il *breach of contract* rappresenta solo il punto di partenza (ossia un comportamento antiggiuridico cd. *tortious*) da cui dedurre e provare l'esistenza di ulteriori elementi in concreto idonei a giustificare la riprovazione della condotta del debitore come accade, ad esempio, in caso di gravi violazioni del do-

---

<sup>199</sup> BENATTI, *Correggere e punire* cit., pag. 140. Secondo FULLER & PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in 46 *The Yale L. J.* 52, (1936), pag. 71 e ss. possono individuarsi almeno tre situazioni nelle quali l'*expectation* e il *reliance interest* determinano la medesima misura del danno: 1. quando una parte ha iniziato ad adempiere e l'altra diviene inadempiente (tipico esempio è quello del costruttore che ha già eseguito parte dell'opera e il contratto viene risolto per inadempimento del committente); 2. quando attraverso la stipulazione del contratto la parte si priva della possibilità di stipularne altri; 3. quando l'inadempimento è fonte di ulteriore danno diretto (l'esempio è quello del contadino che acquista una mucca malata che contamina la stalla).

<sup>200</sup> Ad avviso di FULLER & PERDUE, *The Reliance Interest* cit., normalmente la misura dell'*expectation* non coincide con quella del *reliance* e, in queste situazioni, l'importo del *reliance* non può essere superiore a quello liquidato per *expectation* poiché, in caso contrario, si verificherebbe un ingiustificato arricchimento della parte adempiente che riceverebbe dall'inadempimento vantaggi superiori a quelli che avrebbe conseguito in caso di spontaneo adempimento.

<sup>201</sup> In questi termini si esprime AZZARITI, *Punitive damages e breach of contract*, in *Il Danno contrattuale*, diretto da Maria Costanza, Bologna 2014, pag. 388. Anche BENATTI, *Inadempimento del contratto e danni punitivi*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2013 pag. 846 e ss., sottolinea l'estraneità delle funzioni di punizione e di deterrenza dall'ambito contrattuale rispetto alla *tort law* e ricorda che anche gli studiosi dell'analisi economica del diritto, sebbene con posizioni diversificate più o meno restrittive, considerano non efficienti i *punitive damages* per il *breach of contract* salvi i casi di *undercompensation* e di significative barriere di accesso alla giustizia. Eguale atteggiamento restrittivo è mostrato anche dai sostenitori della *corrective justice*. Per ulteriori riferimenti in argomento si rinvia a BENATTI, *Correggere e Punire*, op. cit., pagg. 305 – 337 v. anche *retro* par. 3.

vere di buona fede (*duty of good faith*). Indipendentemente dalle obbligazioni contrattuali, le parti sono tenute a comportarsi secondo correttezza e buona fede sulla base di un *separate implied – in – law duty* sicchè è proprio la violazione di quest'ultimo dovere che giustifica l'irrogazione della condanna punitiva. Si pensi anche alla copiosa giurisprudenza in tema di responsabilità del produttore che riconosce il risarcimento dei danni compensativi su basi oggettive e, in aggiunta, quelli punitivi qualora risulti integrato l'elemento psicologico suindicato (*fraudolent misconduct, knowing violations of safety standards, inadequate testing and manufacturing procedures, post – marketing failures to remedy known dangers, failures to warn of known dangers before marketing* per cui si veda *infra*).

Il par. 355 del *Restatement (Second) of Contracts*, rubricato “*Punitive damages*”<sup>202</sup>, ne prevede l'estensione in ambito contrattuale qualora la condotta inadempiente, autonomamente considerata, costituisca al tempo stesso *breach of contract* e *tort* con caratteristiche di tale gravità da poter essere definita “*malicious breach of contract*”<sup>203</sup>; pertanto, in virtù della menzionata *independent tort theory*, si assiste a quello che il giurista continentale definirebbe un cumulo di responsabilità per inadempimento e per fatto illecito.

Il commento a) al menzionato par. 355, specifica che in ambito contrattuale il risarcimento ha, di regola, natura compensativa e non sanzionatoria e che, in presenza di una condotta del debitore particolarmente grave e riprovevole, si ricorre ai *punitive damages*, sempre in ottica compensativa, qualora il creditore non riesca a dimostrare in giudizio la sussistenza di tutti i pregiudizi subiti conseguenti all'inadempimento.

Il rimedio in esame ha dunque la funzione di assicurare una piena tutela del danneggiato e, in presenza di condotte qualificate del debitore, di sopperire alle oggettive difficoltà probatorie<sup>204</sup> che caratterizzano, ad esempio, i danni non patrimoniali e in particolare l'*emotional distress* o la misura dei profitti che si sarebbero ottenuti in difetto di inadempimento; in altri termini, attraverso il paragrafo in commento si consente al creditore di “attenuare” l'orientamento giurisprudenziale restrittivo formatosi con riferimento al par. 352 del citato *Restatement (Second) of Contracts*<sup>205</sup> secondo cui la misura del danno compensativo deve essere provata in misura ragionevolmente certa; in aggiunta si

---

<sup>202</sup> Così § 355., rubricato *Punitive Damages*, “*Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable*”.

<sup>203</sup> MC NAMARA, *Tortious Breach of Contract in Oklahoma*, 20 *Tulsa L. J.*, 1984, pag. 233.

<sup>204</sup> Così commento a) §355 cit. “*In such cases the willfulness of the breach may be taken into account in applying the requirement that damages be proved with reasonable certainty*”. Si avverte inoltre che questa disciplina potrebbe subire variazioni nelle diverse legislazioni statali.

<sup>205</sup> Così § 352., rubricato “*Uncertainty As A Limitation on Damages*”, “*Damages are not recoverable for loss beyond an amount that the evidence permits to be established with reasonable certainty*”.

permette al creditore di ottenere il risarcimento dei danni non prevedibili al momento della conclusione del negozio che, secondo il par. 351<sup>206</sup> sono irrisarcibili nella componente compensativa.

In ambito contrattuale, oltre alla storica casistica del danno reputazionale conseguente alla rottura della promessa di matrimonio avvenuta con modalità umilianti, la giurisprudenza è incline a riconoscere i *punitive damages* quando tra le parti intercorre un rapporto qualificato (*special relationship*) di carattere asimmetrico (*bargaining power*) come accade ad esempio nei contratti bancari, di assicurazione<sup>207</sup>, di lavoro subordinato (basti pensare al caso dei licenziamenti discriminatori), di *franchising*, di servizio pubblico<sup>208</sup> - in cui la componente “punitiva” del risarcimento copre normalmente anche gli elevati costi del processo tra cui le spese legali e quelle di consulenza -.

In definitiva, in ambito contrattuale i *punitive damages* assolvono alla funzione di repressione e deterrenza di eventuali abusi di potere della parte posta in posizione “dominante” nella relazione negoziale<sup>209</sup> e vengono in rilievo in un numero circoscritto di ipotesi applicative (rispetto alla regola generale del risarcimento dei soli danni compensativi).

In difetto di una tale *special relationship*, infatti, ancorchè sussista l'elemento psicologico che consentirebbe in sede di *tort* l'applicazione di una condanna punitiva, la giurisprudenza tendenzialmente esclude la concessione di *punitive damages*<sup>210</sup>.

Dall'ultimo trentennio del secolo scorso, i danni punitivi sono stati applicati alla responsabilità del produttore (*product liability*), come risposta a casi eclatanti di prodotti difet-

---

<sup>206</sup> Così § 351., rubricato “*Unforeseeability And Related Limitations On Damages*”, “(1) Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made. (2) Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach (a) in the ordinary course of events, or (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course of events, that the party in breach had reason to know. (3) A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation”.

<sup>207</sup> Si pensi alle condanne inflitte alle imprese assicuratrici che, in una relazione contrattuale caratterizzata da forte asimmetria, attuavano condotte fraudolente o comunque contrarie al dovere di buona fede in fase precontrattuale (caso *Wetherbee v. United Ins. Co.* Civ. No. 24496, *Firs. Dist.*, Div. 2.9.1968) o esecutiva del contratto (casi *State Farm Mutual Automobile Ins. Co v. Inez Prece Campbell.*, 538 U.S., 408, 123 S. Ct. 1512, 155 L. Ed. 2d. 585, 2003 U.S. 2713, o *Texaco Inc. v. Pennzoil*, 729 S.W. 2d 768, *Tex. App.*, 1987). Per ulteriori riferimenti cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, op. cit., pag. 470 e ss.

<sup>208</sup> Si pensi al caso emblematico di gravi violazioni del dovere, di matrice legale, di contrattare in maniera non discriminatoria nei confronti degli utenti da parte di privati esercenti attività di servizio pubblico in regime di monopolio (o pressochè equivalente).

<sup>209</sup> V. BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit., pag. 231 e ss.

<sup>210</sup> AZZARITI, op. cit., pag. 394. L'autore ricorda, quale ulteriore ipotesi applicativa, il caso di *fraudulent misrepresentation* sebbene per il risarcimento dei danni conseguenti alla responsabilità precontrattuale negli USA si ricorra alla *tort law*, piuttosto che alla disciplina della *breach of contract* come in Inghilterra.

tosì destinati al consumo di massa con il chiaro intento di scaricare il costo, anche sociale, sul responsabile (produttore, distributore) e impedire la reiterazione della condotta illecita<sup>211</sup>.

Nell'ambito della responsabilità del produttore particolarmente problematico è il rapporto tra controversie seriali (*mass torts litigation*) e *punitive damages*<sup>212</sup>; trattasi di controversie concernenti pretese risarcitorie omogenee, che accomunano una pluralità di soggetti danneggiati dalla medesima condotta del produttore implicanti la risoluzione di comuni questioni di fatto o di diritto<sup>213</sup>.

Risulta evidente che, in un sistema come quello statunitense in cui vige la regola del precedente vincolante, la soluzione del primo giudizio influenzerà profondamente l'intero contenzioso e potrebbe porre un problema di ipotetica violazione del principio del *ne bis in idem* allorchè il produttore sia condannato a risarcire i danni cagionati in maniera esemplare più volte per lo stesso fatto (*multiple punishment*) ad una pluralità di danneggiati con il conseguente rischio di fallimento sul mercato (*overkill*)<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale in giustizia civile.com* 2017, n. 5. Quanto al rapporto tra *punitive damages* e responsabilità del produttore cfr. LENS, *Defective Punitive Damage Awards*, *Utah L. Rev.* 2017 (5), pag. 1019 – 1060. Nel senso che ancora oggi i verdetti in tema di *punitive damages* nel settore della *product liability* si rivelano eccessivi in rapporto ai danni compensativi nonostante i correttivi indicati dalla Corte Suprema federale per cui v. *infra* cfr. MARRERO, *Punitive Damages: Why The Monster Thrives*, 105 *Geo. L. J.* 767 (2017) pag. 768 e ss. il quale nelle note n. 8 e n. 9 cita specifici studi a riguardo e ricorda che le decisioni della giuria in primo grado sono spesso riformate in sede di *post verdict judicial review* o in appello con percentuali variabili (dal 30 al 78%) a seconda del tipo di casi e giurisdizioni di volta in volta considerati e che ciò incide negativamente sulla efficienza stessa del sistema giurisdizionale così MARRERO, *op. cit.* pag. 803 e ss. Suggestisce, pertanto, che la quantificazione dei *punitive damages* debba essere affidata esclusivamente al giudice togato fermo restando il ruolo della giuria nel determinare l'*an* della responsabilità. L'indicata incalcolabilità dei verdetti delle giurie ha quindi indotto le grandi società o a privilegiare una soluzione transattiva della controversia (cfr. sul punto PONZANELLI, *I punitive damages*, *cit.*, pag. 452) oppure a prevedere nei contratti di massa apposite clausole compromissorie di rinuncia alla giurisdizione statale in favore dell'arbitrato sulla cui validità sono intervenute recenti pronunce della Corte Suprema Federale per cui v. *infra*.

<sup>212</sup> Il problema non si è invece posto nel diritto inglese in cui gli *exemplary damages* non sono stati estesi a questo settore e in generale a quello dei *mass torts*. Gli effetti sul sistema economico nel suo complesso potrebbero essere molto negativi soprattutto per ampie controversie seriali come per i grandi disastri ambientali, i trasporti oppure le morti da amianto. Sul punto, diffusamente GASH, *Understanding and solving the multiple punishments problem*, in *The power of punitive damages is Europe missing out?*, a cura di Meurkens e Nordin, Cambridge, 2012, pag. 65 e ss.

<sup>213</sup> Sul punto v. GIUSSIANI, *il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2006, pag. 526.; ID, *Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica in Resp. Civ. e Prev.*, 2002, 2, pag. 315.

<sup>214</sup> Il *leading case* è rappresentato da *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.*, 378 F.2d 382 (2d Cir. 1967) in cui la casa farmaceutica Richardson – Merrell, commercializzò un farmaco anticolesterolo – il celebre Mer 29 - che determinava nei pazienti, come effetto collaterale, l'insorgenza della cataratta. La società produttrice falsificò i dati per celarne la pericolosità e ne ottenne la commercializzazione da parte della F.D.A, così indotta in errore, promuovendone la diffusione tramite pubblicità ingannevole. Gli assuntori danneggiati esperimentarono molteplici azioni risarcitorie tra il 1961 e il 1967 su tutto il territorio statunitense e al momento della decisione in esame già tre si erano concluse con la irrogazione dei *punitive damages*. Nonostante l'esistenza di una grave condotta dolosa, il giudice negò la concessione di una ulteriore condanna punitiva proprio per evitare il rischio di *overkill*.

A ciò deve aggiungersi anche una ulteriore criticità; i primi danneggiati, vittoriosi in giudizio, potrebbero ottenere dalla giuria somme molto elevate a titolo di *punitive damages* mentre quelli che abbiano successivamente agito contro il medesimo danneggiante, a fronte dell'incapienza patrimoniale di quest'ultimo, potrebbero trovare estremamente difficoltoso, se non impossibile, vedere risarciti i propri danni compensativi, prima ancora di quelli punitivi.

La *Rule 23, Section b*, (1), (b) delle *Federal Rules of Civil Procedure* (da ora, FRCP), per evitare gli esposti inconvenienti, prevede come ipotesi tipica di *class action* quella volta a scongiurare il rischio che plurime azioni individuali dirette ad ottenere la condanna ai *punitive damages* possano condurre al fallimento del convenuto (frustrando le pretese degli altri danneggiati cd. *limited fund class action*) purchè si dia prova che, in ragione dell'incapienza patrimoniale cagionata all'impresa convenuta, molteplici condanne punitive possano decretarne l'insolvenza e quindi il rischio per gli ulteriori danneggiati non solo di non ottenere alcuna condanna punitiva, ma neanche il risarcimento compensativo<sup>215</sup>.

Tuttavia, nel caso *Exxon v. Valdez* (per cui v. *infra*), la Corte Suprema Federale ha sostenuto una tesi meno rigorosa e cioè che l'azione di classe in questione è ammissibile anche in assenza di prova del rischio di fallimento.

In ogni caso, ferma restando l'astratta possibilità di ricorrere alla *punitive damages class action* (per cui si veda *infra*) e i limiti costituzionali fissati dalle sentenze della Corte Suprema Federale (che si analizzeranno nel dettaglio in seguito), i legislatori statali hanno preso posizione sul problema del *multiple punishment* adottando soluzioni diversificate; ad esempio, nel *Missuori* si prevede (*Mo. Ann. Stat. §510 (4) 2011*) il diritto di decurtare nei successivi giudizi l'ammontare della condanna punitiva irrogata in quello precedente sulla base del medesimo titolo. Altri Stati prevedono, invece, la possibilità di concedere una sola volta i *punitive damages* per lo stesso fatto (ad esempio in *Florida* e *Georgia* per la responsabilità del produttore), oppure che il giudice del fatto, nel processo successivamente instaurato, debba tenere presente l'esistenza di una precedente condanna punitiva prima di pronunciarsi nuovamente a riguardo.

Una particolare ipotesi problematica potrebbe porsi nel caso in cui determinati danneggiati si siano sottratti all'azione collettiva esercitando il diritto di *opt out* - ex *Rule 23*,

---

<sup>215</sup> Trattasi della cd. *mandatory class action* vincolante per tutti i membri della classe, anche estranei al giudizio e indipendentemente dal loro accordo i quali non potrebbero agire individualmente per tutelare i propri diritti. La *Rule 23*, in proposito, non prevede testualmente un onere di notificazione ai soggetti interessati dalla decisione che tuttavia viene di regola imposta dalle corti. In materia di *punitive damages*, questa tipologia di *class actions* è piuttosto rara. Per ulteriori riferimenti v. *infra*.



*Section b (3) FRCP* - per poi richiedere in un successivo giudizio individuale l'intera condanna punitiva in proprio<sup>216</sup>.

Per scongiurare il rischio di *multiple punishment* e gli inconvenienti sopra esposti, al di là di espresse previsioni legislative, sono state prospettate dalla dottrina e giurisprudenza diverse possibili soluzioni.

Si è osservato che, sul piano processuale, nel secondo giudizio – e a maggior ragione in quelli eventualmente successivi ad esso – il convenuto potrebbe ricorrere al *collateral estoppel* per impedire la trattazione di questioni già esaminate in un precedente processo oppure che sia consentito soltanto alla prima giuria di determinare i *punitive damages* e/o con separazione del giudizio in ordine ai *compensatory damages* così come previsto dalla *Rule 42 (b)* delle (FRCP)<sup>217</sup>.

In alternativa, la nuova giuria dovrebbe necessariamente tenere conto del verdetto emesso nel precedente giudizio allorquando debba ripronunciarsi in materia di *punitive damages*.

Tra le indicate soluzioni processuali, quella reputata maggiormente preferibile consiste nel determinare in un'unica sede processuale l'ammontare complessivo dei *punitive damages* da distribuirsi proporzionalmente tra i vari attori vittoriosi in giudizio attraverso una *punitive damages class action*<sup>218</sup>, anche se un potenziale ostacolo potrebbe essere rappresentato dalla difficoltà stessa di configurare a monte una classe allorché manchi il requisito della comunanza delle questioni tra coloro che agiscono in giudizio (per i relativi profili problematici si veda *infra*).

Sul piano sostanziale, invece, il problema del *multiple punishment* può essere risolto alla radice fissando l'ammontare massimo dei danni punitivi attraverso i *caps* statali e, in ogni caso, alla luce dei limiti costituzionali delineati dalla Corte Suprema Federale che vietano alla giuria di punire in maniera esemplare il/i convenuto/i per il danno arrecato a terzi estranei al giudizio in corso (sul punto v. *infra*).

---

<sup>216</sup> Trattasi della *opt out class action*, molto più frequente della *mandatory* che a differenza di quest'ultima accorda ai potenziali membri della classe il diritto di non essere vincolati dalla proposizione dell'azione collettiva esercitando il *right to opt out*. Resta in tal caso ferma la possibilità di agire in via individuale per tutelare i propri diritti soggettivi. Per ulteriori riferimenti v. *infra*.

<sup>217</sup> Nel primo giudizio sono prodotte le prove per accertare la responsabilità del convenuto e quantificare i *compensatory damages*, mentre nel secondo, solo dopo che sia stata accertata la responsabilità del danneggiante, sulla base di nuove prove fornite dalle parti, si decide l'ammontare dei *punitive damages*. Si è osservato, tuttavia, che paradossalmente nei *bifurcated trials* normalmente le giurie sono indotte a concedere più facilmente le condanne punitive dopo avere accertato la responsabilità del convenuto piuttosto che nei giudizi unitari. Così BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit., pag. 43, nota. 132

<sup>218</sup> V., ad esempio, caso *Roginsky v. Merrel Inc.*, 378, F. 2d, 832, (2d. Circ. 1967) cit. e la casistica per danni da fumo e, diffusamente, BENATTI, *Danni punitivi e class action nel diritto noramericano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, pag. 234.

Nell'ambito della *product liability* si sono sviluppate cinque tipologie di contenzioso volte a reprimere e prevenire: 1. condotte commerciali fraudolente; 2. la violazione degli *standards* di sicurezza; 3. il mancato o non adeguato controllo dei prodotti; 4. la mancata indicazione, sui prodotti, dei pericoli conosciuti che avrebbero potuto procurare; 5. la mancata eliminazione dei danni conosciuti o conoscibili <sup>219</sup>.

Tra le condotte fraudolenti (*fraudulent misconduct*) ascrivibili alla prima categoria appena enunciata, vanno menzionate, ad esempio, quella del produttore farmaceutico che immette sul mercato medicinali pericolosi per la salute umana in piena consapevolezza, dopo aver falsificato i risultati dei *tests* sperimentali e indotto in tal modo in errore la *Food and Drug Administration*<sup>220</sup>. Allo stesso modo si può citare quella del produttore di sigarette che diffonde una campagna pubblicitaria sostenendo falsamente la minore nocività delle sigarette cd. *light* a cui aggiunge particolari sostanze chimiche per aumentare la dipendenza da nicotina<sup>221</sup>.

Si segnala che i citati giudizi in materia *tobacco litigation* hanno avuto particolare successo perché nel tempo le giurie hanno mutato il proprio criterio decisionale: il fumatore non viene più considerato come un soggetto che accetta liberamente i rischi connessi al consumo delle sigarette, bensì come un soggetto fortemente condizionato nella propria libertà di scelta dalla dipendenza e dalla assuefazione che il fumo produce. Inoltre, questi giudizi sono spesso promossi con *class actions* e vedono gli stessi Stati supportare le iniziative processuali dei danneggiati per il risarcimento dei danni all'erario provocati dalle spese che il sistema sanitario sostiene per curare le patologie legate al consumo di tabacco.

Anche la violazione degli *standards* di sicurezza dei prodotti immessi sul mercato esige,

---

<sup>219</sup>Così PARDOLESI, op. ult. cit., pag. 36.; GALLO, "Pene private e responsabilità civile", cit., pag. 150 e ss.; PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, op cit. pag. 453 e ss.

<sup>220</sup> Cfr. caso *Roginsky v Richardson-Merrell, Inc* cit. Nel caso *Axen v. American Home Products Corp.*, *Ore. App.*, 1999, il produttore di un farmaco utilizzato per la cura di patologie cardiache, consapevole della cecità che avrebbe potuto provocare al paziente, aveva dichiarato all'Autorità effetti collaterali minori e ottenuto la piena commercializzazione del medicinale. La Corte di Appello dell'*Oregon*, considerata la particolare riprovevolezza della condotta del danneggiante, ha confermato la piena ragionevolezza della condanna al risarcimento di 23 milioni di dollari per i danni alla salute cagionati alla vittima e di ulteriori 23 milioni a titolo di *punitive damages* prevista in primo grado.

Allo stesso modo nel caso *Michelle Schwarz v. Philip Morris, Ore.*, 2002, il noto produttore di sigarette ha diffuso una campagna pubblicitaria circa la falsa minore nocività delle sigarette cd. *light* contemporaneamente utilizzando particolari sostanze chimiche per aumentare la dipendenza da nicotina.

<sup>221</sup> Nel caso *Michelle Schwarz v. Philip Morris, Oregon*, 2002, la sig.ra Schwarz, fumatrice dall'età di 18 anni, era stata così indotta ad avvalersi del nuovo prodotto (falsamente pubblicizzato come meno nocivo) ed era deceduta a causa di tumore polmonare all'età di 53 anni. La famiglia Schwarz ha ottenuto in primo grado a titolo di *compensatory damages* la somma di 168.514 dollari e a titolo di *punitive damages* 150 milioni di dollari poi ridotti a 25 milioni con decisione che, facendo leva sul particolare grado di repressibilità della condotta del danneggiante, è stata confermata sia in appello che dalla Corte Suprema dell'*Oregon* in data 16 maggio 2016.

per la concessione dei *punitive damages*, la dimostrazione della consapevole violazione degli *standards* minimi di sicurezza del settore di riferimento (*knowing violation of safety standard*) il cui onere probatorio grava sul danneggiato<sup>222</sup>.

Ulteriore ipotesi di responsabilità del produttore si rinviene, come ricordato, nella mancata esecuzione dei controlli di sicurezza preventivi alla immissione del bene sul mercato che, qualora effettuati, avrebbero disvelato il nesso tra il pregiudizio sofferto dai consumatori e l'utilizzo del prodotto (*failure to adequately test*)<sup>223</sup>. Occorre tuttavia chiarire che per la concessione dei *punitive damages* è richiesta non la semplice dimostrazione della negligenza del produttore che si verifica quando questi abbia svolto i controlli in modo inadeguato, occorrendo, invece, fornire la prova o che il produttore abbia trascurato volontariamente la protezione dell'altrui sfera giuridica oppure di una macroscopica violazione dei doveri di diligenza.

Successivamente all'immissione sul mercato del prodotto (*post – marketing failure to remedy known damages*) il produttore può essere sanzionato con danni punitivi soltanto qualora, con condotta dolosa o gravemente colposa, non abbia eliminato i difetti conosciuti o facilmente conoscibili del suo prodotto<sup>224</sup>.

Il *failure to warn* consiste nell'omissione di adeguate informazioni in ordine ai pericoli derivanti dall'utilizzo del prodotto e, qualora l'omissione risulti dolosa o gravemente colposa, può essere sanzionata con danni punitivi.

La notevole espansione dei risarcimenti compensativi e dei *punitive damages* ha indotto la giurisprudenza e la dottrina a porre degli argini al risarcimento da *product liability* con particolare riferimento al caso di prodotti conformi alle prescrizioni in materia di sicurezza ancorchè egualmente dannosi cd. *unavoidable unsafe products*<sup>225</sup>. Nell'ottica di individuare la migliore distribuzione del costo degli incidenti, anche sulla base degli

---

<sup>222</sup> Caso *Rosendim v. Avco Lycoming, Santa Clara S. Ct.* 1971 relativo alla esplosione in volo di un *jet* per la difformità agli *standards* di sicurezza. La compagnia di volo fu condannata a 10.5 milioni di dollari a titolo di *punitive damages*.

<sup>223</sup> Caso *West v. Johnson & Johnson Products Inc., Cal. App.*, 1985.

<sup>224</sup> Nel caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* la nota casa automobilistica, convenuta in giudizio per il risarcimento dei danni causati dall'esplosione di una vettura Ford avvenuta a seguito di un tamponamento che causò la morte di tre persone, fu inizialmente condannata dalla giuria al pagamento dei *punitive damages* per 120 milioni di dollari, successivamente ridotti dalla Corte a 3.5 milioni di dollari. In giudizio fu accertato che l'esplosione era causalmente riconducibile alla primitiva scelta della società costruttrice di collocare il serbatoio nella parte posteriore della vettura per conseguire un risparmio di spesa di circa 15 dollari per ogni vettura prodotta nella piena consapevolezza dell'elevato rischio di esplosione cui venivano esposti i consumatori. Fu accertata la totale noncuranza e disprezzo degli interessi altrui (elemento psicologico del *malice*) nel post vendita, poiché la società aveva continuato a vendere le automobili anziché ritirarle dal mercato o richiamarle per evitare la produzione di danni.

<sup>225</sup> Si pensi, ad esempio, ai danni subiti in un incidente dai passeggeri di un'automobile costruita in conformità a tutti gli *standards* di sicurezza; alla dannosità per la salute del cellulare conforme alle regole di sicurezza utilizzato eccessivamente dall'utente; ai danni da fumo e derivanti dal consumo di sostanze alcoliche.

studi dell'analisi economica del diritto, si è valorizzata la *preemption doctrine* – che accorda prevalenza agli *standards* di sicurezza federali sulle singole giurisdizioni – con soluzioni differenziate a seconda del settore produttivo di volta in volta considerato. Così, in alcuni casi, il legislatore ha previsto espressamente (*express preemption*) che la conformità del prodotto allo *standard* federale ne rappresenta condizione necessaria per la immissione sul mercato nonché il limite massimo oltre il quale, non potendosi pretendere un ulteriore livello di sicurezza, non è configurabile alcuna responsabilità del produttore per i danni cagionati da prodotti conformi alla legislazione pubblicistica<sup>226</sup>. La stessa giurisprudenza ha applicato la regola della *preemption* con riferimento ai danni derivanti da uso eccessivo del telefono cellulare<sup>227</sup> e in tema di sinistri stradali escludendo la responsabilità del produttore per non avere installato *airbags* non richiesti dalla normativa federale in tema di sicurezza<sup>228</sup>. Talora, invece, si è ritenuto di dover accordare preminenza alle istanze dei danneggiati e, nonostante l'osservanza degli *standards* di sicurezza federali, valorizzando il dovere informativo, si è affermata la responsabilità del produttore di farmaci per non aver fornito informazioni ulteriori rispetto a quelle, minime, richieste dagli *standards federali* sull'utilizzo sicuro del medicinale<sup>229</sup>. Occorre tuttavia evidenziare che la *product liability* è di competenza statale<sup>230</sup> e quindi la legislazione in materia varia a seconda dello Stato considerato sebbene quasi tutti gli Stati federati assegnino alla responsabilità in discorso natura oggettiva<sup>231</sup>; non mancano, però, alcuni Stati che fondano la responsabilità del produttore anche sulla sua *negligence*<sup>232</sup>.

Il passaggio dalla *negligence* alla *strict liability*, nella misura in cui ancora il regime della responsabilità a basi puramente oggettive e incentiva i produttori a effettuare investimenti nella sicurezza dei prodotti per limitare il numero degli incidenti e le relative conseguenze pregiudizievoli, risente del pensiero di Guido Calabresi così come al pensiero dell'illustre giurista può ricondursi lo stretto legame esistente tra la disciplina federale, di natura pubblicistica, diretta ad assicurare *ex ante* la sicurezza dei prodotti (*product safety law*) e la *product liability law*, di natura privatistica, che interviene *ex post* con lo

---

<sup>226</sup> Così OWEN, *Products Liability Law*, op. cit., pag. 34; in materia di alcolici v. par. 215 e 216 U.S.C.

<sup>227</sup> Caso *Farina v. Nokia*, 625 F. 3d 97, 2010, U. S. App. Lexis 22.383, 51, *Comm. Reg.* 955.

<sup>228</sup> Caso *Geier v. American Honda Company*, 529 U.S. 861, 2000.

<sup>229</sup> Caso *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. No. 06 – 1249, 2009.

<sup>230</sup> FELDTHEUSEN – BRUCE – GREEN – GOLDBERG – SHARKEY, *Product liability in North America*, (Jan. 2, 2017). *Product Liability: Fundamental Questions in a Comparative Perspective*, (Eds) Helmut Koziol, Michael D. Green, Mark Lunney, Ken Oliphant, Lixin Yang, Waler de Gruyter GmbH&Co KG, 2017, in *Harvard Public Law Working Paper* n. 18 – 01 pag. 345 e ss.

<sup>231</sup> *Section 402 A del Restatement (Second) of Torts* del 1965 e successivamente dal *Chapter I del Restatement Third, Torts: Product Liability* del 1998.

<sup>232</sup> Trattasi degli Stati del *Michigan* e *Virginia*.

scopo di risarcire il danneggiato dalla difettosità del prodotto immesso sul mercato<sup>233</sup>. In particolare, gli *standards* di sicurezza posti a livello federale intervengono con funzione di riduzione primaria del costo degli incidenti – ossia quella che per Calabresi consiste nella “riduzione del numero e della gravità dei sinistri” – mentre le regole della responsabilità del produttore assolverebbero alla funzione di riduzione secondaria del costo degli incidenti – ovvero del “costo che gli incidenti causano alla società”<sup>234</sup>.

Parte della dottrina ha evidenziato una sorta di “crisi di identità” dei *punitive damages* allorchè si ammetta che la condanna punitiva possa fondarsi su basi puramente oggettive prescindendo dall’accertamento dell’elemento psicologico dell’autore dell’illecito così come sembrerebbe accadere, di regola, per la *product liability* in cui l’imprenditore risponde per il solo fatto di avere immesso sul mercato un prodotto difettoso o pericoloso e per la *vicarious liability* in cui l’imprenditore risponde oggettivamente per fatto altrui ovvero per i fatti illeciti commessi dai propri dipendenti nell’esercizio delle mansioni cui sono adibiti<sup>235</sup>.

E’ stato tuttavia chiarito che non vi è alcuna incompatibilità tra responsabilità oggettiva del produttore/distributore e *punitive damages* perché i due istituti operano su piani diversi: in particolare e come risulta dalla giurisprudenza statunitense, il danneggiato, sulla base della *strict liability*, può conseguire il risarcimento compensativo semplicemente allegando e dimostrando in giudizio di avere subito un pregiudizio riconducibile causalmente alla insicurezza o difettosità del prodotto immesso sul mercato (a prescindere dall’atteggiamento psicologico del danneggiante); qualora, invece, intenda ottenere, oltre ai *compensatory damages* anche la condanna punitiva, in conformità alle regole generali, dovrà provare la particolare riprovevolezza della condotta danneggiante che deve avere agito con *malice* o *gross negligence*.

---

<sup>233</sup> CALABRESI, *Cost. Of Accidents*, op. cit., pag. 68 – 74.

<sup>234</sup> CALABRESI, *Cost. Of Accidents*, op. cit., pag. 401.

<sup>235</sup> PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, op. cit., pag. 486; BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., pag. 204. In giurisprudenza per la estensione anche della condanna punitiva al *principal* per fatto illecito dell’*agent* v. caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 400 U.S. 1 (1991) nel quale la difesa della Compagnia convenuta in giudizio eccepeva che non era a conoscenza dell’illecito del proprio dipendente e che non aveva nemmeno autorizzato la condotta del medesimo sicchè la traslazione della responsabilità dall’autore diretto e immediato dell’illecito in capo proprio datore di lavoro, su basi puramente oggettive e con estensione della condanna ai *punitive damages*, finiva per violare la *Due Process Clause*; eccepeva, inoltre, che ulteriore violazione dell’indicata garanzia costituzionale discendeva dalla estrema discrezionalità accordata alla giuria nel liquidare i *punitive damages*. La Corte Suprema ha però disatteso tali eccezioni rilevando che la previsione di ipotesi di responsabilità oggettiva non è di per sè incompatibile con la *Due Process Clause* e che, anche avuto riguardo alle antiche origini dell’istituto in esame, non sussistono profili di incostituzionalità atteso che il verdetto della giuria può essere sottoposto a successiva revisione da parte della Corte, nè il fatto che i *punitive damages* possano perseguire funzioni di *punishment* e *deterrence* al punto da essere definiti “*quasi criminal*” *punishment* li rende di per sè in costituzionali rispetto al XIV Emendamento. V. anche caso *Louis Pizitz Dry Goods Co. v. Yeldell*, 274, U.S. 112 (1927).

Semmai, in un'ottica giuseconomica, la responsabilità oggettiva, combinata ai *punitive damages*, potrebbe finire per determinare un effetto di iperdeterrenza e di disincentivo allo svolgimento dell'attività di impresa proprio perché la prima assicura già l'integrale internalizzazione dei costi sociali dell'attività economica; l'imposizione di una ulteriore sanzione potrebbe apparire, indipendentemente dal soggetto destinatario, come una sorta di ulteriore tassazione<sup>236</sup>.

In passato, la giurisprudenza di ciascuno dei 50 Stati aveva creato un proprio diritto sostanziale che spesso, su questioni anche rilevanti, divergeva notevolmente da quella degli altri Stati al punto da consigliare una raccolta dei vari principi in un unico documento, non vincolante anche se autorevole, predisposto dall'*American Law Institute*: il *Restatement Products Liability*<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Così GALLO, op. cit., pag. 63 e ss.

<sup>237</sup> Diffusamente, CERINI-GORLA, *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino 2011.

#### 4.2.3. Il dibattito intorno le funzioni dei *punitive damages* e il problema della quantificazione della condanna punitiva

Secondo il *Restatement (Second) of Torts* § 908: « *Punitive or exemplary damages are money damages awarded to a plaintiff in a private civil action, in addition to and apart from compensatory damages, assessed against a defendant guilty of flagrantly violating the plaintiff's rights. The purposes of such damages are usually said to be (1) to punish the defendant for outrageous misconduct and (2) to deter the defendant and others from similarly misbehaving in the future*». E ancora: “*Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the right of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant*”.

La funzione sanzionatoria del rimedio è sottolineata dall'enfasi del richiamo alla “oltraggiosità” della condotta del danneggiante, ovvero la natura abietta delle sue motivazioni e, salvo rare eccezioni<sup>238</sup>, la giurisprudenza dominante ritiene ammissibile il cumulo tra *punitive damages* ed il risarcimento dei danni non patrimoniali da *emotional distress*.

Si è già visto in precedenza come, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale, ai *punitive damages* statunitensi deve riconoscersi funzione sanzionatoria e deterrente e, solo in casi assolutamente eccezionali previsti in alcune giurisdizioni statali, anche compensativa<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Cfr. BENATTI, *Correggere e punire* cit., pag. 34, nota 112.

<sup>239</sup> Secondo la Corte Suprema Federale, i *punitive damages* sono destinati a perseguire obiettivi propri della legislazione penalistica e in particolare sono diretti “*to punish reprehensible conduct and to deter its future occurrence*” così nel caso *Browning – Ferris Indus. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492, U.S. 257, 297 (1989); di “*retribution and deterrence*” e di “*quasi – criminal*” punishment la Corte di Washington discorre nel caso *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S., 1, 19 (1991) e di “*same purposes as criminal penalties*” nel caso *State Farm Mut. Auto Ins. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 417 (2003); v. anche caso *Cooper Ind., Inc., v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424, 432 (2001) e caso *Bankers Life & Cas. Co. v. Crenshaw*, 486 U. S., 71, 87, (1988).

L'accentuamento dei profili pubblicistici sottesi all'istituto e il conseguente avvicinamento alle sanzioni pecuniarie penali sarebbe ulteriormente confermato dagli “*split recovery*” contenuti nelle legislazioni statali (per cui v. *infra*) in virtù dei quali una parte della condanna punitiva viene devoluta per legge in favore delle casse pubbliche esattamente come per le *criminal fines* così LOGAN, *Civil and Criminal Recidivists: Extraterritoriality in Tort and Crime*, 74 U. Cin. L. Rev., vol. 73, 2005, pag. 1610 il quale ricorda che il § 908 del *Restatement (Second) of Torts* (1977) consente di distinguere i *punitive damages* dalle *criminal fines* proprio in considerazione del beneficiario privato o pubblico della condanna pecuniaria con funzione punitiva. L'autore aggiunge, tuttavia, che per effetto della citata sentenza *State Farm* e della sentenza *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003) – decisa un mese prima sempre dalla Corte Suprema federale per cui v. *infra* –, in realtà questa apparente convergenza tra sanzione civile e penale deve essere riconsiderata sotto il profilo della diversa rilevanza attribuita alla extraterritorialità delle condotte illecite tenute dal medesimo soggetto in sede civile e in sede penale; mentre, infatti, in sede

Parte minoritaria della dottrina statunitense assegna ai *punitive damages* una funzione di “*private retribution*”, ovvero di “soddisfazione emozionale” che il danneggiato – per espressa autorizzazione dello Stato – sarebbe autorizzato a ricavare attraverso inflizione al danneggiante di una condanna esemplare in presenza di una condotta grave e riprovevole.

Così inteso, l’istituto non svolge una funzione di deterrenza pubblicistica, ma costituisce soltanto una sorta di “vendetta privata” che potrebbe essere ammissibile soltanto in un numero ristretto di illeciti. Dall’adesione al citato orientamento discenderebbero alcune conseguenze pratiche notevoli: le Corti non dovrebbero invitare le giurie a comparare i *punitive damages* con le sanzioni pubbliche o porre i giurati nella posizione di pubblici ufficiali che irrogano una sanzione e, a loro volta, i giurati, quando concedono i *punitive damages*, non dovrebbero valutare se il convenuto abbia cagionato una lesione a soggetti che non sono parte del processo (per cui si veda *infra*).

Dal momento che la teoria della “*private retribution*” non considera le condanne punitive come una forma di sanzione pubblica (funzionale all’interesse dello stato alla deterrenza e retribuzione), certe considerazioni dovrebbero essere escluse dalla deliberazione della giuria o, in caso di impugnazione, dai motivi di appello<sup>240</sup>.

---

penale ai fini della applicazione del trattamento previsto dalle legislazioni statali per i recidivi è possibile considerare tutti i precedenti illeciti compiuti dallo stesso soggetto anche in altri stati federali, al contrario, in sede civile, i *punitive damages* non possono mai sanzionare il convenuto per danni arrecati a terzi soggetti - diversi dall’attore – e ai fini della *culpability* del convenuto occorre considerare solamente le condotte illecite tenute in precedenza dal medesimo purchè simili o identiche a quelle poste alla base della domanda proposta (in sostanza occorre accertare che il convenuto abbia replicato e riprodotto la stessa violazione nel tempo per giustificare il rimedio ultracompensativo) ed entro i confini territoriali di quello stato. Così LOGAN, op. cit., pag. 1627 e ss.

<sup>240</sup> Diffusamente SEBOK, *Punitive Damages: From Myth to Theory*, in *Iowa L. Rev.* 2007, vol. 92, pag. 957 e ss.; Id, *Philosophical Foundation of the Law of Torts*, a cura di Oberdiek, Oxford, pag. 314 e ss. Sempre nell’ambito delle teorie che considerano i *punitive damages* come *private redress* occorre menzionare COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 *Minn. L. Rev.* 584, 658 – 662 (2003) che, dopo avere ricostruito l’evoluzione storica dell’istituto muovendo dall’esperienza inglese, afferma che i “*punitive damages, even when regarded as punishment, were consciously limited to the amount necessary to punish the defendant for the wrong done, and the harm caused, to the individual plaintiff only*” e non invece per “*total harm damages*”, ovvero per i pregiudizi cagionati non solo all’attore, ma anche a tutti gli altri potenziali danneggiati.

A seguito della sentenza della Corte Suprema Federale nel caso *Philip Morris v. Williams* per cui v. *infra*, lo stesso autore ha specificato che i *punitive damages* possono reputarsi costituzionalmente legittimi solo se impiegati per punire *private wrongs* affermando che “*the Constitution thus mandates that, absent criminal procedural safeguards, punitive damages may be employed as punishment for private wrongs, but not as punishment for public wrongs*” così COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages*, 118 *Yale L. J.* 392, (2008) pag. 455.

Secondo ZIPURSKY, *Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption*, 125 *Harv. L. Rev.* 1757, 1777 (2012), i *punitive damages* sono connotati da un profilo privatistico c.d. *private redress conception* e da un profilo pubblicistico c.d. *noncompliance sanction conception*; in virtù del primo, costituiscono un rimedio civilistico collocato nell’ambito della *tort law* - che l’autore descrive come “*about respecting the rights between the private parties*” - che permette agli “*individuals who have been wronged to seek redress through the courts for having been wronged*” così ZIPURSKY, op. cit., a pagg. 1777-1778. Nel caso in cui il convenuto abbia agito *wilfully*, l’attore “*is entitled to be punitive*” potendo richiedere oltre al risarci-



Per la prevalente dottrina e la giurisprudenza americana<sup>241</sup> l'obiettivo di deterrenza assegnato ai *punitive damages* è, però, irrinunciabile soprattutto nelle ipotesi di danni con gravi conseguenze sulla società o che coinvolgono interessi diffusi al punto da indurre un autore<sup>242</sup> ad auspicare, con chiaro riferimento a quelli ambientali, che diventino danni sociali e che i danni punitivi vengano concessi in tutti i casi di danni sofferti da soggetti in posizione di debolezza.

Tuttavia, l'aspetto più problematico attiene alla determinazione del *quantum* risarcibile che deve essere flessibile e costituire il giusto bilanciamento tra le esigenze di deterrenza e la "sanzione" concretamente adottata. Raggiungere il punto di equilibrio è però operazione estremamente complessa perché non esiste una tabella della sofferenza umana e perché se un legislatore può stabilire dei tetti massimi e, al mutare delle condizioni rivederli, altrettanto non può fare un tribunale il quale non può sapere a quale "giusto costo" una determinata situazione non si verificherà più e neppure può correggere successivamente la propria decisione<sup>243</sup>.

L'irrigidimento della flessibilità attraverso l'imposizione di tetti massimi, a sua volta, potrebbe incidere negativamente sull'efficacia della misura disposta (allorché simbolica o per converso eccessiva) mentre l'omessa previsione di limiti, potrebbe determinare una imprevedibilità della somma liquidata e, di riflesso, danneggiare l'intero sistema economico o taluni settori di esso e creare ingiustificate disparità di trattamento a se-

---

mento dei danni compensativi anche i *punitive damages*. La *noncompliance sanction conception* postula invece che l'attore sia considerato un "*private attorney general bringing the defendant's wrongful conduct to the attention of a jury, which is then supposed to select a financial penalty that will send a strong deterrent message to the defendant about the wrongfulness of his conduct*" così ZIPURSKY, op. cit. a pag. 1779. Nel valutare la compatibilità costituzionale del rimedio, richiamando sempre il caso *Williams* cit., l'autore sostiene che se in base alle leggi statali e/o la *common law* la giuria è chiamata a punire il convenuto per la grave offesa arrecata all'attore o a chi è rappresentato dall'attore in quel processo civile, la Corte può concedere i *punitive damages* perché la "sanzione civile" sarebbe comunque attratta nell'ambito di un rimedio privatistico come forma di *private redress* per la cui concessione sono sufficienti le garanzie procedurali previste nell'ambito della *tort law*. Al contrario, se le leggi statali e/o la *common law* abilitano la giuria a punire il convenuto per l'offesa arrecata a soggetti che non sono né l'attore/i né coloro che sono rappresentati dall'attore/i in giudizio, allora i *punitive damages* assumono connotati pubblicistici e devono considerarsi incostituzionali se concessi in assenza delle garanzie procedurali previste per i processi penali. In virtù della menzionata *noncompliance sanction conception* il privato che abbia agito in giudizio sembrerebbe potersi assimilare a una sorta di *attorney general* che, mediante la propria iniziativa processuale, garantirebbe l'applicabilità delle sanzioni statali.

Per la svalutazione della funzione di *deterrence* v. anche HUBBARD, *Substantive Due Process Limits on Punitive Damages Awards: "Morals Without Technique?"*, 60 FLA. L. REV., 349 – 383 (2008).

<sup>241</sup>RUSTAD, *The closing of the Punitive Damages' iron cage* in 38 Loy. L. A. L. Rev. 2005, 1324, nt. 151 rinviene l'adozione della regola citata nel testo nei seguenti Stati: *Alabama, Alaska, Arkansas, Arizona, California, Georgia, Hawaii, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Minnesota, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Wisconsin*. Richiede, invece, la prova al di là di ogni ragionevole dubbio il *Colorado* (COLO. REV. STAT. § 13-25-127(2) (2001).

<sup>242</sup>SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, 113 Yale L. J. 347 (2003); POLINKSY – SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 869, 877 (1998).

<sup>243</sup>Per spunti, BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale* cit., pag. 10.

conda della corte di volta in volta adita.

Questa seconda ipotesi si è verificata negli Stati Uniti al punto che autorevoli voci<sup>244</sup>, sebbene contrarie in linea di principio a qualsiasi limitazione dei *punitive damages*, preoccupate dal sostanziale abuso che dell'istituto veniva fatto, si sono mostrate propense a individuare condizioni più restrittive per la loro applicazione al fine di evitare le diseconomie già riscontrate in taluni settori economici quali quello assicurativo.

È stato evidenziato che la scelta di introdurre o meno limitazioni statali alla concessione dei *punitive damages* risente spesso dei condizionamenti politici del partito dominante (soprattutto in campagna elettorale). Studi empirici dimostrano che mentre il partito democratico, maggiormente fiducioso nel ruolo attivo del giudice e delle giurie nella correzione delle ingiustizie sociali e delle inefficienze del mercato, tende a favorire la diffusione dei “danni esemplari” soprattutto nella prospettiva di accordare tutela ai consociati a fronte degli abusi delle grandi imprese che spesso celando le pressioni provenienti dalla potente *lobby* dei *trial lawyers*, il partito repubblicano, al contrario, nutrendo maggiore diffidenza verso la discrezionalità giudiziaria, tende a introdurre stringenti limiti alla quantificazione dei *punitive damages*<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> Critiche ai *punitive damages* nel sistema americano sono state espresse, *ex multis*, da GHIRARDI, *Should Punitive Damages be Abolished! A Statement for the Affirmative*, 1965 *A.B.A. Sec. Ins. Negl. & Compensation L. Proc.* 282; ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 1 (1982); JEFFRIES JR., *A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages*, 72 *Va. L. Rev.* 139, 139 (1986); INGRAM, *Punitive Damages Should Be Abolished*, 17 *Cap. U. L. Rev.* 205 (1988); QUAYLE, *Civil Justice Reform*, 41 *v. Am. U. L. Rev.* 559, 564 (1992); SUNSTEIN ET ALL, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 *Yale L. J.* 2071 (1998); SCHWARTZ ET ALL, *Reining in Punitive Damages "Run Wild" Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, 65 *Brook. L. Rev.* 1003, 1004 (1999); REDISH & MATHEWS, *Why Punitive Damages Are Unconstitutional*, 53 *Emory L. J.* 1 (2004).

<sup>245</sup> BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contratto e Impresa* n. 4/2017, pag. 1132 che cita, in nota 16, quale esempio dei diversi studi empirici condotti in materia, DENG AND ZANJANI, *What Drives Tort Reform Legislation? An Analysis of State Decisions to Restrict Liability Torts*, in *The Journal of Risk and Insurance*, 2016, pag. 1539 ss.

#### 4.2.4 I fattori incidenti sulla ampia diffusione dei *punitive damages* (e sui relativi eccessi): giuria, *class action* e patto di quota lite

Il vasto ambito oggettivo di applicazione dell'istituto esteso, in particolare ai contratti, ha determinato una vera esplosione di condanne ai *punitive damages*, spesso spropositate per la sensibilità del giurista di *civil law*<sup>246</sup>.

Hanno concorso all'espansione del fenomeno talune particolarità del sistema giudiziario americano e la riconosciuta possibilità, in termini generali, di stipulare patti di quota lite.

E' noto che il VII emendamento della Costituzione statunitense stabilisce che “*In tutti i procedimenti che rientrano nell'ambito del diritto consuetudinario, sarà fatto salvo il diritto al giudizio da parte di una giuria ogni volta che l'oggetto della controversia superi il valore di venti (mila) dollari, e nessun caso giudicato da una giuria potrà essere sottoposto a nuovo esame in qualsiasi altra corte degli Stati Uniti, se non secondo le norme del diritto consuetudinario*”<sup>247</sup>.

In materia di danni punitivi, la giuria popolare, esempio più diffuso della democrazia partecipativa negli Stati Uniti<sup>248</sup>, ha “*la parola decisiva su concessione e relativo ammontare*”<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Dal punto di vista quantitativo l'esplosione di condanne punitive esorbitanti avviene tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso con riferimento alla *product liability* e alla *mass tort litigation*. Nei decenni precedenti, invece, il rapporto dei *punitive damages* rispetto ai danni compensativi non appariva sproporzionato v. BLATT ET ALL, *Punitive Damages: A State by State Guide To Law and Practice*, (2009), pag. 5 e ss.; SCHWARTZ ET ALL, *The Supreme Court's Common Law Approach to Excessive Punitive Damage Awards: A Guide for the Development of State Law*, 60 S.C. L. Rev., 886 (2009) Ad esempio, nel caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, 1995 WL 360309 (*Bernalillo County, N. M. Dist. Ct.* 1994), come ricorda DI MARZIO, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, op. cit., una anziana donna ottiene un risarcimento del danno prossimo ai 3 milioni di dollari (somma ridotta a 640.000 dollari dal giudice) perché il caffè era troppo caldo. La donna, in macchina, aveva poggiato il bicchiere tra le ginocchia e lo aveva aperto per aggiungere dello zucchero, facendolo rovesciare e procurandosi (o concorrendo a procurare) ustioni di terzo grado con conseguente — diremmo noi — danno biologico. V. anche il caso *Bullock v. Philip Morris USA, Inc.*, 42 Cal. Rptr. 3d 140, 151 (*Ct. App.* 2006), in cui la giuria della corte californiana ha concesso 850.000 dollari a titolo di *compensatory damages* e ben 28 bilioni di dollari a titolo di *punitive damages* per la morte di un singolo fumatore deceduto a causa di un lungo tumore al polmone.

Cfr. anche MONATERI – ARNONE – CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, in *Trattato sulla responsabilità civile a cura di Monateri*, Torino 2014, 118 ss. ove si ricorda che oggi grazie ai correttivi posti dalla Corte Suprema e legislativi statali la situazione è completamente diversa.

<sup>247</sup> L'indicata disposizione costituzionale non conferisce il diritto ad avere un processo con giuria dinanzi a una Corte statale; tuttavia, quasi tutte le Costituzioni degli Stati federati hanno una propria analoga previsione.

<sup>248</sup> ABRAMSON, *We, the Jury System and the Ideal of Democracy*, Harvard University press Cambridge, 1997, pag. 252.

<sup>249</sup> PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto* cit., pag. 447 e ss. Secondo D'ACRÌ, *Il danno punitivo*, Roma 2005, pag. 55 e ss., in realtà, la giuria non gode di piena discrezionalità nella concessione e liquidazione dei *punitive damages*, dovendosi rilevare che, per un verso, spetta alla Corte accertare l'esistenza di una prova chiara (*evidence*) per quanto concerne l'an della condanna punitiva e che, per altro verso, il verdetto della giuria circa il *quantum* è condizionato dalla legislazione statale, dai precedenti delle Corti

Proprio perché composta da comuni cittadini<sup>250</sup>, la giuria ha notevole difficoltà a tradurre in termini economici il giudizio sulla condotta; è influenzata più che da motivi giuridici, da ragioni emotive e dall'intento di privilegiare la parte debole ed è notoriamente ostile alle persone ricche e potenti (in genere i convenuti). L'insieme di questi motivi determina una naturale inclinazione all'*overdeterrence*<sup>251</sup> che in termini generali, i giuridici non possono imbrigliare se non attraverso indicazione dei criteri di liquidazione da seguire.

---

statali, dalle decisioni della Corte Suprema Federale – cui le legislazioni statali in materia devono conformarsi –, così come dai criteri guida elaborati dalla stessa Corte cui è sottoposto il caso concreto.

Lo stesso Autore ricorda, peraltro, la singolarità della legislazione del *Connecticut* e del *Kansas* secondo la quale, contrariamente alla regola generale, la giuria si pronuncia sull'*an* della condanna punitiva mentre la liquidazione del *quantum* compete alla Corte.

Nello stesso senso BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., pag. 205. Fermo quanto esposto, in ogni caso, per la determinazione del *quantum* della condanna punitiva la giuria tiene conto di tutte le peculiari circostanze del caso concreto e anche in questo caso le soluzioni divergono da Stato a Stato. Il par. 908 del *Restatement (second) of Torts* detta 3 criteri guida di carattere generale: le caratteristiche della condotta illecita (che sul piano oggettivo deve divergere notevolmente - con eccezionale grado di gravità - da quella consentita dall'ordinamento e sul piano soggettivo deve connotarsi per la presenza di *malice*, *reckless* o *gross negligence*), la natura e l'ampiezza del danno attuale o potenziale e la situazione economica del convenuto. Tale ultimo criterio si pone in contrasto con il principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e rischia di incentivare anche abusi da parte dei danneggiati, ma viene tradizionalmente accolto dalla *common law* statuale (ad eccezione del *Colorado* e *North Dakota* così SEBOK, *Punitive damages in the United States*, op. cit., pag. 186 e ss.) fermo il limite della eccessività nel senso che non sono ammissibili condanne tali da determinare il fallimento dell'impresa. In alcuni Stati, peraltro, solo dopo che si è raggiunta la prova della sussistenza dei presupposti della concessione dei *punitive damages* si possono introdurre, in un secondo momento, prove sulla condizione patrimoniale del danneggiante (ad esempio ciò accade in *California*, *Nevada*, *Maryland*, *Montana*, *Oregon*, *Tennessee*, *Utah*) così SEBOK, op. cit., pag. 186.

Secondo QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., pag. 281, le condizioni economiche del responsabile, rilevano sotto diversi profili poiché permettono al giudice del fatto (giuria o Corte) “a) di personalizzare l'efficacia deterrente della sanzione; b) di assicurarsi che il patrimonio disponga di risorse sufficienti per provvedere al pagamento della sanzione; c) di evitare che siffatto pagamento possa condurre alla distruzione (economica) del responsabile (*overkill*); e) di fornire agli organi di appello un parametro oggettivo attraverso il quale valutare l'eventuale eccessività del verdetto”.

Talora si tiene conto anche del profitto eventualmente conseguito dal danneggiante v. ad esempio caso *Smith v. Miliken*, 247 Ga. 369, 276 S.E.2d 35 (1981) e in alcuni Stati anche dell'ammontare delle spese processuali sostenute dall'attore (ad esempio in *Connecticut*) v. caso *Kelsey v. Connecticut State Emp. Ass'n*, 179 Conn. 606, 427 A.2d 420 (1980).

<sup>250</sup> ABRAMSON, *We, the Jury* cit., a pag. 251 e ss. ricorda che ogni anno vengono create circa 150.000 giurie a livello dei singoli Stati e 10.000 a livello federale.

<sup>251</sup> Osserva BENATTI, op. ult. cit., pag. 59 e ss. che tra le principali critiche mosse alla giuria vi è quella di essere facilmente influenzabile e ostile nei confronti delle persone ricche e potenti; inoltre, i giurati hanno notevole difficoltà a tradurre in termini economici il giudizio sulla condotta e spesso sono influenzati più che da motivi giuridici, da ragioni emotive e dall'intento di privilegiare la parte debole. V. sul punto anche QUARTA, op. cit., pag. 243 e ss. studi empirici hanno dimostrato che la disparità economica tra danneggiante e danneggiato influisce sulla decisione finale con tendenziale incremento del danno risarcibile, così come, nel bilanciamento tra lesione degli interessi fondamentali della persona e degli interessi economici dell'impresa danneggiante, i primi tendono ad avere preminenza; si ammette, talora, che siano reputati meno gravi anche notevoli danni economici all'attività economica rispetto a lesioni fisiche modeste così ampiamente SUNSTEIN ET ALL, *Punitive damages. How Juries decide*, Chicago 2002; HERSCH – VISCUSI, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, 33 *J. Of. Leg. Studies* 1, 2, 3 (2004); più di recente MARRERO, op. cit., pag. 798 e ss. il quale ricorda, peraltro, che la scelta di innalzare il rigore dello *standard* probatorio da assolvere per ottenere i *punitive damages*, ha portato inevitabilmente la giuria a concedere condanne sempre più elevate in presenza di comportamenti palesemente *egregious* così a pag. 810.

In particolare, laddove il caso lo richieda, la giuria delibera a maggioranza – senza alcuna necessità di motivazione – non solo sulla colpevolezza del convenuto, ma anche sull’ammontare del danno risarcibile avuto riguardo, per tale ultimo profilo, alle linee guida fornite dal giudice togato che devono esprimere in maniera chiara, sufficientemente comprensibile e non vaga le condizioni in presenza delle quali sia possibile applicare una condanna punitiva e i relativi limiti conformemente alla legislazione statale e ai precedenti giurisprudenziali<sup>252</sup>.

Gli indicati criteri, secondo la giurisprudenza prevalente, hanno proprio la funzione di evitare che il verdetto della giuria sia condizionato da pregiudizi personali onde assicurarne una certa ragionevolezza. In questa prospettiva, la determinazione dei giurati viene sottoposta sia al vaglio della Corte in primo grado (controllo *post trial*) che eventualmente, in caso di impugnazione del soccombente, al giudice di secondo grado ben potendo essere annullata se manifestamente eccessiva (e, come si vedrà, non conforme

---

<sup>252</sup> Come anticipato le soluzioni variano a seconda dello Stato considerato: nel caso *Bowden v. Caldor, Inc.*, 710 A.2d 267 (1998), ad esempio, la Corte Suprema del *Maryland* ha indicato ben 9 parametri di riferimento e precisamente: “1. *punitive damages* “must not be disproportionate to the gravity of the defendant’s wrong”; 2. *punitive damages* “should not be disproportionate to the defendant’s ability to pay”; 3. “Since one of the purposes of punitive damages is to deter the defendant from engaging in the type of conduct forming the basis for the award, the deterrence value of the amount awarded by the jury, under all of the circumstances of the case, is relevant”; 4. “Comparing the punitive damages award and the civil or criminal penalties that could be imposed for comparable misconduct provides a third indicium of excessiveness”; 5. “Another appropriate consideration in judicially reviewing an award of punitive damages is to compare the award with other final punitive damages awards in the jurisdiction, and particularly with awards in somewhat comparable cases”; 6. “A trial court is not required in a punitive damages trial to allow evidence to be submitted to the jury concerning punitive damages awards for the same conduct in other cases against the defendant. In a post-verdict proceeding before the trial judge concerning the alleged excessiveness of the award, however, we believe that evidence of other final and satisfied punitive damages awards against the same defendant for the same conduct may be considered by the trial judge as a factor”; 7. “When the total amount of punitive damages awarded against the defendant is based on separate torts, a pertinent consideration under Maryland case-law is whether the separate torts all grew out of a single occurrence or episode”; 8. “The plaintiff’s reasonable costs and expenses resulting from the defendant’s malicious and tortious conduct, including the expenses of the litigation, which are not covered by the award of compensatory damages, are matters which appropriately can be considered in judicially reviewing an award of punitive damages” 9. “Whether a punitive damages award bears a reasonable relationship to the compensatory damages awarded in the case, is today generally accepted as a factor to be considered in judicial review for excessiveness of a jury’s punitive damages award”. La Corte Suprema dell’*Alabama* nel caso *Green Oil Co. V. Hornsby*, 539 So 2d. 218 (*Ala.* 1989), invece, fa riferimento a 7 parametri tra i quali il grado di repressibilità della condotta, il livello di colpevolezza del convenuto, la dannosità attuale o potenziale della condotta e l’estensione del guadagno ricavato in esecuzione della stessa.

Circa i rischi sottesi alla eccessiva vaghezza dei criteri forniti alle giurie v. caso *Honda Motor Co. v. Oberg*, U.S. No. 93 – 644, 1994, in cui la Corte Suprema Federale ha statuito che “*punitive damages pose an acute danger of arbitrary deprivation of property. Jury instructions typically leave the jury with wide discretion in choosing amounts, and the presentation of evidence of a defendant’s net worth creates the potential that juries will use their verdicts to express biases against big business, particularly those without strong local presences*”; v. anche caso *Browning – Ferris*, 492, U.S., 281, cit.; v. anche caso *Haslip*, 499, U.S., 43 cit. Il problema era ben avvertito anche in precedenza; oltre un secolo prima, la stessa Corte Suprema ammoniva sul rischio dell’assenza di regole certe che potessero guidare la discrezionalità della giuria nel caso *Mo. Pac. Ry. Co. v. Humes*, 115 U.S. 512, 521 (1885). In dottrina per la imprevedibilità del verdetto della giuria v. MARRERO, op. cit., pag. 800, SUNSTEIN ET ALL, op. cit., pag. 2074; ELLIS JR, op. cit., pag. 990.

ai parametri indicati dalla Corte Suprema Federale)<sup>253</sup>.

Riguardo ai *punitive damages* - fuori dai casi previsti dalla legislazione federale - lo scrutinio della Corte Suprema Federale si limita a garantire l'osservanza di limiti esterni di natura costituzionale alle legislazioni e agli orientamenti giurisprudenziali statali e assicura, come si vedrà *infra*, il diritto a non subire condanne sproporzionate rispetto all'offesa inflitta (VIII emendamento costituzione USA) e il diritto a un giusto processo (XIV emendamento costituzione USA). Ne consegue che le Corti statali, ferma l'intangibilità dei menzionati diritti costituzionali e il limite della ragionevolezza, hanno ampia facoltà di stabilire "se" e "come" concedere i *punitive damages* con soluzioni diversificate a seconda dello Stato considerato, risultando alquanto limitati i poteri di intervento del Supremo Giudice Federale<sup>254</sup>.

Nel sistema statunitense il processo civile assume fondamentale importanza anche in tema di politica del diritto perché molte grandi questioni, come ad esempio

---

<sup>253</sup> Sul punto v. Corte Suprema casi *Cooper Indus., Inc. v. Leatherman Tool Grp., Inc.*, 532 U.S. 424, 431 (2001); *Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, *Honda Motor Co. v. Oberg* cit.; RUSTAD, *The closing of the Punitive Damages' iron cage*, cit., pag. 1329 e ss.

Ricorda BARATELLA, *Le pene private*, op. cit. pag. 205 che il soccombente potrebbe richiedere al giudice togato, in riforma del verdetto della giuria, sia la riduzione della condanna punitiva sia una sentenza contraria. Diffusamente ROBERTSON, *Judging Jury Verdicts*, in *Tulane L. Rev.* 2008, vol. 83, a pag. 160 ricorda che "a party faced with an unjust jury verdict, however, generally has limited recourse. Overt errors can be corrected: for example, if it is clear that a juror was biased, the trial court can order a new trial on that ground. Similarly, if it is clear that the jury mistakenly based its verdict on an improper view of the law, or if the judge's instructions to the jury were misleading, such a verdict can also be set aside. Finally, if the judge concludes that the case should not have been submitted to the jury because a reasonable jury would not have a legally sufficient evidentiary basis to find for the party, the judge can set aside the jury's verdict and grant the judgment as a matter of law". Più di recente per i problemi legati alla genericità dei criteri indicati dalle corti per limitare la discrezionalità della giuria e alle percentuali variabili di annullamento o riduzione del verdetto dei giurati in primo grado in sede *post trial judicial review* o in appello (comprese tra il 30 e il 78 % dei casi esaminati) a seconda del tipo di controversie e di giurisdizioni statali considerate cfr. *amplius* MARRERO, op. cit., pag. 798 e ss. Cfr. anche ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, cit. il risultato finale è che, contrariamente a quanto si potrebbe inizialmente pensare, molti convenuti potrebbero non subire alcuna condanna punitiva o comunque una condanna ai *punitive damages* certamente più modesta di quella inflitta *ab origine* dalla giuria; naturalmente per ovviare all'errore di valutazione iniziale dei giurati si finisce per produrre un ulteriore dispendio di risorse pubbliche il che genera ripercussioni negative sull'intero sistema di amministrazione della giustizia. Per prevenire simili criticità si è quindi cercato di innalzare l'onere probatorio e adottare criteri più rigorosi quanto alla ammissibilità delle fonti di prova ai fini della adozione di condanne punitive in sede civile, ma percentuali così alte di riforma dei verdetto della giuria suggeriscono che probabilmente occorrerebbe affidare direttamente al giudice togato la liquidazione dei *punitive damages* – sebbene, si osserva, che neppure in sede di revisione del verdetto iniziale si riesca sempre a prevedere l'esito del giudizio di impugnazione secondo *standards* consolidate – v. sempre MARRERO, op.cit., pag. 805. Una soluzione al problema potrebbe essere quella di favorire una separazione tra il giudizio di responsabilità affidato alla giuria (che come nel processo penale si pronuncerebbe solamente sulla *guilty*) e il giudizio sui *punitive damages* affidato al giudice (che come nel processo penale decide sul *punishment*) sulla base di *standards* probatori molto rigorosi.

<sup>254</sup> Nel caso *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128, S. Ct. 2605 (2008) pag. 2627 La Corte Suprema Federale, nel valutare la proporzionalità dei *punitive damages* concessi in secondo grado e i criteri impiegati dagli Stati dell'*Alabama* e del *Maryland* per la relativa concessione, ha statuito che il verdetto punitivo può essere ridimensionato laddove frutto di "passione e pregiudizio da parte del giudice o della giuria che lo ha decretato, o il suo ammontare sia così elevato da scioccare la coscienza".

l'eguaglianza razziale, non vengono decise in base a regole fissate dal legislatore, bensì da quelle stabilite da giudici in processi spesso instaurati tramite *class actions*<sup>255</sup>.

L'approccio europeo è totalmente diverso; si critica la giurisdizionalizzazione dei procedimenti decisionali tipica dell'ordinamento statunitense sul rilievo che attraverso di essa si confondono i ruoli tra giudice e amministratori e si ritiene preferibile affidare la funzione di deterrenza e dissuasione a specifici organi pubblici oppure a istituzioni riconosciute dallo Stato.

Da parte sua, la dottrina nordamericana guarda con una certa diffidenza la soluzione europea rilevando come, spesso, queste apposite "agencies" o "authorities" siano particolarmente sensibili agli interessi del soggetto da regolamentare e controllare e, sotto diverso profilo, che la loro competenza settoriale mal si presta a realizzare una mediazione "globale" di interessi confliggenti<sup>256</sup>.

E' indubbio che allo sviluppo dei *punitive damages* abbia contribuito la *class action* che, oltre a costituire strumento processuale di razionalizzazione delle risorse giudiziarie e di incremento della redditività della giustizia<sup>257</sup>, realizza una funzione deterrente e dissuasiva (*private enforcement*) nei confronti dei grandi enti, pubblici o privati, nei cui confronti è proposta inducendoli ad astenersi dal compiere atti illeciti e, nel contempo, costringe le imprese ad assorbire interamente *the social costs of its actions* creando, attraverso la *deterrence*, ulteriori *social benefits*<sup>258</sup>.

Concorre al perseguimento della indicata funzione deterrente il vasto ambito oggettivo a cui è applicabile - non soltanto, ad esempio, nel settore della *product liability*, ma anche dell'*employment discrimination*, dell'*antitrust labor law* e dell'*intellectual property* - al punto da indurre autorevole dottrina a sostenere che la reale importanza della *class action* nordamericana non è quella di assicurare adeguata compensazione alle vittime degli illeciti, quanto, piuttosto, quella di costituire un istituto realmente deterrente e dissuasivo<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it., a cura di Candolero, rist. Milano, 1991, pag. 273; TROCKER, *Class actions negli USA - e in Europa?*, in *Contratto e impresa*, 2009, pag. 178 e ss.

<sup>256</sup> TROCKER, *Class actions*, cit., pag. 178.

<sup>257</sup> TROCKER, *Class actions negli USA - e in Europa?*, in *Contratto e impresa*, 2009, cit. pag. 178.; ROSENBERG, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, in *37 Harv. J. Legis.*, 2000, pag. 397.

<sup>258</sup> RUBENSTEIN, *Why Enable Litigation?: An Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action*, *74 UMKC L. Rev.* 709, 710-11, 726; 2006; CRASWELL, *Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and Its Alternatives*, in *97 Mic. Law Rev.*, 1999, 2185.

<sup>259</sup> GILLES & FRIEDMAN, *Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, *155 U. Pa. L. Rev.* 103, 105, 2006; secondo TARUFFO, *La tutela collettiva*, cit., 530 ss. la *class action* americana si differenzia nettamente dai modelli dei diversi Paesi europei all'interno dei quali gli strumenti giuridici finalizzati a fornire una tutela collettiva sono finalizzati a proteggere particolari situazioni di vantaggio e sono limitati per lo più ad apprestare rimedi ingiuntivi o risarcitori.

Al notevole sviluppo della *class action* – e per stretta correlazione dei *punitive damages* – ha contribuito anche il sistema di determinazione del compenso dell'avvocato (*class counsel*) e non da ultimo i penetranti poteri del giudice nordamericano che nell'indicato procedimento assume una *managerial function* sia soltanto perché, diversamente da quello europeo, non è limitato o costretto a seguire scrupolosamente le regole predisposte dal legislatore (per cui si veda *infra*)<sup>260</sup>.

Il controllo incisivo del giudice discende dal fatto che negli Stati Uniti la *class action* è intesa come partecipazione al giudizio (ancorchè in termini di finzione) di tutti i soggetti coinvolti dalla classe che vengono perciò a trovarsi vincolati al giudizio della corte senza avere la minima possibilità di partecipare al processo; questi ultimi perdono la possibilità di incidere sulla strategia processuale da adottare e così tale perdita viene “sostituita” dal penetrante controllo che il giudice esercita nel corso del processo con riferimento, tra l'altro, ai requisiti richiesti per la nomina del *counsel*.

In Italia in cui opera il principio della soccombenza *ex art. 91 cod. proc. civ.*, le spese processuali vengono interamente sopportate dai difensori delle parti e per essi dalle parti stesse.

Non così in negli Stati Uniti<sup>261</sup> in cui gli avvocati sono retribuiti su base oraria (*lodestar formula*) con costi che variano per specializzazione, rinomanza e spesso localizzazione dello studio perché le tariffe risultano più modeste nelle zone di provincia e nelle città meno importanti.

Le tariffe orarie possono variare di molto; da meno di 100 sino a 1.000 dollari all'ora. Ai costi orari vanno aggiunti quelli cosiddetti paralegali.

In alternativa, per gli incarichi su questioni semplici e ben delineate, il cliente può stipulare con l'avvocato un contratto di prestazione d'opera professionale che predetermini il

---

<sup>260</sup> TROCKER, *Class actions negli USA – e in Europa?*, in *Contratto e impresa*, 2009, pag. 194 osserva come “la disciplina della *class action* (americana), chiede al giudice “inventiveness”, coraggio e fantasia, sin dalla fase iniziale della sua instaurazione, chiamandolo, da un lato, ad arginare il pericolo di un uso distorto dello strumento processuale e dall'altro ad evitare che la tutela in forma rappresentativa venga ristretta ed ostacolata tramite troppi gravosi requisiti a cominciare dall'individuazione dei legittimari ad agire che l'ordinamento non affida alla determinazione preventiva del legislatore, bensì al controllo del giudice, e della definizione della classe, essenziale al fine di identificare sia coloro che possono dare corso all'azione sia coloro che saranno vincolati dalla pronuncia sia infine coloro che, in ipotesi di *class action* di cui al paragrafo (b) (3) della Rule 23 devono ricorrere alla notice”.

<sup>261</sup> Negli USA, infatti, non sussiste, di regola, il principio di soccombenza e le spese processuali sono direttamente sopportate dalle parti secondo la cd. *American Rule* cfr. *Uniform Law Commissioner's Model Punitive Damages Act*, Section 7, 1995, salvo che il giudice disponga diversamente sanzionando, in particolari ipotesi, la condotta del danneggiante. La giurisprudenza americana, nel garantire una liquidazione proporzionata ai danni punitivi, tiene conto, di regola, della entità delle spese processuali, delle condizioni economiche delle parti - in particolare quelle del danneggiante – e dell'ammontare degli stessi *compensatory damages*.



compenso dovuto per l'intera attività.

L'altra possibilità è quella di concordare un patto di quota lite (*contingency fees*)<sup>262</sup>, attraverso cui l'avvocato partecipa, con il cliente, al rischio dell'esito del giudizio nel senso che non avrà diritto ad alcun compenso in caso di insuccesso, mentre, in caso di esito positivo, avrà diritto ad una percentuale sulle somme incassate dal cliente.

Quando gli avvocati assumono il rischio della lite con i relativi costi<sup>263</sup>, è perché hanno la possibilità di concordare, in un'ottica quasi mercantile della professione forense<sup>264</sup>, percentuali crescenti del risultato economico ottenuto dal cliente (cd. *Attorney fee*) che in caso di definizione stragiudiziale della controversia (ad esempio arbitrato o conciliazione) sarà tenuto a versare, normalmente, il 25% di quanto recuperato; in caso di esito favorevole del giudizio di primo grado, una percentuale variabile dal 25 al 40% (normalmente il 30%) e, in caso di appello con esito favorevole, del 50%<sup>265</sup>. Ovviamente, in

---

<sup>262</sup>Nella legislazione inglese, la situazione è diversa da quella americana. Fino al 1967 i patti di quota lite erano vietati perché si assumeva che l'aver un interesse economico all'esito della definizione della lite fosse una condotta contrastante con le regole etiche della professione sanzionata anche penalmente. Anche se a seguito della emanazione del *Criminal Law Act* del 1967, il fatto non costituisce più reato, gli accordi tra cliente ed avvocato riconducibili al modello del *contingency fee* sono considerati nulli perché contrari all'ordine pubblico. Solamente con il *Court and Legal Services Act* del 1990 e i successivi regolamenti attuativi del 1995 e del 1998, sono stati introdotti i c.d. *conditional fee agreements* in forza dei quali al legale viene riconosciuto, in caso di successo, un onorario aggiuntivo di risultato c.d. *success fee* calcolato come percentuale sugli onorari base c.d. *base costs* (calcolati su base tariffaria o sulla base delle ore lavorative) che non può superare il 100 % della normale tariffa, mentre, in caso di soccombenza, il cliente dovrà pagare solo le spese sostenute dal difensore.

In Inghilterra esiste il principio di soccombenza e, a partire dal primo aprile del 2000, la legislazione inglese (in particolare la sezione 27 dell'*Access to Justice Act* del 1999 che ha modificato il *Courts and Legal Service Act* del 1990) ha previsto che la *success fee* vada inclusa tra le spese legali.

Considerato il rischio di incorrere nelle ingenti spese di lite del sistema giudiziario britannico, nei costi di un eventuale risarcimento in favore della controparte vittoriosa e anche nella *success fee* si sono diffuse apposite polizze assicurative c.d. *after the event* o ATE, i cui premi oggi sono ricompresi sempre all'interno delle spese legali. Per ulteriori riferimenti DANOVÌ, *Compenso professionale e patto di quota lite*, Milano 2009, pag. 106 e ss.

In Scozia può essere convenuto che il compenso all'avvocato sia subordinato all'esito positivo della controversia (*speculative action*) mentre non è possibile prevedere che sia dovuta una percentuale su quanto percepito dal cliente come onorario aggiuntivo. Fino al 1990 era lecito concordare un aumento della tariffa in percentuale in caso di successo dell'azione giudiziaria (*Law Reform – Miscellaneous Provisions – Scotland – Act 1990 sez. 36*), sul presupposto che il cliente e l'avvocato abbiano già concordato una tariffa iniziale.

Al di là di tali patti, nei Paesi di *common law*, il compenso professionale è determinato, come ricordato, in base a una tariffa oraria che varia a seconda della anzianità e del prestigio dell'avvocato così PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano 2010, pag. 181 e ss.

<sup>263</sup>COFFEE, *The regulation of entrepreneurial litigation: balancing fairness and efficiency in the large class action*, in *University of Chicago Law Rev.*, 58, 1989, pag. 877.; v. caso *Pennsylvania v. Delaware Valley Citizens' Council for Clean Air*, 483 711 (1987).

<sup>264</sup>Definisce l'avvocato "protagonista imprenditoriale [...] non certo meramente ausiliario professionale e tecnico della parte" CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, pag. 609; BRONSTEEN – FISS, *The Class Action Rule*, in *Notre Dame Law Rev.*, 2004, pag. 1425.

<sup>265</sup>GIOVAGNOLI, op. cit., ricorda che, ferma restando la variabilità delle percentuali da Paese a Paese, in ogni caso sia il *contingency fee agreement*, sia in la *lodestar formula*, garantiscono al difensore un elevato compenso per la prestazione professionale resa. Condividono tale affermazione, GIUSSANI, *Azioni collet-*

caso di esito negativo del processo, nulla sarà dovuto al difensore “*no cure - no pay, no win - no pay*”<sup>266</sup>.

I patti di quota lite sono ormai generalizzati nei diversi settori della responsabilità civile e in particolare in materia di *class actions*; non sono invece ammessi nella maggior parte delle giurisdizioni locali, come indicato dalla *Rule n. 1.5 (d) del “Model Rules of Professional Conduct of the American Bar Association”*<sup>267</sup>, per le controversie familiari e penali (con l’eccezione del *Nevada* ove il *contingency fee* è ammesso anche nei procedimenti penali).

In un sistema pubblicistico come quello statunitense in cui il ruolo assistenziale dello Stato è estremamente limitato e non è previsto il gratuito patrocinio a spese dello Stato per le persone indigenti, il patto di quota lite, nella misura in cui ancora il diritto al corrispettivo del difensore al solo caso di risultato positivo della lite, indubbiamente favorisce l’accesso alla tutela giurisdizionale di tutti coloro che, diversamente, non sarebbero in grado di sostenere gli elevati costi della difesa tecnica (finendo così per desistere dall’agire in giudizio per tutelare i propri diritti)<sup>268</sup>.

In secondo luogo, la prospettiva di ottenere una quota parte della somma liquidata in favore del cliente, incentiva il difensore a seguire il caso con la massima diligenza possibile e, attesa l’assunzione del rischio economico del giudizio, l’istituto *de quo* potrebbe assolvere anche ad una funzione deflattiva del contenzioso civile disincentivando la proposizione di azioni manifestamente infondate.

In terzo luogo, il patto di quota lite è conveniente anche in considerazione delle esose tariffe orarie che, indipendentemente dal successo o meno dell’azione, dovrebbero essere corrisposte dal cliente al difensore in misura tale da non divergere significativamente dalle previsioni del patto. Inizialmente, sino agli anni ’80, il compenso dovuto al *class*

---

*tive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2009, pag.134 ss.; PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 327, pag. 330; v. anche sul punto LUCANTONI, *Class action un ruolo “trainante” per gli studi legali*, in *Analisi giur. dell’ec.*, 2008, pag. 97.

<sup>266</sup> Ricorda DITTRICH, *Profili applicativi del patto di quota lite*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1141, 1148: “*se la parte attrice perde la causa, non solo non paga il suo avvocato, ma non deve neanche pagare alcunché per le spese legali della controparte. Gli unici esborsi a cui potrà essere assoggettata saranno, a seconda degli accordi intercorsi con il proprio difensore, quelli relativi ai costi vivi della controversia [...]*”.

<sup>267</sup> La Rule 1.5, dopo avere individuate come tipologie di compenso la tariffa *flat*, *hourly fee*, *contingency fee* e la *performance fee*, alla lettera d) prevede “... (d) *A lawyer shall not enter into an arrangement for, charge, or collect:*

*(1) any fee in a domestic relations matter, the payment or amount of which is contingent upon the securing of a divorce or upon the amount of alimony or support, or property settlement in lieu thereof; or (2) a contingent fee for representing a defendant in a criminal case ...*”.

<sup>268</sup> L’istituto viene utilizzato tra il XIX e il XX secolo per consentire ai lavoratori delle compagnie ferroviarie di poter ottenere difesa tecnica in caso di infortuni sul lavoro a fronte della obiettiva difficoltà di anticipare somme ingenti per poter agire in giudizio, per poi diffondersi in tutti gli altri settori fino alle *class actions* GIORGETTI, VALLEFUOCO, “*Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo. Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe ed Azioni di Gruppo*”, Milano 2008, pag. 146 e ss.

*counsel* veniva liquidato dal giudice con il c.d. *lodestar method* e cioè moltiplicando il numero di ore lavorate per un compenso orario ritenuto congruo; successivamente, però, poiché una simile criterio di liquidazione appariva contrastare l'interesse della classe a definire quanto prima la controversia<sup>269</sup>, i giudici hanno iniziato a riconoscere, come compenso per il lavoro svolto dal *class counsel*, una percentuale detratta a monte che normalmente si attesta sul 25% della *class's recovery*<sup>270</sup>.

Si tratta, in genere, di somme molto elevate e, quindi, di veri e propri incentivi per gli avvocati che, sebbene secondo alcuni autori<sup>271</sup> costituiscano un ingiustificato arricchimento ai danni dei membri della classe, hanno essi stessi funzione deterrente e trovano ragione giustificatrice nella funzione di *policy* svolta da questa tipologia di azioni.

E' stato obiettato che, *a latere* di tali aspetti soltanto apparentemente positivi, le cosiddette tariffe "*condizionate*" all'esito del giudizio, lungi dal garantire accesso indiscriminato alla giustizia civile, hanno finito soltanto per incentivare la selezione delle controversie più redditizie e con maggiori probabilità di successo a scapito di quelle che, seppur altrettanto se non ancor più meritevoli di tutela, presentavano, nell'ottica del difensore, più elevati rischi di insuccesso.

Si è così sviluppato un contenzioso "mirato", talvolta ricercato dai difensori per ottenere facili guadagni, avente ad oggetto cause e azioni di classe nei confronti di multinazionali e grandi case produttrici nella piena consapevolezza dei "limiti" delle giurie popolari che avrebbero senz'altro riconosciuto i *punitive damages* in misura rilevante.

Nella esperienza giuridica statunitense, a partire dagli anni '60 – '70 del secolo scorso, si è quindi assistito a una eccessiva dilatazione delle condanne esemplari le quali, in un'ottica giuseconomica<sup>272</sup>, hanno finito per produrre in concreto effetti sovracompenso e di iperdeterrenza negativi per interi settori industriali (c.d. *overkill*) e per lo stesso sistema assicurativo.

---

<sup>269</sup> In argomento, v. *Activision Sec. Litig.*, 723 F. Supp. 1373, 1378 (N.D. Cal. 1989)

<sup>270</sup> COFFEE JR., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. Chi. L. Rev. 877, pag. 887.

<sup>271</sup> Si veda, ad esempio, BELLINI - PONZANELLI, *I limiti delle class-actions nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano*, in F. Galgano-G. Visintini (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova 2006, pag. 337 ss.; PONZANELLI, *I segnali della responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 6, pag. 1223 e ss.

<sup>272</sup> Secondo gli studi della *Law and Economics*, in un'ottica di massimizzazione del benessere collettivo e di efficienza economica del sistema, oltre il rapporto tra danneggiante e danneggiato, l'utilità dei danni punitivi si apprezza nei soli casi di illecito doloso. La condanna punitiva, viceversa, in caso di illecito colposo ovvero in presenza di fattispecie di responsabilità oggettiva finirebbe per produrre effetti di sovraderrenza ovvero una nuova situazione di inefficienza dovuta alla necessaria adozione da parte degli operatori economici di misure precauzionali eccessive e sproporzionate rispetto ai potenziali danni correlati allo svolgimento di attività produttive che finirebbe per scoraggiarle, per ulteriori riferimenti su punto cfr. COOTER, MATTEI, PARDOLESI, op. cit., pag. 397 e ss. Cfr. *retro* anche par. 3

E' stato difatti osservato che la indeterminabilità e la imprevedibilità *ex ante* dell'ammontare delle condanne sovracompensative riduce il processo a una "*tort lottery*" e costituisce la principale causa di "*crisi del sistema americano della responsabilità civile*" poiché il timore di incorrere in condanne punitive eccessive, induce gli operatori dei diversi settori produttivi ad adottare scelte difensive improntate ad eccessiva prudenza che, a sua volta, produce crisi come di fatto avvenuto negli Stati Uniti nel settore della ricerca e produzione farmaceutica ed in quello ginecologico<sup>273</sup>.

Prima di soffermarsi sui correttivi sostanziali e procedurali adottati sia in campo legislativo che giurisprudenziale (per cui v. *infra*) per ovviare ai citati inconvenienti, occorre analizzare, sul piano operativo, come la *class action* abbia contribuito alla diffusione dei *punitive damages* e come oggi, invece, sembrano riscontrarsi forti resistenze alla diffusione delle *punitive damages class actions*.

---

<sup>273</sup> GALLO, op. cit., pag. 29 e ss.

#### 4.2.5 La disciplina della *class action* e il complesso rapporto intercorrente con *punitive damages*

Per potere comprendere lo stretto rapporto che intercorre tra *punitive damages* e *class action*, bisogna dare conto di alcune caratteristiche ordinamentali del sistema giudiziario statunitense. L'organizzazione del potere giudiziario degli Stati Uniti d'America si caratterizza per un "dualismo perfetto" tra corti federali e corti statali, a differenza di altri Stati Federati, come ad esempio la Germania o la Svizzera, in cui il Giudice Federale assume solo la posizione di organo giurisdizionale di ultima istanza<sup>274</sup>.

Il sistema federale è regolato dalla *Federal Rules of Civil Procedure* e dal *U.S. Code* mentre il sistema statale ha proprie regole processuali e leggi sostanziali.

In tema di *class action*, la maggior parte degli Stati federati (43 Stati dell'Unione) ha adottato una legislazione modellata su quella federale; alcuni vi hanno introdotto più o meno significative modifiche (ad esempio il *Texas*) mentre altri si sono ispirati alla diversa disciplina del *Model Class Action Act* del 1976 o allo *Uniform Consumer Sales Practices Act* del 1970.

Alcuni Stati hanno, inoltre, introdotto una disciplina *ad hoc* per talune *class actions* settoriali (a difesa dei consumatori o degli assicurati) talora escludendo la configurabilità di classi formate da cittadini di diversa nazionalità e ammettendola solo per quelli del medesimo territorio statale<sup>275</sup>.

Occorre dunque muovere dalla disciplina federale codificata dalla *Rule 23* delle FRCP, più volte modificata nel tempo<sup>276</sup> (alla quale si affiancano speciali discipline processuali

---

<sup>274</sup> Esiste, pertanto, un duplice ordine di corti nazionali e locali: riguardo alle corti federali, la prima Sezione dell'art. 3 della Costituzione statunitense ha istituito la Corte Suprema Federale e sancito garanzie fondamentali per i giudici attribuendo al Congresso il potere di istituire Corti federali inferiori, mentre la seconda Sezione ha individuato le controversie riservate alla giurisdizione delle medesime. In attuazione della richiamata previsione Costituzionale, il Congresso, con il *Judiciary Act* del 1798, ha istituito, quali corti federali di primo grado, le *District Courts* e le *Courts of Appeals* quali giudici federali di secondo grado al cui vertice si colloca, ovviamente, la *US Supreme Court*.

Il Congresso ha inoltre istituito alcune corti specializzate sprovviste delle garanzie dell'art. 3 cost. USA e con competenza limitata, sulla base dell'art. 1, sezione 8 (9) cost. USA, come, ad esempio, la *U.S. Court of International Trade*. Così VARANO – BARSOTTI, op. cit. pag. 354; GUARDA, *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento, 2006, pag. 8 e ss. Per ulteriori riferimenti alle corti federali e le competenze della Corte Suprema Federale v. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Cont. e imp.*, 2004, pag. 186, nota n. 35; VARANO – BARSOTTI, op. cit. pag. 355.

Accanto alle corti Federali ciascuno Stato ha un proprio sistema giudiziario che di regola presenta 3 gradi di giudizio (anche se in un terzo degli Stati manca il secondo).

<sup>275</sup> Così GIORGETTI – VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*, Milano 2008, pag. 374 e ss. che evidenziano come l'indicato pluralismo di disciplina determina il cd. il fenomeno del *forum shopping* nella misura in cui l'attore, tra i diversi fori competenti, tende a scegliere la giurisdizione statale (o quella federale) più favorevole tenendo conto di una pluralità di fattori sostanziali e processuali quali ad esempio le corti territoriali che hanno reso pronunce più generose di altre, le voci dei danni risarcibili e la disciplina dell'onere probatorio.

<sup>276</sup> Per le origini storiche dell'istituto risalenti alle *representative suits* sorte nel diritto di *equity* come deroga alla regola del *necessary party rule* che presso le Corti di *Common Law* inglesi imponeva la necessa-

di settore come, ad esempio, lo *Sherman Act* in materia di concorrenza, il *Securities Act* e il *Securities Exchange Act* per le *class actions* dirette a far valere la responsabilità degli operatori finanziari).

La disciplina attualmente vigente, che configura un istituto processuale di generale applicazione – poiché non circoscritto alla tutela di predeterminate situazioni giuridiche soggettive di natura sostanziale<sup>277</sup> - si fonda su tre caratteristiche fondamentali<sup>278</sup>: 1. la legittimazione “diffusa”<sup>279</sup> all’esercizio dell’azione che compete a ciascun membro della classe, sebbene in concreto ad agire (cd. *plaintiff class action*) o a essere convenuto in giudizio (cd. *defendant class action*, piuttosto rara)<sup>280</sup> per conto - non solo proprio, ma anche dell’intera classe - sia il cd. *named* o *class representative* (o *leading plaintiff*)

---

ria partecipazione al processo di tutti i potenziali attori/convenuti a pena di improcedibilità della domanda e alle conseguenti difficoltà applicative dovute alla impossibilità di convenire in giudizio soggetti che non appartenevano alla circoscrizione territoriale nella quale si collocava quella Corte v. diffusamente YEAZELL, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven (Connecticut), Yale University Press, 1987, pag. 38 e ss.; MARCIN, *Searching for the Origins of the Class Action*, in 23 *Catholic University Law Review*, 1974, pag. 515 e ss.; GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova 1996, pag. 4 e ss. ID, *Un libro sulla storia della “class action”* in *Riv. crit. dir. priv.* 1989, pag. 171 e ss.

La Rule 23 delle FRCP, nota anche come *Moore rule*, risale al 1938 e per il commento alla disciplina originaria non può che citarsi l’opera del relativo autore MOORE, *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems Raised by the preliminary Draft*, in 25 *Georgetown Law Journal*, 1937, pag. 570 e ss. La Rule 23 è stata successivamente modificata nel 1966, nel 2003 e nel 2005. Ricorda, PASTORE, *Class action e modelli di tutela collettiva*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di Pardolesi, Bari 2011, pag. 97, che se inizialmente sul piano funzionale la *class action* mirava ad assicurare, a fini di economia processuale, l’accesso alla giustizia a una pluralità di soggetti che avevano subito danni omogenei di modesta entità che altrimenti, sulla base di un’analisi costi benefici, avrebbero desistito dal promuovere un’azione individuale, a partire dagli anni ’60 con il moltiplicarsi delle attività economiche potenzialmente produttive di illeciti di massa, l’istituto ha assunto anche la funzione di prevenzione e deterrenza degli illeciti. Per ulteriori riferimenti bibliografici in argomento v. diffusamente NEWBERG - CONTE, *Newberg on Class Actions*, St. Paul, 2002, II ed.; *Manual for Complex Litigation*, redatto dal *Federal Judicial Center*, Washington, 2004, IV ed., pag. 242 ss.; MULHERON, *The Class Action in Common Law Legal Systems*, Oxford, 2004, pag. 5 ss.; MULLENIX, *New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits. General Report – Common Law*, in PELLEGRINI – GRINOVER - CALMON *Direito processual comparado. XIII World Congress of Procedural Law*, Brasilia, 2007, p. 500 ss.; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli 2013; VANNI, *La Class action e la funzione di deterrenza degli illeciti civili in prospettiva comparatistica*, in *Scritti di Comparazione e Storia giuridica* a cura di Pietro Cerami e Mario Serio, Torino 2011, pag. 141 e ss.; TROCKER, *Class actions negli USA e in Europa?*, op. cit., pag. 178 e ss.; TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pag. 529 e ss.

<sup>277</sup> PASTORE, *Class action e modelli di tutela collettiva*, op. cit., pag. 98; v. anche HANS – MICKLITZ, *Azioni di Gruppo per il risarcimento del danno*, in *Rass. dir. civ.*, fasc. 2, pag. 497, 2008. Spesso il tentativo delle corti di circoscrivere il campo di applicazione della *class action* alle sole controversie consumeristiche si ricollega al ruolo di *policy of law* da esse svolto piuttosto che a eventuali limiti legislativi circa le situazioni giuridiche soggettive tutelabili – non previsti dalla Rule 23 FRCP – a differenza ad esempio di quanto accade in Italia con il secondo comma dell’art. 140 bis cod. cons. e di altri ordinamenti europei cfr. BUZZELLI – BONA, *L’ambito oggettivo della tutela prevista dalla legge: diritto al risarcimento dei danni ed alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori od utenti in Obiettivo class action: l’azione collettiva risarcitoria*, a cura Consolo, Buzzelli e Bona, Milano, 2008, pag. 62.

<sup>278</sup> CONSOLO – ZUFFI, *L’azione di classe ex art. 140 bis cod. cons., lineamenti processuali*, Padova, 2012, pag. 21.

<sup>279</sup> GIUSSANI, voce “Azione di classe”, in *Enc. del dir.*, *Annali VII*, 2014, pag. 74; ID, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, op. cit., pag. 148 e ss.

<sup>280</sup> Infatti, in senso contrario, alla ammissibilità della *defendant class action* v. caso *Phillips Petroleum Co. v. Shitts*, 472 U.S. 797 (1985).

quale parte processuale<sup>281</sup> assistita dal difensore tecnico valutato più adeguato (*class counsel*). Naturalmente il *named representative* propone una domanda giudiziale diretta a tutelare un proprio diritto soggettivo leso dal convenuto fondata su questioni di fatto e/o di diritto comuni a tutti gli altri membri della classe<sup>282</sup> mentre i cd. *absent members*<sup>283</sup> (o soggetti rappresentati) non conferiscono alcun mandato al *class representative* e tantomeno al *class counsel*, nè esercitano alcun potere o assumono alcuna responsabilità durante lo svolgimento del processo (ad esempio per quanto riguarda la fase istruttoria, le spese processuali, gli onorari); alla fine del giudizio a essi si estende il provvedimento di merito superindividuale che, ove favorevole, potrà da costoro essere azionato in via esecutiva<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> CONSOLO – RIZZARDO, *Class actions “fuori dagli USA”*: qualcosa si muove anche nelle nostre (ex) frontiere settentrionali almeno quanto al “case management”, in *Int'l Lis*, 2006, 1, pag. 37 e ss., che nel delineare le principali differenze esistenti tra *class action* statunitense e *group litigation* inglese e *Musterverfahren* tedesca, pongono l'accento su due dati fondamentali: in primo luogo nelle *class actions*, parte attrice è la classe in sé considerata e il *class representative* agisce quale “rappresentante paraorganico della classe stessa” - trattasi di una tesi già sostenuta precedentemente da CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, pag. 609 e ss. -, mentre in Inghilterra e in Germania ogni membro della classe è parte del processo e non si ha un simile fenomeno di rappresentanza.

In secondo luogo, oggetto della *class action* è la somma delle pretese derivanti dall'illecito plurioffensivo, mentre in Germania e in Inghilterra si tratta delle questioni comuni alle domande seriali. Circa le differenze funzionali tra il modello della trattazione aggregata in unica sede processuale delle sole questioni comuni al contenzioso seriale e il modello delle *class actions* in cui sono aggregate domande omogenee nel loro complesso anche per gli aspetti non comuni v. sul punto GIUSSANI, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso in serie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, fasc. 4, pag. 1279 e ss.

<sup>282</sup> In questo senso dalle *class actions*, si distinguono le *public interest class actions*, diffuse ad esempio in materia ambientale, nelle quali si agisce in giudizio a tutela di interessi dell'intera collettività anche in difetto di un proprio interesse personale. In questo senso FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, op. cit., pag. 185, nota n. 34. La *class action*, inoltre, non potrebbe essere assimilata alle azioni promosse da un'associazione di categoria o da altro ente privato per la tutela di un suo proprio interesse collettivo poiché soggetto estraneo alla classe così PASTORE, op. cit., pag. 107; CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pag. 569 e ss.; TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pag. 529 e ss. V. anche GIUSSANI, voce “azione di classe”, op. cit., pag. 132 che descrive le azioni di classe come *species* del *genus* delle azioni collettive nella misura in cui sono dirette a tutelare situazioni di vantaggio sostanziali individuali caratterizzate dalla comunanza di questioni tra i membri della classe e non invece interessi collettivi. In altri termini nella *class action* statunitense il *lead plaintiff*, dato che interessato in proprio all'azione proposta, agisce con la stessa *vigorous defense and prosecution* di ogni altro componente della classe rappresentato cfr. LUCANTONI, *Un ruolo trainante per gli studi legali*, in *Analisi giur. ec.*, 2008, fasc. 1, pag. 85 e ss. e VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria*, in *Contr. e imp.*, 2008, fac. 3, pag. 739. Infine, devono distinguersi dalle *class actions* le cd. *parens patriae actions*, ovvero azioni promosse dai procuratori generali degli Stati federati nell'interesse dei cittadini danneggiati da un illecito anticoncorrenziale per ottenere i cd. *treble damages* ai sensi della *Section 4C* del citato *Clayton Act*.

<sup>283</sup> Dalla *class action* possono così distinguersi altri istituti del diritto processuale statunitense che determinano processi con pluralità di parti sebbene tutte presenti personalmente nel giudizio (*Impleader ex par. 14 FRCP*, *Joinder ex par. 20 FRCP*, *Interpleader FRCP par. 22*, *Intervention ex art. 24 FRCP* e *Consolidation ex par. 42 (a) FRCP*).

<sup>284</sup> BRONSTEEN-FISS, *The Class Action Rule*, in *Notre Dame Law Review*, 2003, pag. 1419, quanto al rapporto tra *absent members* e *class representative*, discorrono di *interest representation*, che sarebbe tollerata dall'ordinamento giuridico (nonostante non ci sia una espressione di volontà dei singoli membri

2. La *class action* è caratterizzata da un procedimento bifasico; la prima fase attiene alla valutazione di ammissibilità della domanda ed è diretta ad accertare l'esistenza dei pre-requisiti di cui alla *Rule 23, Section (a)*, e la sussumibilità dell'azione proposta in una – quantomeno – delle fattispecie tipiche previste dalla *Rule 23, Section (b)*; la seconda è costituita dallo svolgimento dal giudizio (sempre che, come si vedrà, non si addivenga a una soluzione della lite in sede stragiudiziale).

3. Gli effetti della decisione favorevoli o sfavorevoli si estendo a tutti i componenti della classe senza necessità di adesione degli *absent members* (ancorchè con alcune differenze derivanti dalla diversa tipologia *class action* esercitata per cui v. *infra*).

Si ricorre alla *class action* in caso di contenziosi connotati da profili di complessità sul versante soggettivo<sup>285</sup> e, quindi, non solo in ipotesi di litisconsorzio necessario (situazione giuridica indivisibile – contitolarità da parte di più soggetti dello stesso diritto), ma anche facoltativo allorchè siano proposte da o contro soggetti diversi più domande giudiziali cumulabili nello stesso processo poiché fondate sulla medesima *causa petendi* (questioni di fatto e/o diritto omogenee come ad esempio accade per gli illeciti plurioffensivi in materia di responsabilità del produttore, terreno elettivo de i *punitive damages*)<sup>286</sup>.

Ai fini della proposizione della relativa domanda, sul versante procedurale, occorre anzitutto individuare il giudice competente e quindi stabilire se debba essere proposta, secondo le generali regole di ripartizione della giurisdizione, dinanzi a una corte federale o statale<sup>287</sup>.

In proposito il *Class Action Fairness Act* del 2005 (CAFA) per arginare gli abusi che si erano verificati in passato<sup>288</sup>, ha ampliato il perimetro della giurisdizione federale a sca-

---

della classe ad essere rappresentati da un rappresentante che si è autonominato) in virtù dell'importanza sociale della *class action* e della irrisorietà della potenziale perdita per ciascun membro.

<sup>285</sup> TROCKER, *Class action negli Usa – e in Europa?*, op. cit., pag. 186.

<sup>286</sup> Ricorda l'efficacia delle *class actions* statunitensi nel contrasto degli illeciti di massa ISSACHAROFF, *Assembling Class Actions*, in *Washington University L. Rev.*, Vol. 90, 2013, pag. 699 e ss.

<sup>287</sup> Le Corti Federali hanno giurisdizione solo nei casi previsti dalle leggi federali (leggi penali federali, brevetti e diritti di autore, cause marittime) o se la controversia concerne parti di Stati diversi ed ecceda il valore di \$ 75.000 cd. *diversity jurisdiction*. Il superamento dell'indicata soglia quantitativa, necessario per potere adire le Corti federali, fu previsto dalla Corte Suprema Federale nel caso *Zahn v. International Paper Co.*, 414 U.S. 291 (1973) e doveva in un primo momento riferirsi alla domanda risarcitoria proposta da ciascun membro della classe e, a seguito della Riforma del 1990, al solo *class representative* ex art. 28 U.S.C. par. 1367.

<sup>288</sup> FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2006, fasc. 1, pag. 13 e ss., ricorda che prima della riforma del 2005, si assisteva spesso al fenomeno del *forum shopping* nel senso che gli attori di Stati Federati diversi avrebbero potuto esercitare una *class action* indifferentemente dinanzi a qualsiasi Corti statale entro il cui territorio si era prodotto il danno. Gli avvocati tendevano così a scegliere le Corti degli Stati che certificavano più facilmente le *class actions* e con giurie maggiormente generose verso i danneggiati ripudiando invece le Corti Federali anche per il sistema di nomina, di tipo elettivo, dei giudici delle corti statali indubbiamente più favorevoli per soggetti



pito di quella statale che attualmente permane per tutte le *class actions* caratterizzate da tre requisiti essenziali: il *petitum* della domanda aggregata deve essere pari o superiore a \$ 5.000.000 (senza computare spese e interessi); i membri della classe devono essere superiori a 100 e devono provenire da Stati diversi, anche in minima parte, da quelli di provenienza dei convenuti (cd. criterio della *minimal diversity* che ha sostituito quello precedente della *complete diversity*). A questa regola generale (cd. *original jurisdiction* delle Corti Federali) seguono eccezioni giustificate dalla esigenza di preservare la giurisdizione statale in controversie che abbiano un collegamento qualificato con interessi di rilevanza territoriale<sup>289</sup>.

Una volta individuato il giudice munito di giurisdizione cui proporre la domanda, segue la fase della *precertification* nella quale si possono porre varie questioni preliminari alla certificazione della classe (affrontate in apposita *pretrial conference* ai sensi della *Rule 16 FRCP* come ad esempio questioni di giurisdizione, di competenza, di ammissibilità

---

ivi residenti piuttosto che in altri. Si veda a riguardo anche lo studio di BEISNER AND ALL, *One small step for a Contry Court ... One Giant Calamity for the National legal system, civil justice report* n. 7, 2003, *Manhattan Institute, New York*, 2003. Come visto *supra*, per evitare l'applicabilità della *complete diversity* che avrebbe radicato la giurisdizione delle corti Federali nel solo caso in cui tutti gli attori provenissero da Stati diversi rispetto a quelli di provenienza dei convenuti e la causa fosse stata di valore eccedente a 75.000 \$, gli avvocati individuavano altri attori provenienti dallo Stato dei convenuti oppure citavano come ulteriori convenuti soggetti provenienti dallo stesso stato di loro provenienza così optando per la più favorevole giurisdizione delle corti statali. V. anche PONCIBO', *La controriforma delle class actions*, in *Danno e resp.*, 2006, fasc. 2, pag. 124 e ss. Per il ridimensionamento delle prerogative statali dovuto all'ampliamento della giurisdizione federale nell'ambito della *tort law*, cfr. SEDLER – TWERSKI, *State choice of law in mass tort cases: a response to a view from the legislature*, in 148 *U. Pa. L. Rev.*, 2000, pag. 2263 ss.

<sup>289</sup> Il CAFA ha così previsto ipotesi nelle quali è sempre sussistente o per contro esclusa la giurisdizione delle corti federali e altri in cui è facoltativa. Anzitutto le corti federali sono sempre munite di giurisdizione se un numero limitato - un terzo o meno di un terzo - dei membri della classe sono cittadini dello Stato ove si trovi la Corte Statale inizialmente adita dal *class representative*; viceversa, la corte federale deve declinare la propria giurisdizione in favore di una Corte statale - allorchè vi sia un collegamento stretto della *class action* con il territorio statale - nei casi di cd. *home stare exceptions* e *local controversy exceptions*: nella prima ipotesi più di due terzi dei membri della classe o almeno due terzi degli attori e il convenuto principale sono cittadini dello Stato in cui è stata inizialmente proposta la domanda giudiziale con la conseguenza che per la Corte Federale vige una declinatoria di tipo obbligatorio che diviene facoltativa se gli attori sono compresi tra un terzo e due terzi.

Nel secondo, invece, la Corte Federale ha solo la facoltà - ma non l'obbligo - di declinare la propria giurisdizione alle seguenti condizioni: la parte più significativa e rilevante dei danni per cui è causa si è verificata nel territorio dello Stato nel quale è collocata Corte Statale inizialmente adita, una percentuale superiore ai due terzi della classe è costituita da cittadini di quello stato così come almeno un convenuto sempre la sua condotta costituisca una base significativa della pretesa azionata in giudizio e sia pertanto considerato il responsabile principale del danno cagionato alla classe. Sono ricomprese nella giurisdizione federale anche - se non qualificabili propriamente come *class actions* - più cause riunite presso una medesima corte statale purchè ciascuna domanda sia di valore superiore a \$ 75.000, a meno che siano state riunite dal convenuto, per ragioni di ordine pubblico o solo temporaneamente per le attività *pre-trial*. GIORGETTI – VALLEFUOCO, op. cit. pag. 386.

della domanda, di litispendenza e continenza, di nomina del *class counsel* provvisorio così come del *named representative*)<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> Nella fase che precede la certificazione della classe potrebbe porsi il problema della contestuale pendenza di diversi processi individuali e/o di classe relativi alle medesime questioni di fatto rispetto a quelle oggetto dell'azione collettiva per cui è domandata la *certification*. Se le questioni di litispendenza - continenza sono rilevate a livello federale e tutti i processi pendono dinanzi a corti federali, prima di certificare la classe, si ricorre al procedimento di *Multidistrict Litigation* (MDL introdotto con L. No. 90-296, 82 Stat. 109-10 (1968) come modificato nel testo vigente 28 U.S.C. § 1407 2006). Per evitare una moltiplicazione della *discovery*, giudicati contrastanti e per ragioni di economia processuale, in presenza di questioni comuni pendenti dinanzi a corti diverse, il *Judicial Panel On MLD* (composto da 7 giudici federali), su istanza di parte – una *motion* per la centralizzazione in cui si argomenta sinteticamente circa l'individuazione del *transferee court and judge* cui le altre parti possono opporsi entro 20 giorni -, del giudice di merito o d'ufficio compie due valutazioni: 1. anzitutto valuta se disporre la *consolidation* o il coordinamento dei diversi processi nella sola fase *pre-trial* alla luce di quanto previsto dal legislatore (secondo cui, in particolare, “*will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions*”); 2. in caso affermativo, decide quale debba essere l'unica corte federale che deve risolverli in modo uniforme cd. *transferee judge* – spesso oggetto di contestazioni delle parti -; successivamente all'istruttoria, stando al dato normativo, si dovrebbe avere un *remand* alla corte originaria trasferente anche se, in concreto, ciò accade in un numero estremamente limitato di casi poiché di regola è la *transferee court* a pronunciarsi su una *dispositive motion* o su un *settlement* che normalmente potrebbe essere il giudice finale della controversia così M. JANICKE, *The judicial Panel on Multidistrict Litigation: Now a Strengthened Traffic Cop for Patent Venue*, 32 *Review of Litigation* 497 (2013). Sempre a livello federale, è ammesso, in alternativa, un coordinamento informale o formale delle diverse procedure per gli aspetti comuni da trattare. Se le controversie pendono dinanzi a giudici statali e federali diversi, sono previste forme di coordinamento elastiche (ad esempio udienze congiunte e gestione comune della *discovery*). Per i problemi legati alla individuazione della *transferee court* e del *transferee judge*, in assenza di precise indicazioni provenienti dal legislatore v. diffusamente RICHARDS, *An Analysis of the Judicial Panel on Multidistrict Litigation's Selection of Transferee District and Judge*, 78 *Fordham L. Rev.* 311 (2009) il quale, a pag. 321, menziona ben 16 fattori che il JPML tiene in considerazione per la decisione: “*significant pretrial progress od an action pending in the transferee district, the docket conditions or resources of the transferee judge or district, the location of the first- filed action, the geographic centrality or proximity of the transferee district to the filed actions, the concentration of the actions between or among district courts, the concentration of potential tag- along actions between or among district courts, the proximity of the transferee forum to relevant documents or potential witnesses, the location of related court proceedings, the general experience of the transferee judge, the experience of the transferee judge due to presiding over one of the constituent actions, the familiarity of the transferee judge with the factual or legal issues in the MDL due to presiding over a previous action involving similar issues, the preferences of the parties, the proximity od the transferee district to the operations or residence of a party to the action, the proximity to an important third party, the accessibility of the transferee district court, and the proximity of the transferee district to the conduct or event at issue*”.

Sempre sul tema della difficile prevedibilità delle decisioni in argomento v. HERR – NAROTZKY, *The Judicial Panel's Role in Managing Mass Litigation*, in A.L.I. – A.B.A. *Course of Study: Mass Litigation*, 249, pag. 289 e ss. (2008) – ove si citano 23 fattori che influenzano la decisione del *transferee district* e 7 per il giudice -; HEYBURN, *A view form the Panel: Parto fo the solution*, 82 *Tul. L. Rev.*, 2225, 2239 (2008) che, in qualità di giudice del JPML, descrive l' *ideal transferee judge* come “*one with some existing knowledge of one of the cases to be centralized and who may already have some experience with complex cases, if the new docket apperas to require it*” così a pag. 2240 e segnala come particolarmente importanti siano la prossimità della *district court* rispetto agli elementi fattuali e probatori rilevanti per il caso (testimoni, documenti e così via), oltre naturalmente alla adeguatezza del giudice a gestire la procedura; cfr. anche HERMANN, *To MDL or Not To MDL? A Defense Perspective*, 24 *Litig.* 43, 44, (1998). Esistono fondamentali ragioni per cui le parti hanno grande interesse a sapere quale sia il *transferee judge*: anzitutto per ragioni di convenienza economica e di migliore gestione della lite da parte del difensore di un determinato Stato, poi perché la *transferee court* sul piano del diritto sostanziale applica la legislazione statale della *transferor court* per ogni azione che non è stata oggetto di *consolidation* e poi perché la *transferee court* esercita tutti i poteri e affronta tutte le questioni che si possono porre nella fase *pre trial* - come anche la certificazione di una *class action* - sulla base della legislazione federale trattandosi di una corte federale. Riguardo alla responsabilità del produttore v. WOOD – HUNT – MCWILLIAMS & DELANEY – ANDERSON, *The Selection of a Transferee Court for MDL: Examining Rationales Used by the Judicial Panel of Multidistrict Litigation*, *FOR. DEF.*, Nov. 2008, pag. 12 e ss.

Di centrale importanza è la successiva fase della *certification*; i requisiti necessari per ottenere la certificazione della *class action* sono indicati nelle prime due sezioni della citata *Rule 23 FRCP* mentre quelle seguenti concernono le fasi successive del processo di classe (la notificazione degli atti, la possibilità di suddividere la classe in *sub classes*, i casi di intervento dell'*absent member*, il controllo e l'approvazione di accordi stragiudiziali)<sup>291</sup>.

Come anticipato, i 4 prerequisiti necessari per ottenere la certificazione della classe sono indicati dalla *Rule 23, Section (a)*: si tratta, in particolare della:

(a1) *numerosity*: la classe deve essere talmente ampia sul piano quantitativo e qualitativo da non consentire un processo con pluralità di parti sulla base di una valutazione da effettuarsi in concreto avuto riguardo non solo al numero dei danneggiati, ma anche alla provenienza degli interessati e alle concrete possibilità di reperimento<sup>292</sup>;

(a2) *commonality*: le questioni di fatto o di diritto devono essere omogenee e quindi comuni ai componenti della classe nel senso che, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Suprema Federale, i *class members* devono avere "*suffered the same injury*"<sup>293</sup>;

(a3) *typically*; le domande o eccezioni del *class representative* devono essere quelle tipiche della classe perché omogenee a quelle degli altri componenti della stessa<sup>294</sup>;

---

<sup>291</sup> La *certification*, il provvedimento (*order*) che autorizza la procedibilità delle domande in forma aggregata, non è atto definitivo ben potendo essere modificato o anche revocato dal giudice nel corso del giudizio fino alla pronuncia della decisione ai sensi della *Rule 23 (c)*. Contro il diniego della certificazione l'attore può proporre impugnazione ai sensi della *Rule 23 (f)* anche se è estremamente complesso contestare un simile provvedimento negativo sicché molto spesso si preferisce rinunciare alla causa. In caso di provvedimento favorevole saranno invece i convenuti a chiedere una *interlocutory review* della decisione di *certification* in modo tale che se dovessero risultare vittoriosi in appello potrebbero facilmente sperare che l'attore rinunci al giudizio. Naturalmente la certificazione definitiva rappresenta per il convenuto uno strumento di pressione notevole a concludere il contenzioso in sede stragiudiziale cfr. MULLENIX, *The Class Action Settlement in the United States*, 1, 2009, *U. of Texas Law, Public Law Research Paper* n. 295, pag. 408 e ss. Per ulteriori riferimenti a riguardo v. *infra*.

<sup>292</sup> Anche in questo caso le Corti Federali sono molto più rigorose rispetto a quelle statali v. ad esempio caso *Hum v. Dericks*, 162 F.R.D. 628 (1995). Osservano FRIGNANI – VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. ed ec. dell'assicurazione*, 2009, fasc. 1, pag. 12, nota 14, che a differenza della Francia in cui esiste un numero prestabilito di componenti della classe, negli USA l'indagine circa la *numerosity* della *class action* deve essere compiuta di volta in volta dalle corti; evidentemente dinanzi alle Corti Federali la classe dovrà essere numericamente più ampia rispetto alle corti statali.

<sup>293</sup> Caso *Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes*, 564 U.S., 2011, pag. 350 ove si specifica che il contenzioso di classe "*must be of such a nature that it is capable of class-wide resolution— which means that determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke.*". Per effetto di questa importante decisione della Corte Suprema, si ritiene che il requisito della *commonality* debba essere dimostrato in maniera rigorosa non potendo considerarsi presunto v. MULLENIX, *A Year after Wal-Mart, Class Actions Not Dead Yet*, in 34 *National L. J.*, 2012, 41, pag. 10 e ss.

<sup>294</sup> Nel senso che questo prerequisito tende a sovrapporsi con quelli della *adequacy* della rappresentanza e della *commonality*, v. GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, op. cit., pag. 14. Secondo FRIGNANI – VIRANO, op. cit., pag. 12, laddove non sussista omogeneità tra le domande ed eccezioni del rappresentante e quelle dei rappresentati all'interno della stessa classe possono essere create delle sotto classi.

(a4) *fair and adequate representation*: la classe deve essere adeguatamente rappresentata dal colui che agisce o resiste in giudizio e dai propri difensori<sup>295</sup>.

In mancanza anche di uno solo dei descritti requisiti, che devono essere provati dal *class representative*, la *certification* viene negata.

I primi due riguardano la classe nel suo complesso (*numerosity* e *commonality*) mentre gli altri concernono i rapporti tra *class representative* e il difensore (*class counsel*) rispetto alla classe stessa e sono posti a tutela dei membri assenti.

Data l'imprenditorialità che connota la classe forense statunitense che finanzia le costose procedure in esame e interviene nella individuazione dello stesso *class representative*, per scongiurare conflitti di interesse tra il difensore e la classe, la *Rule 23* lett. g) dispone che il giudice valuti separatamente rispetto all'attore rappresentativo l'*adequacy of representation* del difensore; la lett h) prevede poteri incisivi riguardo alla misura dei compensi dello stesso (v. *infra*).

In particolare, il *class representative* e il *class counsel* non devono versare in una posizione di conflitto di interessi rispetto ai membri della classe e, soprattutto, il *class counsel*, deve essere munito di adeguate capacità sia sul piano professionale che su quello finanziario per poter rappresentare adeguatamente il gruppo nel giudizio<sup>296</sup>.

In secondo luogo è necessario determinare la tipologia di *class action* in concreto proposta alla luce delle fattispecie tipiche previste nella *Rule 23, Section (b)*; in questo caso, a differenza della *Section (a)*, è sufficiente che la domanda sia riconducibile anche ad una sola delle tre tipologie ivi indicate. Nella prima (b1), assimilabile ai casi di liti-sconsorzio necessario, la certificazione della classe può avvenire in due ipotesi alternative:

---

<sup>295</sup> Nel senso che si tratterebbe del più importante prerequisito in tema di *class action* proprio perché solo l'adeguata rappresentanza processuale degli *absent members* può giustificare una limitazione delle garanzie processuali individuali e rendere l'istituto compatibile con il disposto costituzionale si veda per tutti in argomento KLONOFF – BILICH – MALVEAUX, *Class Actions and Other Multi – party Litigation: Cases And Materials, 3rd Edition*, 2012, pag. 1 e ss. Naturalmente dal momento che più soggetti si candidano a rivestire il ruolo di *lead plaintiff*, spetta al giudice individuare colui o coloro che maggiormente tuteleranno gli interessi della classe avendo riguardo alla propria posizione individuale quale membro della classe (normalmente colui che abbia subito il danno più elevato rispetto agli altri *class members*), alle disponibilità economiche a sostenere l'iniziativa processuale aggregata e all'assenza di conflitto di interessi. Cfr. DE SANTIS, op. cit., pag. 25; TROCKER, op. cit., pag. 186; RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, fasc. 5, pag. 1213 e ss.

<sup>296</sup> In questa prima fase, il convenuto, per impedire la certificazione della classe, può eccepire l'insussistenza dei menzionati requisiti finendo in tal modo per tutelare non solo il proprio interesse, ma anche quello degli *absent members*. Viceversa, una volta ottenuta la certificazione della classe, il *defendant* ha interesse ad estendere quanto più possibile i confini della classe per scongiurare future iniziative giudiziali individuali dipendenti dallo stesso illecito.

1. allorchè si accerti che le azioni individuali promosse dai singoli componenti della categoria possano condurre a giudicati contrastanti (*inconsistent or varying adjudications*) nei confronti del medesimo convenuto in quanto tenuto a comportamenti incompatibili per lo stesso fatto (cd. *complusive joinder*);

2. qualora le azioni individuali promosse da alcuni danneggiati possano ledere o rendere molto difficoltoso l'esercizio dei diritti degli altri – rimasti estranei al primo giudizio – frustrando le *chances* di successo di quelle successivamente intraprese (cd. *limited fund class action*). (tipico è il rischio di esaurimento del patrimonio del debitore per le diverse condanne riportate in separati processi)<sup>297</sup>.

Nella seconda ipotesi (b2) rientrano le domande inibitorie o dichiarative dei diritti della classe in tutti i casi in cui convenuto abbia tenuto, o possa verosimilmente tenere, una condotta attiva od omissiva pregiudizievole per tutti i relativi membri come ad esempio potrebbe accadere per le discriminazioni contro i lavoratori (*declaratory or injunctive class action*).

L'indicata azione, a differenza delle *damages class actions* (per cui v. *infra*), non è finalizzata a ottenere una condanna risarcitoria, poiché tende alla emanazione di una pronuncia dichiarativa (*declaratory relief*) o di inibitoria (*final injunctive relief*) e si rivela molto efficace per la tutela dei *civil rights* (come visto, ad esempio, nei molteplici casi di condotte discriminatorie). Nulla esclude, tuttavia, che gli accertamenti previsti in tali decisioni possano poi essere utilizzati in separato giudizio per promuovere azioni risarcitorie individuali<sup>298</sup>.

---

<sup>297</sup> MULLINEX, *Nine Lives: The Punitive Damage Class*, 58 *U. Kan. L. Rev.* 845, (2010) pag. 871 ricorda che la Corte Suprema Federale nel caso *Ortiz v. Fibreboard*, 570 U. S. 815 (1999) ha richiesto requisiti molto stringenti per la certificazione delle *limited fund class actions* richiedendo in particolare "(1) the existence of an actual limited or insufficient fund, (2) use of the entire inadequate fund to pay all claims in the class action, and (3) equitable treatment of all class claimants".

<sup>298</sup> TROCKER, op. cit., pag. 186. Per queste prime due categorie di cd. *mandatory class actions*, prima della certificazione ed entro 20 giorni dal deposito del *complaint* viene disposta la pubblicazione di un avviso sulla stampa delle domande proposte, della pendenza del procedimento, della durata prevista e della possibilità di candidarsi come rappresentanti della classe, mentre non è previsto alcun obbligo di notifica dell'*order* che dispone la *certification* dell'azione collettiva a tutti i componenti della classe, salvo sia indicato diversamente dalla corte nell'ottica di tutelare gli *absent members* e consentire loro di poter valutare l'adeguatezza della iniziativa processuale aggregata promossa e di intervenire nel processo. Costoro, dunque, pur in assenza di notifica, sarebbero vincolati dalla decisione finale e non avrebbero comunque alcun diritto di *opt out* TROCKER, op. cit., pag. 191. Oltre alle *mandatory class actions* di cui sopra, il sistema dell'*opt in* è previsto anche nel settore giuslavoristico con il *Fair labor standards act*, *Age discrimination in employment act* e l'*Equal pay act*. In ogni caso per i membri della classe la garanzia costituzionale del *due process of law* è assicurata, nella fase della certificazione, tramite l'accertamento giudiziale dell'adeguatezza della rappresentanza dell'attore rappresentativo e del difensore, durante il procedimento, con l'invio di *notices* al giudice perché adotti gli *orders* più opportuni *ex Rule 23*, lett. d) e, successivamente alla decisione, mediante il riconoscimento del diritto di impugnare il giudicato collettivo purchè si dia prova dell'esistenza di un conflitto di interessi o di inadeguatezza della rappresentanza FA-VA, op. cit., pag. 195.

La terza categoria (b3) concerne invece le cd. *damages class actions* rispetto alle quali la Corte deve valutare se le questioni di fatto o di diritto comuni alla classe, sottese alla proposizione della domanda risarcitoria, prevalgono rispetto a quelle individuali dei singoli componenti (*superiority and predominate criterion*).

Per questa tipologia di azioni di classe, dunque, in sede di certificazione, le Corti devono compiere ulteriori accertamenti rispetto a quanto previsto in generale per tutte le altre tipologie di *class actions* dalla *Rule 23, Section (a)* FRCP.

Come anticipato, in virtù del *predominate criterion* le questioni fattuali e/o di diritto comuni alla classe devono prevalere su quelle individuali; ne deriva una evidente ritrosia delle corti a certificare *class actions* in tema di danno alla salute (ad esempio per esposizione ad amianto o in tema di *tobacco litigation*) nonché di *fraud claims* in dipendenza della prevalenza - e conseguente impossibilità e/o estrema difficoltà di ricondurre a unità - delle peculiari caratteristiche delle singole posizioni individuali rispetto alla/e questione/i comune/i<sup>299</sup>.

Per tali ragioni, le Corti, pur negando la certificazione unitaria della classe, potrebbero autorizzare apposite sotto classi e comunque, proprio per ovviare a tali difficoltà che potrebbero determinare un vuoto di tutela per i singoli danneggiati, spesso interviene il legislatore con appositi *compensation funds* che, su domanda dell'interessato, erogano un indennizzo automatico per le vittime di illeciti di massa (si pensi ad esempio a quanto accaduto per l'attentato dell' 11 settembre 2001 e ai disastri ambientali provocati dallo sversamento di enormi quantità di petrolio)<sup>300</sup>.

Le *damages class actions* hanno avuto grande successo nell'ambito della *product liability* per gli illeciti di massa derivanti dalla immissione sul mercato di prodotti dannosi o pericolosi che non pongono problemi di prevalenza di questioni individuali su quelle collettive e per i cd. *unrecoverable claims* ossia per le controversie di modesto valore economico comuni a una pluralità danneggiati - piccoli risparmiatori, consumatori o utenti - che altrimenti, sulla base di un'analisi costi - benefici, avrebbero desistito dalla proposizione di un'azione in giudizio. L'efficienza della *class action* in esame, si apprezza anche per controversie di valore economico considerevole nella misura in cui permette di cumulare in un'unica sede processuale una pluralità di azioni individuali

---

<sup>299</sup> MULLENIX, *Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in an Age of Collective Redress*, in *U. of Texas Law, public law research paper* n. 533, 2014, pag. 12; TRANGSRUD, *Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent*, in *U. Ill. L. Rev.*, 1989, pag. 74.

<sup>300</sup> Cfr. SHARKEY, *The BP Oil Spill Settlements, Classwide Punitive Damages and Societal Deterrence*, in *64 De Paul L. Rev.*, 2015, 681.

omogenee ed evitare l'inutile dispendio di risorse nella gestione di una pluralità di processi individuali per questioni di fatto o di diritto comuni.

La *class action* deve rappresentare il migliore strumento processuale per trattare la controversia (cd. criterio della *superiority*).

A tale fine devono valutarsi diversi profili tra cui l'interesse dei singoli componenti ad agire in giudizio individualmente con azione separata, il numero e la natura dei giudizi relativi alla medesima controversia già pendenti avviati dai membri o contro i membri della classe, l'opportunità di riunire tutti i procedimenti in un unico foro e le difficoltà che si potrebbero incontrare nello svolgimento della *class action* (soprattutto se si tratta, ad esempio, di una *class action* multistatale per le difficoltà pratiche connesse al rinvenimento tutti i potenziali interessati cui notificare l'intervenuta certificazione onde poter esercitare, come si vedrà il diritto di *opt out*)<sup>301</sup>.

Per questa terza categoria di azioni, anche definite *opt out class actions*, è prevista la notifica individuale obbligatoria del *certification order* a tutti i membri della classe assenti purchè identificabili con un ragionevole sforzo.

La *notice* deve indicare la tipologia di azione esercitata, la classe e il termine e le modalità con le quali esercitare il diritto di *opt out* con l'avvertimento che, in caso di mancato esercizio di tale opzione, gli effetti del giudicato si estendono a tutti i membri della classe assenti<sup>302</sup>.

Resta ferma in ogni caso la possibilità di ciascun *class member* di sottrarsi a una simile estensione degli effetti della decisione contestando l'inadeguata rappresentanza processuale da parte del *class representative*<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> BONA, "Class Action", "group action" e "azione collettiva risarcitoria": modelli europei, extraeuropei a confronto, in *Obiettivo class action*, op. cit., pag. 11.

<sup>302</sup> Mediante la *certification* il giudice delinea i limiti soggettivi e oggettivi della classe (per individuarne i componenti), può dividerla in sottoclassi autonome (per assicurare il requisito di omogeneità della pretesa e di adeguatezza della rappresentanza) o stabilire che riguardi solamente determinate questioni controverse. Contro il predetto provvedimento positivo o negativo è ammessa una impugnazione di cui alla *Rule 23*, lettera f). FRIGNANI – VIRANO, op. cit., pag. 13 e 14; FAVA, op. cit., pag. 193.

<sup>303</sup> FANTETTI, *La nuova class action*, in *Resp. civ.*, fasc. 12, 2009, pag. 997.

In realtà si è osservato che sono davvero pochi i casi in cui viene esercitato il diritto di *opt out* per alcune ragioni fondamentali: in primo luogo spesso i rappresentati non conoscono bene l'oggetto della controversia e sono conseguentemente poco propensi e informati per agire in giudizio individualmente nonostante la lesione dei propri diritti.

In secondo luogo essi a, fronte di costi processuali molto elevati, preferiscono tentare la via dell'azione collettiva (che potrebbe loro assicurare un guadagno spesso modesto) piuttosto che avviare un processo individuale.

Laddove invece sia previsto un sistema di *opt in*, come in materia giuslavoristica in USA, è evidente che sulla base di un'analisi costi – benefici deve essere più conveniente per il singolo *class member* aderire all'azione collettiva piuttosto che proporre un'azione individuale anche per la possibilità di conseguire un risarcimento reale ancorchè esiguo. Così MILLER, *Punti cardine in tema di class action negli Usa e in Italia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, fasc. 1, 2008, pag. 212 e ss.

Deve infatti evidenziarsi che il *lead plaintiff*, per l'importanza del ruolo che svolge nel processo di classe, è nominato dal giudice<sup>304</sup> e il suo operato nel corso di tutto il processo è sottoposto al vaglio della Corte che d'ufficio o su istanza di parte può intervenire in caso di scorretto svolgimento dell'attività di rappresentanza della classe<sup>305</sup>.

In altri termini solo grazie all'*adequacy of representation* e al meccanismo di *notice* (volto a rendere effettivo il diritto di *opt out*) viene garantito un equilibrato bilanciamento tra le contrapposte esigenze di effettività della tutela e diritto di difesa e di contraddittorio dei *class members* assenti senza alcuna violazione della garanzia costituzionale della *due process clause*<sup>306</sup>.

Significativi sono i poteri del giudice nel processo di classe che esercita una costante funzione di direzione e controllo sotto diversi profili: nella fase di *certification* perché,

---

<sup>304</sup>Devesi quindi evidenziare che non sono i rappresentati a scegliere il proprio rappresentante, ma semmai gli avvocati invogliati in tal senso dalla prospettiva di ingenti guadagni – ancor più nella ipotesi in cui si associ a una *class action* la richiesta dei *punitive damages* con i *contingency fees* – con una scelta sottoposta al controllo giudiziale onde evitare abusi in danno della classe. Si vuole sottolineare che, sulla base di un'analisi costi – benefici, invogliati a promuovere *class actions* per gli ingenti costi che esse comportano non possono che essere i grandi studi legali americani i quali, anche in assenza di richieste da parte dei diretti interessati, si attivano per ricercare eventuali danneggiati che potrebbero intraprendere azioni collettive. Tuttavia questo ruolo imprenditoriale del difensore (*managing lawyer*) rischia di creare situazioni di conflitto tra gli interessi del *lead counsel* – conseguire il massimo guadagno possibile con il minore sforzo processuale – e quelli dei membri della classe – tutela piena ed effettiva dei propri diritti –. In sostanza il difensore, chiave di volta del successo ma anche degli abusi dell'istituto *de quo*, finisce di fatto per sostituirsi al rappresentante della classe – che egli stesso ha scelto e proposto alla Corte – nello svolgimento del processo; di qui l'importanza del controllo giudiziale nella fase di certificazione e nel prosieguo del processo. Peraltro in ogni momento il giudice di ufficio o su istanza di parte può intervenire a censurare la non adeguata nomina e rappresentanza del *class representative*. Cfr. in argomento, MILLER, op. cit., pag. 220 e ss.; MACEY – MILLER, *The plaintiff's attorney role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform*, in *University of Chicago Law Rev.*, 58, 1991, pag. 1 e ss.; VIGORITI, op. cit., pag. 739 e ss.; ID, *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 36 e ss.;

<sup>305</sup> La *Rule 23, Section (c)*, prevede poi che il giudice convochi le parti in una udienza sommaria per acquisire gli elementi necessari alla decisione anche se la *certification* è richiesta per transigere la lite e la decisione di rigetto o rilascio della *certification* è appellabile innanzi alla *Court of Appeals*. Dalla concessione della *certification* deriva la sospensione dei termini prescizionali per tutti i componenti della classe (anche per quelli assenti) e soprattutto la estensione di tutti gli effetti positivi e negativi della decisione finale.

Viceversa l'esercizio della facoltà di uscita (*opt out*) priva il componente della classe di avvalersi tanto della sentenza che di una eventuale transazione. Rimane fermo il diritto di opporsi alla transazione se pregiudizievole. Naturalmente i membri della classe che non abbiano esercitato la facoltà di *opt out* potrebbero comunque promuovere azioni individuali a tutela dei propri diritti in caso di non adeguata difesa collettiva secondo quanto garantito dalla *Due Process Clause*.

<sup>306</sup> MULHERON, *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, Oxford, 2004, pag. 407. BERTOLINO, *L' "opt – out" nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 2, 2016, pag. 475 che in nota 15 per i rapporti tra *opt-out* e *procedural due process* richiama WILLIAMS, *Due process, class action opt outs, and the right not to sue*, in *Col. Law Rev.*, 2015, pag. 115 e, in nota 16, per il dibattito tra *litigant autonomy* e *aggregate litigation* nella dottrina statunitense il citato MULLENIX, *Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in an Age of Collective Redress*, in *U. of Texas Law, public law research paper* n. 533, 2014; REDISH-LARSEN, *Class Actions, Litigant Autonomy, and the Foundations of Procedural Due Process*, in *Cal. L. Rev.*, 2007, p. 1573. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema della *due process* v. *infra*.



come visto, individua i limiti soggettivi e oggettivi della domanda e prevede adeguate forme di pubblicità della iniziativa processuale aggregata (a tutela degli *absent members*); durante lo svolgimento del procedimento dal momento che la *Rule 23 Section (d)* gli attribuisce il potere di adottare una pluralità eterogenea di *orders* che permettono di risolvere una molteplicità di questioni pratiche che potrebbero insorgere durante l'*iter* processuale; infine, in sede di valutazione della ragionevolezza di una eventuale transazione della lite e di liquidazione degli onorari del difensore<sup>307</sup>.

Frequentemente le *class actions* si concludono infatti in sede stragiudiziale<sup>308</sup>.

Per scongiurare gli abusi verificatisi in passato, le riforme del 2003 e del 2005 hanno modificato la *Rule 23, Section (e)*, secondo cui non è possibile transigere la lite o rinunciare alla domanda senza apposita approvazione giudiziale ottenuta all'esito di una specifica udienza di discussione.

La corte, che non può incidere direttamente sul testo predisposto dalle parti (ad esempio la proposta transattiva), ma soltanto indicare determinate modifiche, dopo avere valutato la correttezza, ragionevolezza e adeguatezza<sup>309</sup> del *settlement, voluntary dismissal or*

---

<sup>307</sup> Sul ruolo manageriale del giudice statunitense nel processo di classe cfr. BOGART – NAKEN, *The Supreme Court and What Are Our Courts For?*, 9 *Can. Bus. L. J.*, 280, 303 (1984).

<sup>308</sup> MULLENIX, *The Class Action Settlement in the United States*, op cit., pag. 409; RUBENSTEIN, *A Transactional Model of Adjudication*, 89 *Georgia L. J.*, 371, 419 (2001). La soluzione stragiudiziale dipende da valutazioni di convenienza economica compiute dalle parti interessate – con i relativi difensori – al contenzioso di classe. Per quanto riguarda il convenuto, è evidente che la transazione della lite, ancorchè possa rivelarsi molto onerosa, risulterebbe più conveniente rispetto al rischio di una condanna elevata – eventualmente anche ai *punitive damages* - all'esito del giudizio ordinario; dall'altro lato, sul versante attoreo, i difensori sono spesso portati a stipulare accordi particolarmente vantaggiosi - anche per i notevoli costi che comporterebbe l'ulteriore svolgimento del processo – a scapito dei membri della classe. Basti menzionare, a riguardo, la nota questione delle cd. *coupon class actions* che si concludono con accordi transattivi aventi ad oggetto non già l'esecuzione di una prestazione pecuniaria da parte del convenuto per il risarcimento del danno cagionato agli attori, bensì la dazione di *coupons* per l'acquisto di beni o servizi della stessa impresa danneggiante ancorchè validi solo entro determinati limiti temporali. Se l'indicato *settlement* si rivela molto vantaggioso per il convenuto giacchè non è tenuto a eseguire alcun risarcimento e mediante i buoni sconto riesce addirittura a promuovere ulteriormente l'acquisto dei propri prodotti, anche gli avvocati degli attori sono fortemente incentivati ad adottare una simile soluzione stragiudiziale della lite perché poco dispendiosa e molto vantaggiosa poichè i compensi dei difensori sarebbero comunque liquidati come percentuale del risarcimento dovuto ai danneggiati cfr. EINSBERG – MILLER, *Attorney fees in class action settlements: an empirical study*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 1, 2004, pag. 27 e ss.; SHAPIRO, *Class Action as Party and Client*, in 73 *Notre Dame L. Rev.*, 1998, pag. 913 e ss.

Con il CAFA del 2005, al fine di arginare eventuali abusi, sono stati rafforzati i poteri di controllo giudiziale sui *coupon settlements* sotto diversi profili: fermo il controllo di ragionevolezza, adeguatezza e secondo equità, il giudice deve verificare che il valore del *coupon* non sia inferiore alla perdita in denaro e che i criteri della transazione non prevedano disparità di trattamento tra i membri della classe.

<sup>309</sup> Così *Rule 23, Section (e) (2)* “*If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that is fair reasonable and adequate*”.

*compromise* della *class action* concede la relativa approvazione<sup>310</sup> e ne dispone la *notice*, con i mezzi più adeguati, ai membri della classe<sup>311</sup>.

Il *Class Action Fairness Act* del 2005 ha esteso l'obbligo di comunicare la proposta della transazione a tutti i soggetti che ne sarebbero interessati; in difetto di siffatti adempimenti, i membri della classe non subiscono gli effetti della transazione<sup>312</sup>.

In aggiunta, per tentare di ovviare ai conflitti di interessi tra le grandi *law firms* e i *class members*, le riforme del 2003 e del 2005 hanno anche dettato talune regole per i compensi dei difensori e le modalità di nomina del *class counsel*<sup>313</sup>.

Nelle ipotesi – piuttosto rare – in cui invece il processo di classe si concluda con sentenza, gli effetti (favorevoli e sfavorevoli) della decisione si produrranno nella sfera giuridica di tutti i membri della classe cui sia stata notificata la certificazione e che non abbiano esercitato il diritto di *opt out*, in caso di *damages class actions* mentre per le *mandatory class actions* gli effetti si producono nei confronti di tutti i componenti del gruppo così come descritto nella *certification*<sup>314</sup>.

Normalmente, data la prevalenza della opzione stragiudiziale su quella giudiziale, il contenzioso di classe si concentra essenzialmente nella fase di *certification* e, in caso positivo, nel procedimento giudiziale di approvazione della conciliazione raggiunta tra le parti<sup>315</sup>.

---

<sup>310</sup> FRIGNANI – VIRANI, op. cit., pag. 17 che a nota 29, cita il caso *Romstad v. Apple Computer, Inc.*, 948 F. Supp. 701, 707.

<sup>311</sup> Nel valutare se approvare o meno la proposta di transazione la Corte tiene conto anche di eventuali accordi paralleli e può richiedere ulteriori informazioni, documenti e chiarimenti. Inoltre, in caso di *damages class actions*, può rifiutare l'approvazione di una proposta transattiva che non preveda il diritto di *opt out* per i membri della classe che non l'hanno in precedenza esercitato in fase di certificazione onde evitare la estensione di eventuali effetti pregiudizievoli. Deve osservarsi peraltro che i convenuti insistono per prevedere che solo una limitata percentuale della classe possa esercitare il diritto di *opt out* a pena di inefficacia della transazione per scongiurare il rischio di nuove azioni individuali per lo stesso contenzioso. Così FRIGNANI – VIRANI, op. cit., pag. 17.

<sup>312</sup> Riguardo al risalente problema delle transazioni v. diffusamente COFFEE, *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 COL. L. REV. 669, 714, 1986 secondo cui "Often, the plaintiff's attorneys and the defendants can settle on a basis that is adverse to the interests of the plaintiffs. At its worst, the settlement process may amount to a covert exchange of a cheap settlement for a high award of attorney's fees. Although courts have long recognized this danger and have developed some procedural safeguards intended to prevent collusive settlements, these reforms are far from adequate to the task".

<sup>313</sup> Per i conflitti di interessi tra studi legali che patrocinavano il processo di classe e mancato soddisfacimento degli interessi dei componenti della classe prima delle riforme su citate, si veda KLEMENT, *Who guards the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers*, in *Review of litigation*, 2002, 21, pag. 25 e ss. Per un commento approfondito ai nuovi paragrafi (g) e (h) introdotti nell'ambito della Rule 23 a seguito delle riforme del 2003 e del 2005, si rinvia a GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, op. cit., pag. 67 e ss.

<sup>314</sup> In caso di decisione favorevole sulle *mandatory class actions* ciascun membro della classe può agire per ottenere l'esecuzione forzata della sentenza, mentre in caso di *damages class actions*, se la condanna è pari alla somma delle pretese risarcitorie di tutti i componenti della classe allora ciascuno può chiederne il pagamento di propria spettanza cfr. FRIGNANI – VIRANO, op. cit., pag. 18.

<sup>315</sup> MULLENIX, *The Class Action Settlement in the United States*, op. cit., pag. 409.

In un primo momento, come visto, il ruolo imprenditoriale della classe forense statunitense, centrale nel promuovere *class actions*, in combinazione con il sistema di retribuzione del difensore e con la possibilità di ottenere condanne “esemplari” per i convenuti spesso spropositate, è stato decisivo per favorire l’ampia applicazione dell’istituto; successivamente e in particolare, dopo le riforme del 2003 e 2005 che hanno interessato la *Rule 23*<sup>316</sup>, si è registrata una inversione di tendenza al punto che alcuni autori hanno preconizzato un notevole ridimensionamento della *class action* nell’ambito della *mass tort litigation*<sup>317</sup>.

L’indicato profilo processuale si intreccia nuovamente con quello sostanziale. Le citate limitazioni introdotte a livello processuale, unitamente alle limitazioni costituzionali e legislative imposte ai *punitive damages*, come si vedrà, hanno giocato un ruolo decisivo nel ridimensionamento delle *punitive damages class actions* anche in ragione della possibilità di utilizzare l’arbitrato in luogo del costoso e complesso processo giurisdizionale aggregato purchè fondato su clausole compromissorie che indichino specificamente il ricorso all’ “arbitrato di classe”<sup>318</sup>. Parallelamente si è confermata anche la validità<sup>319</sup> – tendenziale – delle cd. *class arbitration waivers*<sup>320</sup> ovvero di clausole compromissorie

---

<sup>316</sup> Di declino nell’esercizio delle *class actions* presso le corti federali a seguito del *Class Action Fairness Act* del 2005 (CAFA) e nelle decisioni della Corte Suprema che vi hanno seguito discorre THOMAS, *Constitutionalizing Class Certification*, in *Nebraska L. Rev.*, vol. 95, pag. 1025 (2017); HENSLER, *Goldilocks and the Class Action*, 126 *Harv. L. Rev. F.* 56, 56 (2012); HAYS, *The Quasi Class Action Model for Limiting Attorney’s Fees in Multidistrict Litigation*, 67 *N.Y.U. Ann., Surv., Am., L.* 589, 602 (2012); di estinzione delle *mass tort class actions* discorre GILLES, *Opting Out Of Liability: The Forthcoming, Near – Total Demise Of The Modern Class Action*, in *Mich. L. Rev.*, 104, 2005, pag. 375.

<sup>317</sup> THOMAS, op. cit., pag. 1024; MOLLER, *The New Class Action Federalism*, 48 *Akron L. Rev.* 861, 868 (2015); GLOVER, *Mass litigation Governance in the Post – Class Action Era: The Problems and Promise of Non – Renewable State Actions in Multi – District Litigation*, 5 *J. Tort L.*, 1, 7 (2014).

<sup>318</sup> La Corte Suprema Federale, infatti, nel caso *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds Int’l Corp.*, 559, U.S. 662 (2010) ha escluso la possibilità di operare una interpretazione estensiva della *arbitration clause silent on class arbitration* considerate le indubbie e significative differenze – soprattutto in termini di costi e di tempi e pubblicità del giudizio arbitrale collettivo – che sussistono tra il arbitrato di classe e arbitrato bilaterale con la conseguenza che il primo deve essere frutto di una specifica dichiarazione di volontà delle parti. Si supera così il precedente orientamento espresso nel caso *Green Free Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003), in cui la Corte di *Washington*, applicando la dottrina della *kompetenz – kompetenz*, aveva reputato che fossero gli arbitri a dovere interpretare il senso del patto arbitrale e chiarire se anche generiche espressioni come “*all disputes, claims or controversies arising from or relating to this contract or the relationship which result from this contract*” potessero riferirsi implicitamente, nel silenzio delle parti, anche alla *class arbitration*. In materia diffusamente SMIT, *Does a “Silent” Arbitration Clause Preclude a Class Action?* in *20 American Review Int. l’Arbitration*, 2009; GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 5, pag. 989 e ss.

<sup>319</sup> Cfr. sul punto le decisioni della Corte Suprema Federale nei casi *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 321 (2011) e *Amex v. Italian Colors Restaurant*, 470 U.S. n. 12, 133, (2013).

<sup>320</sup> Ricorda CASONI, *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obb. e contr.*, 2012, fasc. 7, pag. 539 che la diffusione delle *class action waivers*, è riconducibile al *dictum* della Corte Suprema nella citata decisione *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* a fronte del rischio che, nonostante il silenzio delle parti, gli arbitri potessero ammettere una *class action arbitration*. L’indicata pronuncia è commentata dallo stesso CASONI, *Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti*, in *Riv. Arb.*, 2011, pag. 115.

che prevedono la rinuncia espressa delle parti alla *class action*<sup>321</sup> - sia in sede giudiziale che arbitrale - in favore dell'arbitrato individuale spesso accompagnate da specifiche previsioni limitative (ad esempio circa i danni risarcibili, la ripartizione delle spese, il valore minimo della controversia a partire dal quale l'arbitrato individuale può dirsi obbligatorio e l'eventuale rinuncia agli stessi *waivers*)<sup>322</sup>. Unico limite resta la maggiore efficienza dell'arbitrato che non deve risolversi in una lesione dei diritti sostanziali dei danneggiati<sup>323</sup>.

---

Le grandi società per cautelarsi hanno quindi previsto clausole di rinuncia all'arbitrato di classe in favore di quello individuale e le istituzioni arbitrali hanno modificato i loro regolamenti per gestire arbitrati con centinaia di parti. Sul punto, BORN – SALAS, *The United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors*, in *Journ. Disp. Res.*, 2012, pag. 28; LACOVARA, *Class Action Arbitration – The Challenge for the Business Community*, in *24 Arb. Int'l*, 2008, 541, 543 secondo cui “one immediate response to Bazzle involved the efforts by companies, particularly in consumer business, to modify their standard arbitration clauses to bar classwide treatment”.

<sup>321</sup> Ci si riferisce in particolar modo alle cd. *collective actions waivers*, clausole contrattuali che escludono non solo la possibilità di promuovere - o partecipare a - una *class action* in sede giudiziale, ma anche in sede arbitrale cd. *arbitration class actions*. In sostanza per effetto di queste previsioni negoziali, si opta esclusivamente per un arbitrato individuale con evidenti vantaggi per i convenuti: alcune domande risarcitorie - ad esempio per esiguità del *petitum* a fronte di costi processuali elevatissimi - difficilmente potrebbero essere proposte al di fuori di una *class action* e in ogni caso in sede arbitrale la condanna dell'impresa danneggiante potrebbe risultare verosimilmente inferiore a quella giudiziale. Per i riflessi negativi nella tutela dei diritti dei consumatori cfr. HIGGINBOTHAM, *Buyer Beware: Why The Class Arbitration Waiver Clause Presents a Gloomy Future for Consumers*, in *58 Duke L. J.*, 2008, pag. 103 e ss.; JHONSON, *Employment And Consumer Arbitration Agreements: Does It Limit Your Ability To Bring or Participate In A Class Action?* In *52 S. Texas L. Rev.*, 2010, pag. 273 e ss.; BROMFIELD, *Denial of Relief: The enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements*, in *Univ. California Davis L. Rev.*, 2009, pag. 315 e ss. Considerato che potrebbero vanificare la funzione deterrente svolta dalle *class actions* statunitensi e impedire un effettivo accesso alla giustizia, tali clausole dovrebbero essere utilizzate solamente nei “contratti tra pari” in quanto frutto di una libera e consapevole determinazione assunta da tutte le parti anche se nella prassi sono spesso utilizzate in contratti asimmetrici cfr. DEMAINE – HENSLER, “Volunteering” to Arbitrate Through Predispute Arbitration Clauses: *The Average Consumer's Experience*, in *67 Duke J.L. Contemp. Probs.*, 2004, pag. 55 e ss. Per l'ampia diffusione delle citate clausole contrattuali v. SZALAI – IMRE, *The Widespread Use of Workplace Arbitration Among America's Top 100 Companies (The Employee Rights Advocacy Institute for Law & Policy 2017)*, (Sep. 2017), in *Loyola University New Orleans College of Law Research Paper No. 2017 – 11*, ove si sottolineano le crescenti difficoltà di accesso all'autorità giurisdizionale per la estesa diffusività dell'arbitrato in “*personal injury claims, wage claims, civil rights claims, sexual assault claims and other claims involving the workplace and vulnerable workers*”. Si ricorda che l'80% delle più rilevanti società statunitensi ha fatto ricorso all'arbitrato per controversie giuslavoristiche fino al 2010 e che di tale 80% circa il 39% ha fatto ricorso a clausole arbitrali che contenevano i *class waivers*. V. anche CONSUMER FIN. PROT. BUREAU, *ARBITRATION STUDY: REPORT TO CONGRESS, PURSUANT TO DODD-FRANK WALL STREET REFORM AND CONSUMER PROTECTION ACT § 1028(a)*, at § 2 (2015).

<sup>322</sup> LAMPLEY, *Is Arbitration Under Attack? Exploring The Recent Judicial Skepticism of the Class Arbitration Waiver and Innovative Solutions to the Unsettled Legal Landscape*, in *18 Cornell J. L. Public Policy*, 2009, pag. 477 e ss.

Nella giurisprudenza statunitense a fronte di un primo orientamento che nega la validità delle citate clausole contrattuali in quanto vessatorie - poiché limitano e/o escludono la responsabilità del contraente forte e comunque frappongono notevoli ostacoli nell'esercizio dei diritti del contraente debole - quale principio generale del diritto dei contratti, se ne contrappone altro più recente sostenuto dalla Corte Suprema Federale che sembrerebbe riconoscere maggiori spazi all'autonomia privata diffusamente sul punto BENATTI, *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, fasc. 2, pag. 503 e ss.

<sup>323</sup> L'indicato principio è fissato dalla Corte Suprema nel caso *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler – Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985). Ricorda BENATTI, *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, op. cit., pag. 510, tuttavia, che la Corte Suprema, con una decisione ampia-

In effetti gli orientamenti più recenti della Corte Suprema Federale sembrano, per un verso, particolarmente restrittivi nel valutare i requisiti di certificabilità delle *class actions* (richiedendosi alle corti accertamenti più rigorosi in sede di *certification*)<sup>324</sup>, ma,

---

mente criticata, nel caso *American Express v. Italian Colors*, 470 U.S. (2013) ha confermato la validità del *class action waiver* poichè in astratto permetterebbe comunque di potere agire in giudizio individualmente sebbene in concreto ciò si riveli impossibile per gli elevatissimi costi che le parti verrebbero a sostenere a fronte di pretese risarcitorie irrisorie. Nella motivazione del caso *Amex*, in sintesi, l'opinione di maggioranza - della quale è estensore il giudice Scalia - muove dalla premessa secondo cui il *Federal Arbitration Act* del 1925 ha configurato un arbitrato individuale profondamente diverso da quello di classe prevedendo nella *Section 2* l'esecuzione degli accordi arbitrati a meno che sussista un espresso divieto legislativo (tesi respinta dalla opinione di minoranza secondo la quale occorrerebbe considerare anche l'ulteriore disposizione della citata *Section 2* secondo la quale l'accordo può trovare esecuzione "*save upon such grounds as exist at law or in equity for revocation of any contract*"; eccezione giustificata dalla esigenza di garantire l'osservanza di principi di ordine pubblico a tutela di interessi collettivi), e che deve reputarsi comunque valida una clausola compromissoria contenuta in un contratto per adesione la quale impedisca in concreto l'esercizio di azioni individuali per gli ingenti costi dell'arbitrato individuale rapportati ai danni risarcibili irrisori derivanti dalla violazione del diritto *antitrust* da parte di grandi società commerciali (anche questa tesi è respinta dall'opinione di minoranza la quale ribadisce che occorrerebbe verificare in concreto la eventuale vessatorietà della clausola in esame e la conseguente impossibilità del consumatore di potere tutelare effettivamente i propri diritti in giudizio)

Tale indirizzo rischia di tradursi nella negazione del ruolo di *policy* che storicamente si ascrive alla *class action* statunitense ovvero quello di deterrenza e di promozione della tutela dei diritti di categorie di soggetti deboli. Cfr. sul punto anche BRIGUGLIO, *Class arbitration in Italia: spunti di metodo per la eventuale prosecuzione delle indagini*, in *Riv. Arb.*, 2015, fasc. 2, pag. 219 e ss.

<sup>324</sup> Negli ultimi anni la giurisprudenza statunitense (e in particolare le corti federali inferiori) tende a negare la certificazione di molte *class actions* sostenendo, nell'ambito dell'accertamento della omogeneità delle pretese dedotte in giudizio di cui si pretende l'aggregazione processuale per la *mass tort litigation*, il rischio di una possibile lesione dei diritti di difesa del convenuto sottesi alla garanzia costituzionale della *due process clause* - intesa in senso processuale -. L'indicato orientamento, fondato su una visione convenuto - centrica della *due process* nella *certification* delle *class actions*, non è condiviso da larga parte della dottrina che, invece, per individuarne la concreta portata precettiva reputa necessario ricostruire il fondamento storico della menzionata garanzia costituzionale LAHAV, *The Future of Class Actions*, 44 *Loy. U. Chi. L.J.* 545, 2012. Secondo MOLLER, *Class Action Defendants' New Lochnerism*, 2012, *Utah L. Rev.*, 319, 343, in realtà gli argomenti difensivi oggi utilizzati dai convenuti per ostacolare la certificazione delle *class actions* affondano le proprie radici storiche nella risalente interpretazione della *due process clause* come *right to present all facts* fornita dalla Corte Suprema agli inizi del '900 nel caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) sorta per assicurare alle parti il pieno diritto di difesa in giudizio (ovvero il diritto ad avere "ogni possibile difesa individuale"). Questa concezione è stata tuttavia successivamente superata dalla Corte Suprema Federale nel caso *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940) secondo cui la *due process clause*, in materia di *class actions*, impone solamente di assicurare (e quindi al giudice di accertare in sede di *certification*) il diritto degli *absent members* a una adeguata rappresentanza libera da conflitti di interessi con il *class representative* e il *class counsel* onde garantire il corretto bilanciamento tra l'interesse pubblico all'efficienza processuale, deterrenza e accesso alla giustizia sotteso all'istituto con il rischio di erronee privazioni delle garanzie processuali individuali v. anche Corte Suprema caso *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976). Sempre in prospettiva storica LENS, *Tort Law's Deterrent Effect and Procedural Due Process*, 50, *Tulsa L. Rev.* 115, 137 (2014), ricorda che al tempo della stesura del XIV Emendamento la *due process clause*, intesa in senso processuale, non comportava il diritto a "*every available individual defense*" e che per la concessione dei *punitive damages*, già parte della *American common law of torts*, non erano richieste particolari procedure garantiste a tutela del convenuto. L'autore descrive il contenuto della garanzia costituzionale in parola come diritto del convenuto di "*participate meaningfully*" aggiungendo che la stessa non si sostanzia, invece, nel diritto di presentare "ogni prova possibile", ma nella difesa più afferente agli *aggregate claims*. Inoltre, nell'ottica del bilanciamento tra esigenze di efficienza processuale e garanzie processuali individuali, osserva che l'eccessivo incremento delle seconde rischia di avere costi sociali eccessivi rispetto alla ipotesi della mancata aggregazione di cause individuali. Del resto nel citato caso *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 334 (1976) così come nel caso *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 417, 481 (1972), la Corte Suprema Federale ha affermato che la "*due process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands*" sicchè si tende a soppesare caso per caso il rischio che la procedura possa produrre errori finali (in danno di una

per altro verso, molto favorevoli a introdurre l'arbitrato in materia anche in forma individuale<sup>325</sup>. A fronte, così, di un depotenziamento della funzione di deterrenza della *class*

---

parte cui non è assicurata un adeguato diritto di difesa in giudizio) contro il beneficio che l'incremento delle garanzie procedurali produce per le parti e/o la società. Anche nel caso *Philips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 809 (1985), la Corte Suprema ha soppesato i benefici della aggregazione di cause mediante *class actions* contro i costi economici che produrrebbe una miriade di giudizi individuali. Secondo LAHAV, op. cit., pag. 551, pertanto, la Corte Suprema nel menzionato caso *Wal Mart Stores v. Duke* 565, U.S., 338 (2011) nel quale ha negato la *certification* in una *mandatory class action* affermando che « *depriving people of their right to sue without notice or opt out rights would fail to comply with the Due Process Clause* » si sarebbe discostata da questo orientamento precedente.

Come acutamente osservato da alcuni autori in dottrina, questa nuova tendenza restrittiva della giurisprudenza sopra citata dovrebbe essere riconsiderata anche alla luce delle peculiarità del sistema federale statunitense; risulta evidente che l'interpretazione della *Rule 23 FRCP* fornita dai menzionati precedenti della Corte Suprema Federale incide direttamente – come precedente vincolante – nell'ambito delle controversie federali e, nell'ipotesi in cui tale interpretazione restrittiva – per la quale *la procedural due process* implica il diritto di presentare “*all available individual defenses*” – si imponesse quale limite costituzionale per la certificazione delle azioni di classe disciplinate da regole processuali e sostanziali di livello statale, evidentemente si finirebbe per escludere che gli Stati federali possano avere competenza in materia prevedendo regole di certificazione delle *class actions* diverse da quelle maggiormente rigorose sottese alla *Rule 23 FRCP* in tal senso THOMAS, *Constitutionalizing Class Certification*, in *Nebraska L. Rev.*, vol. 95, pag. 1024 e ss. (2017). L'autore afferma infatti che “*by constitutionalizing class certification objections, the defense bar is essentially arguing that there can only be “one procedure” to certify a class, and that procedure must ensure individualized defenses to both liability and damages: every available, individual defense. Under this view, the states would not be laboratories of procedural innovations; they would instead become exact mirrors of federal procedure. The defense bar’s attempts to constitutionalize class certification standards would suffocate the experimentation and divergence practiced by state courts*” così THOMAS, op. cit., pag. 1065 – 1066.

Del resto, osserva il medesimo autore, il federalismo statunitense e il connesso pluralismo legislativo si riflette anche sulle diverse regole statali circa l'assunzione e la valutazione dei mezzi di prova e mai nessun dubbio di illegittimità costituzionale è stato a riguardo avanzato dai convenuti perché non sussiste uno *standard* che permetta alle parti di potere chiedere e assumere ogni mezzo di prova di cui vorrebbero avvalersi nel processo.

Il medesimo autore ha già criticato questa tendenza alla uniformità delle regole processuali poiché non conforme ai valori sottesi al federalismo statunitense in THOMAS, *Constraining the Federal Rules of Civil Procedure Through the Federalism Canons of Statutory Interpretation*, 16 *N.Y.U. J. Leg. & Pub. Pol'y* 187, 223 (2013). Il rischio è quello di impedire alle legislazioni statali, espressione di governi autonomi in virtù del sistema federale statunitense, di prevedere distinti sistemi processuali e alle Corti statali di potere decidere questioni inerenti la legislazione statale in applicazione della stessa; in altri termini una simile tendenza sembra non tenere adeguatamente conto della divisione costituzionale di competenze tra il livello federale e il livello statale e neppure, come ricorda anche SHARKEY, *The Future Of Classwide Punitive Damages*, in 46 *U. Mich. J. L. Reform* pag. 1127 (2013), secondo cui la stessa Corte Suprema nel più volte citato caso *Williams* ha riaffermato il primato della legislazione statale nel definire i presupposti e gli obiettivi dei *punitive damages*.

<sup>325</sup> Ricorda MULLENIX, *Class Action Waivers in Employment Contracts: The Clash Between the National Labor Relations Act and the Federal Arbitration Act*. 1 *Preview of United States Supreme Court Cases* 13 (Oct. 2, 2017), *U. of Texas, Public Law Research No. 577*, che agli orientamenti della Corte Suprema favorevoli alla diffusione dell'arbitrato in ambito consumeristico, sembrerebbe potersi contrapporre un indirizzo di segno contrario con riguardo alla validità dei *class action waivers* contenuti nei contratti di lavoro alla luce di quanto previsto a livello federale dalle sezioni 7 e 8 del *National Labor Relations Act* che invece garantirebbero ai lavoratori il diritto alla tutela giurisdizionale anche collettiva delle proprie posizioni giuridiche soggettive; l'indicata disciplina, dunque, potrebbe essere interpretata come prevalente rispetto a quella contenuta, sempre a livello federale, nel *Federal Arbitration Act* (che invece si fonda sul *favor* verso la soluzione arbitrale della lite). In questo senso l'autrice ricorda la decisione assunta dalla *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit no. 16 – 300* nel caso *Ernst & Young LLP et al v. Morris et al*.

L'indicata decisione, tuttavia, di recente è stata travolta dal *dictum* della Corte Suprema Federale 584 U.S. del 21 maggio 2018. La Corte di *Washington* ha ribadito la necessità di privilegiare una interpretazione armoniosa di leggi federali potenzialmente in conflitto in modo da evitare antinomie; su tali basi ha rilevato che nessuna disposizione contenuta nel *National Labor Relations Act* prevede il

*action* – ma lo stesso dicasi per i *punitive damages* – quale istituto di *private enforcement* a tutela dei contraenti deboli (soprattutto in caso di *small claims* atteso che le grandi società potrebbero, come visto, imporre validamente nei contratti di massa apposite clausole di rinuncia all'arbitrato di classe in favore di quelli individuali ancorchè eccessivamente onerosi per il consumatore) è stato di fatto scongiurato il rischio degli abusi che si sono registrati in passato con la proposizione di azioni di classe di discutibile ammissibilità<sup>326</sup>.

Dal combinato disposto delle citate limitazioni processuali e sostanziali sembrerebbe quindi che il futuro la cd. *punitive damages class action* sia estremamente incerto e comunque circoscritto entro limiti sempre più stringenti<sup>327</sup>.

---

divieto di arbitrato individuale in materia di contratti di lavoro subordinato. La sezione 7 si incentra solo sul “*right to organize unions and bargain collectively*”, ma non conferisce alcun diritto alla *class action* collettiva (“*it does not mention class or collective action procedures*”); del resto nel 1935, tempo di adozione dell’indicata disciplina, non esisteva ancora la disciplina della *class action* così come oggi nota. Dato che il FAA e il NLRA disciplinano diverse fattispecie non può predicarsi alcun conflitto tra le indicate discipline.

<sup>326</sup> BENATTI, *La fuga verso l’arbitrato*, op. cit., pag. 515.

<sup>327</sup> Tradizionalmente si è portati a credere che le restrizioni alla ammissibilità dei *punitive damages* vadano ricondotte non solo ai richiamati orientamenti in tema di *class action*, ma anche alle limitazioni costituzionali e legislative che riguardano tale istituto. Ci si riferisce in particolare ai casi - che saranno successivamente esaminati - *State Farm Mutual Automobile v. Campbell* 538, U.S., 408 (2003) e soprattutto *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S., 346, 342 (2007) in cui la Corte Suprema Federale ha escluso che la giuria possa punire il convenuto avuto riguardo ai danni cagionati a soggetti estranei al processo in corso potendo considerare la diffusività sociale dei pregiudizi arrecati alle *non parties* solo al fine di determinare il grado di repressibilità della condotta del danneggiante (dunque ai fini dell’*an debeat*, ma mai per il *quantum* per quale deve sempre considerare il singolo attore). È molto importante anticipare sin da subito che entrambe le fattispecie non riguardavano *class actions*, bensì giudizi individuali rispetto ai quali poteva porsi il problema del *multiple punishment*.

Ciò posto, è stato condivisibilmente evidenziato che in realtà l’aggregazione delle domande risarcitorie con richiesta di condanne punitive in unica sede processuale risolverebbe il problema costituzionale della concessione da parte della giuria di “*classwide*” *damages* e valorizzerebbe la funzione pubblicistica sottesa ai *punitive damages* (problema di compatibilità costituzionale che, al contrario, si pone in assenza di *class action* allorchè in punto di *quantum debeat* i giurati sono portati a considerare il danno arrecato dal convenuto all’intera società nell’ambito di un giudizio individuale con il rischio di moltiplicazione delle condanne esemplari all’esito di una pluralità di giudizi individuali promossi in successione dai vari danneggiati).

Dato che i *punitive damages* non si incentrano su profili risarcitori individuali (i pregiudizi sofferti dal singolo danneggiato) a differenza dei *compensatory damages*, perseguendo una funzione sociale di tipo pubblicistico (la diffusività del danno inferto ai consociati) in virtù di tale natura si prestano maggiormente a un trattamento aggregato in unica sede processuale. Così SHARKEY, *The Future of Classwide punitive Damages*, in 46 *U. Mich. J. L. Reform*, 1127 (2013) pag. 1128 e ss. Ma la compatibilità dei *punitive damages* con la *class action*, alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza statunitense, impone di distinguere le singole fattispecie tipiche previste dalla *Rule 23 FRCP*.

Lo stesso autore sottolinea che per effetto degli orientamenti restrittivi sostenuti dalla Corte Suprema nei citati casi *Ortiz* (quanto alla *certification*) e *Williams* (quanto alla eccessività dei *punitive damages*) sembrerebbe difficilmente proponibile con successo una *limited fund punitive damages class action* ai sensi della *Rule 23 (b) (1) (B)* poiché “*the limited punishment rationale for the limited fund punitive damages class – which rests on the premise that there is an outer limit on the amount of punishment on behalf of society or a wider group that extends beyond the individual plaintiff in a case – is thus non viable*”. Per quanto riguarda le *class actions* di cui alla *Rule 23 (b) 2*, bisogna tenere conto che la Corte Suprema nel celebre caso *Wal – Mart Stores v. Dukes* 564 U. S. (2011) ha ristretto la possibilità di certificare *class actions* fondate *individualized monetary claims* (ad esempio in materia giuslavoristica) sicchè stando alla in-

Appare opportuno interrogarsi su uno specifico profilo di diritto internazionale privato concernente i limiti che i *punitive damages* e le *class actions* incontrano nelle controversie relative a contratti asimmetrici risolte in sede arbitrale.

Negli ultimi anni, come ricordato, il *trend* seguito dalla prevalente giurisprudenza statunitense è quello di riconoscere la validità di arbitrati anche in ambito consumeristico e giuslavoristico.

Il depotenziamento della funzione di deterrenza della *class action* e dei *punitive damages* a tutela dei contraenti deboli (soprattutto in caso di *small claims*) si sarebbe dovuto giustificare con l'esigenza di prevenire abusi.

Senonchè, rispetto a questi arbitrati, sembra porsi, per le controversie a carattere transnazionale tra consumatori o lavoratori residenti abitualmente o domiciliati in Italia o comunque in uno Stato membro dell'Unione Europea e professionisti USA, un problema di diritto internazionale privato.

Le grandi multinazionali statunitensi, attraverso l'inserzione nei contratti di massa e di lavoro individuali dei menzionati cd. *class arbitration waivers*, impongono (unilateralmente) clausole compromissorie per arbitrati individuali. Sotto il profilo processuale, con l'adesione agli indicati contratti di massa, le parti rinunciano non solo all'accesso alla tutela giurisdizionale ordinaria in forma individuale, ma anche a quella collettiva e, di fatto, ai *punitive damages* i quali, sotto il profilo di diritto sostanziale, in sede arbitrale possono essere concessi soltanto in caso di espressa previsione delle parti (come accade per l'arbitrato multiparte).

Ne consegue che, tramite il riconoscimento negli USA della validità delle indicate clausole negoziali, si determina un *vulnus* alla disciplina di protezione dei contraenti deboli che abbiano punti di contatto qualificati con gli ordinamenti europei. Si pensi, a titolo di esempio, alle controversie relative alla contrattazione per via telematica che coinvolgo-

---

terpretazione letterale della norma i danni devono essere liquidati solo se costituiscono un complesso unitario e "formano la base del provvedimento dichiarativo o ingiuntivo". In sostanza vi è il rischio che i *punitive damages* proprio perché non più considerati come "danno alla società" ma in una certa misura come punizione individuale in virtù del caso *Williams*, possano risultare incompatibili anche con la certificazione di questa ulteriore tipologia di *mandatory class action* involgendo *individualized issues* (esclusi dal caso *Dukes*). Analoghi dubbi potrebbero sorgere anche con riferimento alle *damages class actions* di cui alla *Rule 23 (b) (3)*, per la certificazione delle quali occorre accertare che le questioni comuni alla classe siano prevalenti rispetto a quelle individuali e che in ogni caso la *class action* involva posizioni omogenee a tutti i membri del gruppo.

A ben vedere, tuttavia, simili obiezioni non sembrano decisive. Infatti, se la classe è un gruppo a sé stante, i *punitive damages* vanno apprezzati con riferimento alla grave lesione inferta dal convenuto ad essa considerata unitariamente e i singoli *absent members*, non possono reputarsi come *strangers to the litigation* (per quanto visto sopra infatti tutti i membri della classe sono trattati come se fossero parte del processo e del resto hanno specifici diritti partecipativi) a meno che essi non abbiano esercitato il diritto di *opt out*. Diffusamente sul punto SHARKEY, op. cit., pag. 1144 e ss.



no consumatori o, a maggior ragione, ai diritti indisponibili dei lavoratori, quale quello alla sicurezza, che non possono formare oggetto di arbitrato in Italia e a quelli, arbitrabili, nei casi previsti *ex lege* e dai CCNL<sup>328</sup>.

Sembra interessante domandarsi cosa accada nell'ipotesi in cui il consumatore italiano, avvalendosi dell'art. 66 *bis* c. cons., citi in giudizio dinanzi al giudice nazionale l'impresa o il fornitore di beni o servizi informatici statunitense – il quale verosimilmente applicherà la legge sostanziale statunitense – e, su eccezione di difetto giurisdizione della convenuta, il giudice si trovi a decidere sull'eventuale vessatorietà dei citati *class arbitration waivers* o in generale di un *class arbitration* ai sensi dell'art. 33, secondo comma, *lett. u)* c. cons.

Trattasi di clausole compromissorie che, nella misura in cui pongono deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, si presumono vessatorie, salva prova contraria<sup>329</sup> gravante sul professionista, ai sensi della disciplina consumeristica.

---

<sup>328</sup> Diffusamente, CANALE, *Arbitrato e "collegato lavoro"* in *Riv. dir. proc.*, 2011, pag. 566 e ss.

<sup>329</sup> La prova contraria che il professionista è tenuto a fornire consiste o nell'assenza di squilibrio in concreto di quella clausola negoziale oppure nell'esistenza di una trattativa individuale, seria ed effettiva intrapresa col consumatore diretta a dimostrare che quest'ultimo ha scelto liberamente e consapevolmente di apporre quella disposizione convenzionale all'interno regolamento contrattuale. Invero, l'art. 34, primo comma, c. cons. prevede che, nel valutare la vessatorietà di una clausola contrattuale, l'interprete deve avere riguardo alla "*natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro contratto collegato da cui dipende*". Il significativo squilibrio di diritti ed obblighi a carico del contraente debole – che connota qualunque clausola vessatoria *ex art. 33 c. cons.* –, dunque, postula una interpretazione complessiva delle clausole negoziali (eventualmente estesa ad altri contratti collegati) giacchè quella che potrebbe apparire *prima facie* come una clausola onerosa per il consumatore, isolatamente considerata, potrebbe essere controbilanciata da altre clausole che accordano ulteriori diritti (previsti nel medesimo contratto o in altro collegato).

Inoltre, il quarto comma, del citato art. 34 c. cons. ha cura di precisare che "*non sono vessatorie le clausole o elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*". L'assenza di negoziato individuale rappresenta il presupposto logico per potere applicare la disciplina consumeristica e, a differenza della precedente fattispecie, non un semplice criterio di valutazione della vessatorietà della clausola così PIGNALOSA – CATRICALA', *Manuale di diritto dei consumatori*, Bari, 2013, pag. 95; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, pag. 49; ACHILLE, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di RECINTO – MEZZASOMA – CHERTI, Napoli, 2014, pag. 133. Naturalmente, per impedire l'applicazione della disciplina di protezione, il professionista ha l'onere di provare che il consumatore abbia potuto liberamente definire, su un piano di perfetta parità, il contenuto di tale clausola sicchè la dottrina e la giurisprudenza prevalenti richiedono l'esistenza di una trattativa *individuale* (condotta rispetto a quello specifico regolamento contrattuale), *effettiva* (concreta possibilità di incidere sul contenuto contrattuale) e *seria* (avviata al fine di raggiungere tale obiettivo) cfr. oltre agli autori in precedenza citati, Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, in *Obb. contr.*, 2008, 11, 867; Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Giur. it.*, 2011, 4, 802. Ebbene, con riferimento all'ipotesi sopra considerata, sembrerebbe alquanto difficile per il professionista dare la prova di una trattativa individuale in caso di contratti di massa diffusi su larga scala a livello interanzionale. La prova del carattere non squilibrante, sotto il profilo giuridico, delle clausole in commento potrebbe sussistere teoricamente se esse fossero concepite per deferire ad arbitri la *class action* senza oneri e costi sproporzionati per il consumatore poiché gravanti interamente sul professionista e con espressa salvezza, per il consumatore, dell'azione individuale davanti ai giudici ordinari, tenuto conto della disciplina protettiva europea. Ulteriore correttivo, già tracciato dalla giurisprudenza delle Corti statali USA potrebbe essere rappresentato dalla previsione di limiti quantitativi della controversia in atto cfr. BENATTI, *La fuga verso*

Nel caso in cui l'autorità giurisdizionale del foro adita dichiari la nullità di tali clausole – squilibranti sotto il profilo giuridico *ex art. 36 c. cons.* –, rimarrebbe ferma la giurisdizione ordinaria, poichè, a partire dal 10 gennaio 2015, con l'entrata in vigore del Reg. Bruxelles I *bis* (Reg. UE, 12.12.2012, n. 1215, in GUE L 351/1 ), i consumatori e i lavoratori possono convenire in giudizio dinanzi all'autorità giurisdizionale del luogo del proprio domicilio<sup>330</sup>, in alternativa a quello del convenuto, anche le controparti che risultino domiciliate in uno Stato terzo non europeo (così art. 6, par. 1, che richiama per l'azione del consumatore l'art. 18, par. 1, e per quella del lavoratore l'art. 21, par. 2, del Reg. Bruxelles I *bis*).

Quanto poi alla disciplina applicabile al rapporto sostanziale<sup>331</sup>, in virtù dell'art. 6, par. 1 e 2, del Regolamento Roma I<sup>332</sup> (Reg. UE, 17.6.2008, n. 593 in GUE L 177/6) di regola – salve le esclusioni previste al par. 4 –, il contratto di consumo è disciplinato dalla legge del Paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale (a condizione che il professionista svolga le sue attività anche nel paese in esame o le diriga con qualsiasi mezzo, anche telematico, verso esso). Le parti possono sempre scegliere di derogare alla legge applicabile così determinata (art. 6, par. 2), ma, in tal caso, si applicheranno comunque alla fattispecie le norme imperative della legge del Paese di residenza abituale

---

*l'arbitrato*, op. cit., pag. 515 e ss.; BRIGUGLIO, *Class Action Arbitration, spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in *Riv. dell'arb.*, 2, 2015, pag. 219 e ss.

<sup>330</sup> Dagli artt. 17 – 19 del citato Reg. Bruxelles I *bis*, si ricava che il legislatore ha inteso favorire la giurisdizione più prossima al consumatore al fine di evitare un incremento di costi e difficoltà pratiche di accesso alla tutela giurisdizionale che il contraente debole dovrebbe altrimenti affrontare se fosse valida una clausola di deroga della giurisdizione imposta unilateralmente dal professionista. Analoga *ratio* ispirava la precedente Convenzione di Bruxelles del 1968 che si distingue sul punto dal nuovo Regolamento europeo per il fatto che quest'ultimo si applica anche alle transazioni relative al commercio elettronico cfr. STADLER, *From the Brussel convention to 44/2001: cornerstone of a European law of civil procedure in Common Market Law review*, 2005, pag. 1637 e ss.

<sup>331</sup> Sui limiti all'applicabilità della legge scelta dalle parti o alla scelta di legge riguardanti i contratti con un contraente debole v. PASSARELLI, *La legge applicabile ai contratti internazionali conclusi dai consumatori alla luce del Regolamento Roma I*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pag. 1151 e ss.; PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I*, Milano 2012, 124 e ss.; PIETRANGELI, *Clausola di individuazione della legge applicabile*, in AA. VV., *Clausole negoziali*, a cura di CONFORTINI, Roma, 2017, 1092 e ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Peraltro occorre evidenziare che l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Aja del 15.6.1955 sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di cose mobili corporali, la quale potrebbe dettare una disciplina parzialmente diversa rispetto a quella del citato Regolamento Roma I sicchè occorrerebbe anche verificare in concreto di volta in volta se la controversia rientri nel campo di applicazione di quest'ultima Convenzione la quale prevarrebbe sul citato regolamento europeo. Così BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale: manuale teorico pratico*, Milano, 2017, pag. 41 e ss.

<sup>332</sup> Anche il citato Regolamento europeo ha vocazione universalistica giacchè, ai sensi dell'art. 2 “*la legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro*”.

La scelta di una legge straniera non può risolversi nella privazione della disciplina di protezione che, in mancanza di quella scelta, sarebbe stata applicabile al rapporto (quella del Paese di residenza abituale del consumatore). Così PIETRANGELI, op. cit., pag.1093.

del consumatore tra le quali, verosimilmente, quelle consumeristiche o giuslavoristiche (per i lavoratori si veda l'art. 8<sup>333</sup> del medesimo Regolamento).

A fronte di una così complessa disciplina, si pone un importante problema interpretativo: secondo alcuni autori, alla luce dei considerando n. 23 e 24<sup>334</sup> di tale Regolamento che ha vocazione universalistica ai sensi dell'art. 2, le norme imperative della legge dello Stato del consumatore o del lavoratore si applicano comunque (si pensi ad esempio agli obblighi informativi o clausole vessatorie per il primo o alle norme di diretta derivazione dei principi costituzionali per i lavoratori) anche se è scelta una legge straniera<sup>335</sup>. Secondo altro orientamento, invece, il giudice sarà legittimato ad effettuare una valutazione, caso per caso e in chiave comparativa, delle norme della legge scelta dalle parti rispetto alle norme del Paese di residenza abituale del consumatore (o lavoratore), applicando di volta in volta la disciplina più favorevole in relazione alla controversia in atto<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> L'art. 8 del citato Regolamento stabilisce nuovamente che il lavoratore non possa essere privato della protezione assicurategli dalle leggi inderogabili dello Stato che sarebbero applicabili in assenza di una diversa scelta delle parti. Trattasi della legge del Paese nel quale il lavoratore svolge abitualmente la sua prestazione lavorativa (art. 8, par. 2) e, in mancanza, la legge del paese ove si trova la sede che ha assunto il lavoratore (art. 8, par. 3).

<sup>334</sup> Si riporta il testo dei considerando n. 23 e 24 del citato Regolamento europeo; considerando n. 23: «Per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti considerati deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali». Il successivo considerando n. 24, riguardo ai contratti dei consumatori, dispone: «Per quanto riguarda più in particolare i contratti conclusi da consumatori, la regola di conflitto di leggi dovrebbe permettere di ridurre le spese per la risoluzione delle controversie, che sono spesso di valore relativamente modesto».

<sup>335</sup> Valorizzando l'obiettivo della riduzione dei costi per le controversie transnazionali, di cui ai considerando citati, si è ritenuto che la disciplina dello Stato di residenza abituale del consumatore dovrebbe in ogni caso trovare applicazione così PIRODDI, op. cit., pag. 124 e ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Altrettanto evidente è che nell'ipotesi in cui la legge straniera richiamata preveda una normativa più favorevole per il contraente debole non avrebbe senso applicare la disciplina dello stato di residenza abituale del consumatore, trattandosi di una disciplina ispirata al *favor* per il contraente debole cfr. VILLANI, *La legge applicabile ai contratti dei consumatori nel regolamento Roma I*, in *Studi sull'integrazione europea*, fasc. 9, 2014, pag. 439.

<sup>336</sup> Se la legge straniera richiamata contiene al contempo disposizioni più favorevoli per il consumatore e altre meno favorevoli rispetto alla legge dello stato di residenza abituale, allora, come notato, occorre effettuare una operazione selettiva per individuare quella ispirata al maggior *favor* cfr. RAGNO, *The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation in Rome I Regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, (a cura di) FERRARI, LEIBLE, *Munchen*, 2009, pag. 129 e ss. Tale ultimo orientamento, tuttavia, finirebbe per creare delle incertezze applicative dovendosi applicare congiuntamente norme che potrebbero appartenere a due diversi sistemi giuridici nella medesima controversia transazionale. Sembrerebbe allora preferibile ritenere che soltanto se il complesso delle norme della legge straniera richiamata che regolano la questione controversa risulti meno favorevole della legge altrimenti applicabile in difetto di scelta (quella dello Stato di residenza del consumatore o lavoratore), è possibile fare luogo all'indicato criterio interpretativo ispirato al *favor* per il contraente debole così PIETRANGELI, op. cit., pag. 1096.

Un profilo strettamente connesso a quello in esame riguarda la individuazione della legge applicabile per valutare la stessa esistenza e validità della clausola contenente l'*optio legis*, in quanto, autonomo negozio di scelta. A riguardo il Regolamento Roma I (e la precedente Convenzione di Roma del 1980) richiama la medesima legge applicabile al rapporto contrattuale. Ne deriva che se, come notato, alla luce della *lex contractus*, non è possibile porre limitazioni ai diritti dei contraenti deboli, dovendosi avere riguardo alle

In definitiva sembra possibile affermare che il ridimensionamento delle *punitive damages class actions* statunitensi per il tramite dei *class action arbitration waivers* e gli orientamenti federali sopra richiamati, non può risolversi, nell'ambito delle controversie transnazionali che coinvolgano lavoratori o consumatori europei, in una lesione per i diritti del contraente debole garantiti dalla legislazione europea. Ciò si apprezza oltre che con riferimento alla disciplina in tema di foro del consumatore (e dei lavoratori), applicabile anche al di là dello spazio giudiziario europeo e nonostante tali clausole compromissorie, anche sotto il profilo della disciplina applicabile al rapporto sostanziale per quanto previsto dal Regolamento Roma I.

---

norme imperative dello Stato di residenza abituale del consumatore o del lavoratore, analogo criterio dovrà essere utilizzato per valutare a monte la stessa validità della clausola di scelta. La stessa Corte di Giustizia (CGUE 28 luglio 2016, causa C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*) ha affermato che la validità ed efficacia della clausola contenente l'*optio legis* deve essere valutata alla luce delle disposizioni contenute nella direttiva 93/13/CEE in tema di clausole abusive.

#### 4.2.6. Gli interventi correttivi della Suprema Corte Federale, le riforme delle legislazioni statali e le tecniche processuali.

Per cercare di arginare il fenomeno della eccessività dei risarcimenti punitivi, sono state prospettate alla Suprema Corte Federale diverse censure di incostituzionalità che soltanto recentemente (dal caso *Gore*) hanno trovato accoglimento.

Devesi tuttavia precisare che, in ragione delle peculiarità proprie del sistema federale statunitense, la Corte Suprema di *Washington*, lungi dall'imporre una propria concezione teorica dei *punitive damages*, ha fissato solo limiti esterni alle legislazioni degli Stati federali che rimangono pienamente competenti in materia<sup>337</sup>.

Giova ribadire che, per la giurisprudenza e la dottrina statunitensi, la finalità di deterrenza tipica dei danni punitivi è irrinunciabile e che, ad avviso della Corte Suprema Federale, i *punitive damages* non violano il V (divieto di *bis in idem*), l'VIII (*excessive fines clause*) e neppure, con le precisazioni di cui alle decisioni *Gore*, *Campbell e Williams*, il XIV emendamento (*due process clause*).

L'ordinamento statunitense non conosce un sistema di preclusione o incompatibilità tra una pronuncia che escluda la sussistenza di un reato con altra, contestuale o successiva, che ravvisi nella medesima condotta un illecito civile<sup>338</sup>; non potrebbe inoltre ipotizzarsi alcuna violazione della garanzia di cui al V Emendamento (secondo cui "*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*")<sup>339</sup> laddove il medesimo fatto, pur costituente reato, dia luogo, in quanto illecito civile, a una obbligazione risarcitoria con funzione meramente riparatoria (*compensatory damages*) perché alla sanzione penale con funzione punitiva si accosterebbe solamente una condanna civile con funzione compensativa; in linea teorica, invece, il rischio della eventuale duplicazione sanzionatoria per il medesimo illecito potrebbe porsi solamente

---

<sup>337</sup> LENS, *Defective Punitive Damage Awards*, *Utah L. Rev.* 2017 (5), pag. 1019 - 1060 . V. anche *retro*.

<sup>338</sup> Cfr. PONZANELLI, *Il caso O. J. Simpson* cit., pag. 396 che appunto riguardava l'assoluzione del celebre giocatore di *football* dall'accusa di omicidio della moglie *Nicole* e di un suo amico cui è seguita la condanna in sede civile tanto ai *compensatory* quanto ai *punitive damages* cfr. sul punto anche il caso *Eddy v. McGinnis*, 523 N.E.2d 737 (*Ind.* 1988) nel quale la Corte Suprema dell'Indiana ha ritenuto che la previsione del codice civile statale che permette all'attore di chiedere la condanna del convenuto ai *punitive damages* anche se sottoposto al processo penale per lo stesso fatto che ha dato luogo all'azione civile non è incostituzionale per violazione del V Emendamento; nello stesso senso caso *Jines v. Seiber*, 193 Ill. App. 3d 390 Ill. App. Court (1990) di assoluzione in sede penale e condanna in sede civilistica ai *punitive damages*.

Il V Emendamento previene il rischio di una duplice persecuzione in sede penale, ma ammette la cumulabilità di sanzioni civili e penali per la stessa azione od omissione cd. *double punishment* cfr. Corte Suprema casi *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S. 391, 398 – 399, 58 S. Ct. 630, 633, 82 L. Ed. 917, 921 (1938) e *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519, 528, 95 S. Ct. 1779, 1785, 44 L. Ed. 2d 346, 354 (1975).

<sup>339</sup> La Corte Suprema ha statuito che l'indicata garanzia costituzionale è diretta a prevenire "*a second prosecution for the same offense after acquittal; a second prosecution for the same offense after conviction; and multiple punishments for the same offense*" così caso *United States v. Halper* (1989) 490 U.S. 435, 440, 109 S.Ct. 1892, 104 L.Ed.2d 487.

se anche la liquidazione del danno in sede civile assuma connotati *lato sensu* punitivi in tal modo sovrapponendosi alla sanzione penale.

È stato dunque precisato che il divieto di *bis in idem* di cui al V emendamento opera soltanto nei casi di protezione del cittadino nei confronti dello Stato qualora quest'ultimo, dopo l'azione penale, promuova quella civile di risarcimento per ottenere una *civil penalty* (limitatamente alla componente non riparatoria)<sup>340</sup>. Ne consegue che sia per la dottrina che per la giurisprudenza americana, quando, in presenza di condanna penale, sia il privato a chiedere il risarcimento dei danni, anche in forma punitiva, non si verifica alcuna violazione del V emendamento sul rilievo che il concetto di *double jeopardy* - da tenersi distinto da quello di *double punishment*<sup>341</sup> - opera esclusivamente in ambito penale<sup>342</sup>.

---

<sup>340</sup> Nella citata sentenza *Halper* la Corte Suprema ha infatti fissato il seguente principio "*What we announce now is a rule for the rare case, the case such as the one before us, where a fixed-penalty provision subjects a prolific but small-gauge offender to a sanction overwhelmingly disproportionate to the damages he has caused. The rule is one of reason: Where a defendant previously has sustained a criminal penalty and the civil penalty sought in the subsequent proceeding bears no rational relation to the goal of compensating the Government for its loss, but rather appears to qualify as 'punishment' in the plain meaning of the word, then the defendant is entitled to an accounting of the Government's damages and costs to determine if the penalty sought in fact constitutes a second punishment.*" Così *Halper* 490 U.S. pag. 449 - 450.

Per altrettanto consolidato orientamento della Corte Suprema, inoltre, "*Nothing precludes a private party from filing a civil suit seeking damages for conduct that previously was the subject of criminal prosecution and punishment. The protections of the [double jeopardy clause] are not triggered by litigation between private parties*" così caso *Halper*, cit. pag. 451; caso *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997) pag. 110-111, 118 S.Ct.; *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal* (1989) 492 U.S. 257, 275, fn. 21, 109 S.Ct. 2909, 106 L.Ed.2d 219. Vedi anche caso *Jones v. S.E.C. (4th Cir.1997)* 115 F.3d 1173, 1183.

La *double jeopardy clause* di cui al V Emendamento può trovare applicazione solamente se, dopo la condanna penale, sia il Governo a promuovere una nuova azione diretta a ottenere una sanzione civile sostanzialmente penale v. caso *Department of Revenue v. Kurth Ranch*, 511 U. S., 767, 114, S. Ct. 1937 (1994) in cui, dopo una condanna penale di diversi membri della famiglia, per detenzione abusiva di stupefacenti, lo Stato del *Montana* richiese per lo stesso fatto anche l'applicazione della sanzione ricollegata alla luce della grave violazione della legislazione tributaria perpetrata. La pretesa fu rigettata sulla base del V emendamento dopo che la Corte Suprema, alla luce delle peculiarità della disciplina in concreto applicabile, riqualificò detta sanzione in termini di "*mere penalty with the characteristics of regulation and punishment*". Cfr. sul punto anche, PONZANELLI, *I punitive damages* cit., pag. 444. Quando al contrario un'agenzia governativa agisce in giudizio per chiedere la condanna ai *punitive damages*, l'indicata garanzia costituzionale non è applicabile anche se per lo stesso fatto il convenuto è stato già condannato in sede penale (purchè la legislazione statale non preveda diversamente v. *retro* in dettaglio). In altri termini il V Emendamento proibisce soltanto ipotesi di *multiple criminal punishments for the same offense*, ma non i *punitive damages* che invece rimangono un *private remedy* non essendo *essentially criminal in nature* cfr. casi *Hudson v. United States* (1997) cit. 99 ; *U.S. v. Ely* (9th Cir. 1997) 142 F.3d 1113, 1121; *Racich v. Celotex Corp.* (2d Cir. 1989) 887 F.2d 393, 397; *Shore v. Gurnett* (2004) 122 Cal.App.4th 166, 171-172 [18 Cal. Rptr. 3d 583]; *Lemer v. Boise Cascade, Inc.* (1980) 107 Cal. App. 3d 1, 7 [165 Cal. Rptr. 555]; *Toole v. Richardson-Merrell, Inc.* (1967) 251 Cal. App.2d 689, 716-717 [60 Cal. Rptr. 398]; *Hansen v. John-Manville Products Corp.*, 734 F.2d 1042 (5th Cir. 1984).

<sup>341</sup> Così anche BENATTI, *Correggere e punire*, cit. pag. 75.

<sup>342</sup> Come evidenziato, non vi è rischio di violazione del V Emendamento allorchè vi sia una sovrapposizione tra condanna penale e condanna civile ai *punitive damages* per lo stesso fatto purchè, in tale ultima ipotesi, si verta in un giudizio tra parti private (salvo ovviamente che il legislatore statale non abbia previsto diversamente). Viceversa, secondo parte della dottrina, l'ipotetica violazione del V emendamento poteva emergere in passato, prima delle celebri sentenze della Corte Suprema nei casi *Gore*, *Campbell* e

Anche l'*excessive fines clause* prevista dall'VIII emendamento che proibisce l'applicazione di sanzioni pecuniarie eccessive, non risulta violato dai *punitive damages*; difatti, secondo la Corte Suprema Federale, dall'interpretazione tradizionale già adottata nel caso *Ingraham v. Wright*<sup>343</sup> e da quella letterale del termine *fine* al tempo dei *Founding Fathers* (pena pecuniaria versata al sovrano quale conseguenza della commissione di un reato), risulta chiaro che l'ambito di applicazione dell'VIII emendamento è limitato alle sanzioni penali, ammende e pene<sup>344</sup>.

---

*Williams* per cui v. *infra* in sede civilistica nelle ipotesi di *multiple punishment*; se in un primo giudizio individuale il convenuto era condannato ai *punitive damages* calcolati avuto riguardo all'intero pregiudizio causato a tutte le potenziali vittime dell'illecito (anche terzi non parte di quel giudizio) e in un successivo processo, le ulteriori vittime dello stesso fatto illecito chiedevano nuovamente una ulteriore condanna punitiva integrale, si assisteva alla violazione del *double jeopardy* atteso che si riconsiderava la stessa oltraggiosità della condotta per la quale era già stata irrogata la prima sanzione punitiva per la imposizione di una nuova condanna esemplare.

In sostanza il singolo attore avrebbe beneficiato del risarcimento di un "danno collettivo" con una sorta di *class action* individuale in assenza, però, delle regole proprie di questo istituto e non preclusiva di successivi giudizi individuali che avrebbero avuto disastrose ripercussioni economiche sulla impresa convenuta in giudizio condannata più volte per lo stesso fatto esemplarmente. L'indicata problematica, non sembra più attuale alla luce delle celebri sentenze nei casi *Gore*, *State Farm* e *Williams* per cui v. *infra*. nelle quali la Corte Suprema ha escluso che nella quantificazione dei *punitive damages* possano considerarsi i danni procurati a terzi non parte del giudizio. Così MARRERO, op. cit. pag. 793 – 793.

<sup>343</sup> 430 U.S. 651, 1977.

<sup>344</sup> L'indicata restrizione è stata criticata da una parte della dottrina e dallo stesso giudice *O' Connor* nella sua *opinion* a margine del caso *Ingraham* sul rilievo che il criterio formale adottato dalla Corte si sarebbe potuto facilmente superare attraverso il criterio funzionale secondo cui talune sanzioni civili, come i *punitive damages*, possono essere assimilate alle *fines*. Cfr., diffusamente, ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza* cit., pag. 174 e ss. la quale ricostruisce in dettaglio l'origine storica del VIII Emendamento e non condivide la soluzione offerta dalla Corte Suprema. Ciononostante l'indicato orientamento non è mai stato superato come ricordano, tra i tanti, ad esempio COLGAN, *The Excessive Fines Clause, Challenging The Modern Debtor's Prison*, 65 *UCLA L. Rev.* 2, (2018) pag. 11 e ss.; PERRY – KANTOROWICZ – REZNICHENKO, *Income – Dependent Punitive Damages*, 95 *Wash. U. L. Rev.* 835 (2018), pag. 875 e ss.; PECK – CHEMERINSKY, *The Right to Trial by Jury as a Fundamental and Substantive Right and Other Civil – Trial Constitutional Protections*, 96 *Or. L. Rev.*, 489, pag. 501 e ss.

La Corte di *Washington* ha chiarito che sia le sanzioni civili che penali possono considerarsi *fines* ai fini del VIII Emendamento (cfr. casi *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993) in tema di *civil forfeitures* e *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544 (1993) in tema di *criminal forfeitures*) affermando tuttavia che, alla luce della storia e degli scopi dell'indicata previsione costituzionale, tali non possono considerarsi i *punitive damages* nei processi tra parti private. Così Corte Suprema nel caso *Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989) nel quale ha statuito, in sintesi, i seguenti principi (cfr. pagine da 262 a 276):

*"The Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment does not apply to punitive damages awards in cases between private parties; it does not constrain such an award when the government neither has prosecuted the action nor has any right to recover a share of the damages awarded.*

*(a) The primary concern which drove the Framers of the Eighth Amendment was the potential for governmental abuse of "prosecutorial" power, not concern with the extent or purposes of civil damages. Nothing in English history suggests that the Excessive Fines Clause of the English Bill of Rights of 1689, the direct ancestor of the Eighth Amendment, was intended to apply to damages awarded in disputes between private parties.*

*(b) The history of the use and abuse in England of amercements, including the fact that Magna Carta placed limits on the Crown's use of excessive amercements, is no basis for concluding that the Excessive Fines Clause limits a civil jury's ability to award punitive damages. Magna Carta was aimed at putting limits on the excesses of royal power, purposes which are clearly inapposite in a case where a private party receives exemplary damages from another party, and the government has no share in the recovery. Any overlap between civil and criminal procedure at the time of Magna Carta is insignificant when all*

Stessi principi sono stati affermati riguardo alla inapplicabilità del principio di irretroattività sfavorevole ai *punitive damages* poiché non possono qualificarsi alla stregua di sanzioni penali (neppure applicando i criteri delineati dalla sentenza *Kennedy v. Mendoza Martinez*<sup>345</sup>)<sup>346</sup>.

I *punitive damages* non violano, infine, a determinate condizioni, la clausola del giusto processo (*due process of law*) contenuta nella sezione 1 del XIV emendamento per la quale “nessuno Stato dell’unione emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini statunitensi, né priverà alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà se non a seguito di regolare processo ...”.

Il quesito ripetutamente rivolto alla Corte Suprema<sup>347</sup> era di stabilire se la smisurata quantificazione dei *punitive damages* da parte della giuria violasse o meno il XIV emendamento<sup>348</sup>.

---

*indications are that English courts never have understood Magna Carta's amercements clauses to be relevant to private damages of any kind.*

*(c) The language of the Excessive Fines Clause and the nature of our constitutional framework make it clear that the Eighth Amendment places limits on the steps a government may take against an individual. The fact that punitive damages are imposed through the aegis of courts and serve to advance governmental interests in punishment and deterrence is insufficient to support applying the Excessive Fines Clause in a case between private parties. Here, the government of Vermont has not taken a positive step to punish, as it does in the criminal context, nor used the civil courts to extract large payments or forfeiture for the purpose of raising revenue or disabling some individual”.*

V anche *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, 979 n.9 (1991) (“*We relied upon precisely the lack of this incentive for abuse in holding that 'punitive damages' were not 'fines' within the meaning of the Eighth Amendment*”).

Dato che lo scopo principale dell’VIII emendamento è quello di scongiurare abusi del potere governativo nell’esercizio del “*prosecutorial power*” - sicché la limitazione posta dall’*excessive fines clause* riguarda soltanto le pene imposte dallo Stato e pagate in favore dello Stato medesimo, ma non i *punitive damages* – l’indicata garanzia costituzionale viene in gioco allorchè si tratti di valutare l’eccessività delle confische dei beni che lo Stato dispone ad esempio per reati commessi in materia di stupefacenti a partire dal caso *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993) sul punto v. REINHART, *Applying The Eighth Amendment to Civil Forfeiture after Austin v. United States; Excessiveness and Proportionality*, 36 *Wm. & Mary L. Rev.* 235 (1994).

<sup>345</sup> 372 U.S. 144 (1963) trattasi, in particolare, di sette fattori rilevanti: “*[w]hether the sanction involves an affirmative disability or restraint, whether it has historically been regarded as a punishment, whether it comes into play only on a finding of scienter, whether its operation will promote the traditional aims of punishment-retribution and deterrence, whether the behavior to which it applies is already a crime, whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it, and whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned ...*” così *Mendoza-Martinez*, cit. , 372 U.S. pag. 168–169. Stesso orientamento è ribadito nel successivo caso *United States v. L. Ward*. 448 U.S. 242 (1980).

<sup>346</sup> Così casi *Roman Catholic Bishop of Oakland v. Superior Court*, 128 *Cal. App. 4th* 1155 (2005) e *Century Ins. Co. v. Superior Court* (2005) 127 *Cal. App. 4th* 1351 [26 *Cal. Rptr. 3d* 476]. Nelle relative motivazioni si ricorda che le Corti Federali non hanno mai affermato che i *punitive damages* costituiscono una ipotesi di *criminal punishment* ai fini del principio di irretroattività sfavorevole, bensì il contrario e si citano i casi *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981) 119 *Cal. App. 3d* 757 [174 *Cal. Rptr.* 348] a pag. 811; *Peterson v. Superior Court* (1982) 31 *Cal.3d* 147 [181 *Cal. Rptr.* 784, 642 P.2d 1305] a pag. 161; *Logan v. Drew* (N.D.Ill. 1992) 790 *F. Supp.* 181 a pag. 183.

<sup>347</sup> Diffusamente sulle questioni di costituzionalità del XIV Emendamento, BENATTI, *Correggere e punire*, cit. pag. da 76 a 94.

<sup>348</sup> È opportuno evidenziare sin da subito che l’inadeguatezza dei criteri limitativi della discrezionalità della giuria nella quantificazione del verdetto sui *punitive damages* così come la possibilità di sottoporlo a



In una prima decisione<sup>349</sup>, nel difendere l'operato della giuria, la Corte Suprema Federale ritenne che la giurisprudenza dello Stato dell'*Alabama* in materia di *punitive damages* aveva adottato una serie di criteri che consentivano alle Corti di primo e secondo grado di valutare la ragionevolezza della somma liquidata e che nel caso in esame il giudice aveva fornito alla giuria tutte le istruzioni necessarie a evitare una pronuncia incostituzionale; nella seconda<sup>350</sup>, pur nell'evidente sproporzione tra condanna punitiva e risarcimento (rapporto di 526/1), la decisione adottata fu difesa facendo leva sulla condotta particolarmente riprovevole tenuta dalla *Txo*, sulla rilevante potenzialità lesiva della stessa (anche oltre i confini statali), nonché sulla considerevole entità economica della controversia e sulle condizioni patrimoniali della convenuta<sup>351</sup>.

Neppure decisiva, rispetto alla problematica sopra evidenziata, risulta la successiva sentenza *Honda Motor Co., Ltd. v. Oberg*<sup>352</sup> nella quale la Corte Suprema, pur avendo affermato che in linea di principio i *punitive damages grossly excessive* sono incostituzionali, non si è soffermata sulla *substantive Due Process*, bensì solo sulla incostituzionalità della procedura prevista nello Stato dell'*Oregon* per la liquidazione dei *punitive damages* atteso che, contrariamente alla consolidata *common law* statale e alla disciplina

---

revisione giudiziale inerisce alla dimensione procedurale della *Due Process Clause*, mentre la sproporzione/irragionevolezza del *quantum* involge profili di diritto sostanziale sottesi alla menzionata garanzia costituzionale cfr. CHEMERINSKY, *Substantive Due Process*, 15 *Tuoro L. Rev.*, pag. 15 (1999). Più di recente e a conferma dell'orientamento tradizionale per cui si assiste alla violazione del XIV Emendamento ove i *punitive damages* siano *grossly excessive (substantial Due Process)* ovvero imposti senza una *fair procedure (procedural Due Process)* cfr. PERRY & KANTOROWICZ – REZNICHENKO, *Income – Dependent Punitive Damages*, 95 *Wash. U. L. Rev.*, (2018) pag. 875 e ss.

<sup>349</sup> Caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 400 U.S. 1 (1991) cit. pagine 19 – 24, nel quale la Corte Suprema ha affermato l'adeguatezza delle garanzie procedurali alla luce delle limitazioni previste alla discrezionalità della giuria e comunque della possibilità di rivedere il verdetto iniziale in sede giudiziale. Nella motivazione si specifica, inoltre, che, sebbene la *Due Process* intesa in senso sostanziale possa incidere su liquidazioni manifestamente sproporzionate dei *punitive damages*, nel caso di specie vi era un rapporto ragionevole - sebbene quasi al limite della incostituzionalità - tra *punitive damages* e *compensatory damages* (così *Haslip*, cit. a pag. 23).

<sup>350</sup> Nel caso *Txo Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* 509 U.S. (1993), pur affermando che il XIV Emendamento impone limiti sostanziali ai *punitive damages* e in particolare il diritto ad avere una determinazione dei *punitive damages reasonable* (pag. 453 - 454), la Corte Suprema ha escluso nel caso concreto l'esistenza di violazioni costituzionali (pag. 462). Contro questa concezione secondo cui sussistono limiti sostanziali di natura costituzionale all'ammontare dei *punitive damages*, si sono opposti, con una *dissenting opinion*, i Giudici *Scalia* e *Thomas* rilevando il primo in particolare che "*the Constitution gives federal courts no business in this area, except to assure that due process (i.e., traditional procedure) has been observed*". Opinione successivamente ribadita anche per i casi *Campbell* e *Williams* per cui *infra*.

<sup>351</sup> Il Giudice *O' Connor* si oppone sul punto alla opinione espressa dalla maggioranza dei Supremi Giudici: nella propria *dissenting opinion*, reputa non adeguato il riferimento ai criteri del patrimonio del convenuto e della potenziale dannosità della condotta anche al di fuori dei confini statali per la irragionevolezza delle conseguenze cui potrebbero condurre soprattutto in caso di contenziosi di massa che vedano protagoniste grandi Compagnie; critica inoltre, come già accaduto nella *dissenting opinion* espressa a margine della sentenza resa nel citato caso *Haslip*, l'inadeguatezza dei criteri adottati per vincolare i verdetti delle giurie auspicando un intervento fondato su criteri oggettivi certi.

<sup>352</sup> 512 U.S. 415 (1994)

di tutti gli altri Stati federali, in *Oregon* non era ammessa una *judicial review* (in primo grado e/o in appello) del verdetto della giuria (se non in casi assolutamente eccezionali ovvero “*unless the court can affirmatively say there is no evidence to support the verdict*”).

La svolta si è verificata nel 1996, con la celebre decisione del caso *Gore v. BMW*<sup>353</sup>.

Il dr. *Gore* aveva acquistato nel 1990 da un rivenditore *BMW* dell'*Alabama* un'autovettura al prezzo di 40.000 dollari e, dopo alcuni mesi, si era reso conto che il veicolo era stato riverniciato dal concessionario per coprire i danni causati dal trasporto per mare. Aveva così citato per truffa il venditore chiedendo, oltre al risarcimento del danno equivalente al minor valore dell'auto (valutato nel 10% e quindi in 4.000 dollari) anche la condanna a danni punitivi per 4 milioni di dollari dimostrando che almeno in altre 1.000 occasioni la *BMW* aveva adottato un simile espediente negli Stati Uniti<sup>354</sup>. La domanda fu accolta in primo grado e la condanna al pagamento dei *punitive damages* fu ridotta in appello da 4 a 2 milioni di dollari.

La Corte Suprema, investita della questione, sotto la spinta dell'argomento dottrinale<sup>355</sup> secondo cui l'assoluta discrezionalità della giuria nella determinazione del *quantum* dei *punitive damages* viola il XIV emendamento (giusto processo sotto il profilo sostanziale) perché non consente al danneggiante di poter ragionevolmente prevedere le conseguenze delle proprie azioni, ha ritenuto che, ferma restandone la legittimità, è necessario porre dei limiti ai risarcimenti esorbitanti.

I *punitive damages* non violano la Costituzione quando sono quantificati sulla base di tre criteri: a) il grado di riprovevolezza della condotta; b) il rapporto con il danno patrimoniale effettivo (*compensatory damages*); c) il raffronto con sanzioni previste dalla legge, anche di altri Stati, per lo stesso o per casi simili.

Gli ultimi due indici, in realtà, sono strettamente legati al primo criterio nel senso che la particolare diffusività del danno rileva pur sempre quale elemento indicatore di maggiore pericolosità sociale della condotta del danneggiante e quindi della maggiore gravità della stessa; così, il rinvio alle previsioni normative che contemplano casi simili e all'entità delle relative sanzioni, costituisce ulteriore elemento per verificare in che misura i legislatori statali hanno valutato il grado di riprovevolezza di quella condotta o di

---

<sup>353</sup> *BMW of North America Inc. v. Ira Gore jr* 517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589 in *Westlaw*.

<sup>354</sup> In questo caso è stata applicato il criterio dell'analisi economica del diritto secondo cui il livello ottimale di deterrenza deve essere individuato nel risarcimento aggregato di tutte le occasioni di danno verificatesi; cfr. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi* cit., pag. 422.

<sup>355</sup> Diffusamente OWEN – MONTGOMERY – DAVIS, *Product Liability and Safety*, New York 2007, pag. 668 ; SPENCER, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence* in *Berkeley Electronic Press* 2006, pag. 919 e ss.

una condotta simile<sup>356</sup>.

L'indicato orientamento è stato confermato nel 2003 nel caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*<sup>357</sup>.

I coniugi *Campbell* avevano citato in giudizio la propria compagnia di assicurazione per essersi rifiutata, in malafede, di risarcire i danni a loro richiesti, entro i limiti del massimale della polizza (50.000 dollari) dalle famiglie delle vittime di un incidente stradale da loro causato. In un primo giudizio, la compagnia di assicurazione aveva sostenuto che la causa del sinistro non era addebitabile ai coniugi *Campbell* e, pertanto, che non era tenuta al pagamento di alcun indennizzo; la giuria fu di diverso avviso e condannò la società a risarcire le famiglie delle vittime nella misura di 185.849 dollari. I coniugi *Campbell* proposero allora il giudizio nei confronti della *Farm* deciso in ultima istanza dalla Corte Suprema.

In primo grado la giuria liquidò in loro favore *compensatory damages* per 2,6 milioni di dollari e *punitive damages* per 145 milioni di dollari che la Corte Suprema dello *Utah* ridusse rispettivamente a 1 e 25 milioni.

Nel caso in esame, la Corte Suprema Federale ha confermato l'impianto della precedente decisione *Gore* aggiungendo che ai fini della valutazione del grado di repressibilità della condotta non rilevano quelle poste in essere dal danneggiante in altri Stati nei quali è avvenuto l'evento oggetto del giudizio, salvo che non siano eziologicamente connesse ai fatti dedotti e che i danni punitivi non sono un surrogato delle sanzioni penali che vengono irrogate con le garanzie previste dal *criminal process*; in altri termini, la condanna punitiva non può divenire strumento pubblicistico diretto a sanzionare una scorretta politica aziendale in maniera del tutto avulsa dal pregiudizio lamentato dagli attori in giudizio (trattandosi di rimedio comunque privatistico) e, conseguentemente, la giuria non può considerare i danni che l'autore dell'illecito ha cagionato in Stati terzi (altrimenti si finirebbe per oltrepassare il perimetro della propria giurisdizione statale), né condotte diverse da quelle oggetto di giudizio. Pertanto, partecipando della natura risarcitoria (esemplare-deterrente), i *punitive damages* non possono essere liquidati in misura superiore a 10 volte quella fissata per *compensatory damages*.

Successivamente, nel caso *Philip Morris USA v. Mayola Williams*, del 2007 (79,5 milioni di dollari dovuti a titolo di danni punitivi per avere la casa produttrice negligenza e con inganno causato la morte del marito della ricorrente, in seguito alla produ-

---

<sup>356</sup> QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., pag. 275.

<sup>357</sup> 538 U.S., 408 (2003).

zione e commercializzazione di sigarette)<sup>358</sup>, la Corte Suprema ha richiamato la propria precedente giurisprudenza secondo cui “*i danni punitivi possono essere propriamente imposti per realizzare un legittimo interesse dello Stato a punire una condotta illegittima e disincentivare la sua ripetizione*”, precisando allo stesso tempo che si deve “*evitare una determinazione arbitraria del loro ammontare*”.

La *due process clause* (XIV emendamento)<sup>359</sup> impone – secondo tale indirizzo – alcuni

---

<sup>358</sup> Diffusamente, COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present and Future of Punitive Damages*, 118 *Yale L. J.*, (2008), pag. 392 e ss. L'autore ricorda che prima della sentenza *Williams* i *punitive damages* venivano concepiti come una sanzione per il danno che la condotta riprovevole del danneggiante aveva arrecato all'intera società e non solo agli attuali attori (o a quelli precedenti che avevano proposto domanda giudiziale dinanzi alla stessa corte per lo stesso fatto) il che ha evidentemente influenzato la giuria nel determinare verdetti manifestamente eccessivi cfr. in argomento THOMAS – GALLIGAN JR., *Disaggregating More – Than – Whole Damages in Personal Injury Law: Deterrence and Punishment*, 71 *Tenn. L. Rev.*, 117, 127 (2003); SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, op. cit., pag. 349 e ss.; COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem; Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 *Minn. L. Rev.*, pag. 583 e ss. (2003), contrariamente alla configurazione storica iniziale dell'istituto come *punishment* per *private wrongs to individuals*.

Sostiene l'idea che con la sentenza *Williams* la Corte Suprema abbia imposto una concezione dei *punitive damages* come *punishment for private wrongs* che quindi precluderebbe agli Stati di potere prevedere ulteriori fini pubblicistici sottesi all'istituto favorendo in tal modo le grandi società a scapito dei danneggiati RUSTAD, *The Uncert-worthiness of the Court's Unmaking of Punitive Damages*, 2 *Charleston L. Rev.* 459, 494 (2008). Critico con questa tesi COLBY, op. cit., pag. 392 e ss. il quale precisa che la Corte Suprema ha soltanto escluso che i *punitive damages* possano dirsi costituzionali allorchè concepiti come forma di *punishment for public wrongs*; ciò tuttavia non impedirebbe ai singoli Stati federali di potere prevedere ulteriori categorie di danni sovra compensativi per assicurare, come indiato dagli studi di *law and economics*, in caso di *underdeterrence*, la deterrenza ottimale che però non avrebbero una funzione punitiva pur perseguendo obiettivi pubblicistici. In altri termini secondo COLBY, op. cit., pag. 415 – 416, la concezione dei *punitive damages* come *punishment for private wrongs*, si impone come necessaria per risolvere il problema della costituzionalità dell'istituto senza dovere applicare alla condanna punitiva civilistica le medesime garanzie processuali del processo penale (previste appunto per la applicazione di *criminal fines*). Se fossero intesi come *punishment for public wrongs* in difetto delle garanzie procedurali dei processi penali si avrebbe una chiara violazione degli emendamenti V, VI, VIII e XIV della costituzione statunitense e delle analoghe previsioni contenute nelle costituzioni statali. L'autore ricorda come già nel diciannovesimo secolo vi fossero dubbi di costituzionalità dei *punitive damages* se intesi in chiave pubblicistica (v. caso *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342, 397 (1873) e le stesse critiche furono avanzate un secolo dopo da vari autori sul rilievo che le condanne punitive sarebbero una forma di *punishment* adottata in assenza delle garanzie costituzionali proprie dei processi penali – cfr. sul punto GRASS, *The Penal Dimensions of Punitive Damages*, 12 *Hastings Const. L. Q.* 241 (1985); WHEELER, *The Constitutional Case for Reforming Punitive Damages Procedures*, 69 *Va. L. Rev.* 269 (1983) -.

Come ricordato la Corte Suprema ha respinto tali dubbi di costituzionalità rispetto al V e al XIV Emendamento della costituzione statunitense nel citato caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. V. Haslip* 499 U.S. 1 (1991) rilevando che, prima dell'adozione del XIV emendamento l'istituto già preesisteva ed è sempre stato presente nella *common law* statale e ciononostante sia dal testo della disposizione sia dalla storia che la connota risulta che Padri costituenti non hanno affatto inteso porvi specifiche limitazioni di natura costituzionale. Ma l'autore osserva che l'argomento storico non era pienamente condivisibile atteso che se nel corso dei secoli l'istituto si è evoluto e si è passati dalla iniziale concezione dei *punitive damages* come *punishment for private wrongs* (v. ad esempio casi *Day v. Woodworth* 54 U.S. (13 How.) 363, 371 (1851) e *Mo.Pac. Ry. V. Humes*, 115 U. S. 512, 521 (1885), cfr. anche *Hendrickson v. Kingsbury*, 21 *Iowa* 379, 391 (1866) a una concezione pubblicistica sicchè è evidente che la giustificazione costituzionale iniziale non poteva più estendersi alla configurazione *pre Williams*. Di qui la necessità di un intervento della Corte Suprema così COLBY, op. ult. cit., pag. 420. V. anche D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, op. cit.; DI MARZIO, *Danni punitivi* cit.

<sup>359</sup> COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams*, cit., pag. 401 evidenzia che la *Due Process Clause* prevista nel XIV Emendamento così come la speculare previsione del V Emendamento assume una duplice dimensione sia processuale che sostanziale: in particolare, sul versante processuale, la

limiti alla comminazione dei *punitive damages*. Dal punto di vista sostanziale, sono incostituzionali i danni punitivi “*largamente eccessivi*”, e cioè quelli non congruenti rispetto ai criteri della riprovevolezza della condotta, del rapporto tra il danno reale e potenziale causato al ricorrente, dell’ammontare delle somme corrisposte in casi analoghi. Dal punto di vista procedurale, quello immediatamente rilevante nel caso esaminato<sup>360</sup>, “*la due process clause vieta ad uno Stato di usare una condanna al pagamento di danni punitivi per punire il convenuto con riferimento ad un danno cagionato a chi non è parte nel processo o a chi non è direttamente rappresentato dalla parte ... cioè a chi è, essenzialmente, estraneo alla controversia processuale*”<sup>361</sup>.

---

*procedural due process* garantisce il diritto di avere eque e adeguate procedure - quindi tutela diritti processuali come il diritto a una *fair notice* o *fair hearing* – allorchè si tratti di “*deprive any person of life, liberty or property*” mentre, la *substantial due process* garantisce la tutela dei diritti fondamentali della persona da interferenze e abusi da parte del potere esecutivo.

<sup>360</sup> È importante precisare che nel caso *Williams* la Corte Suprema ha fatto riferimento esclusivamente alla *procedural due process* e a differenza del caso *Gore* cit. non ha affrontato la questione della eccessività del *quantum* dei *punitive damages* in concreto accordati all’attore. La Corte di *Washington* ha specificato solamente che nel liquidare i *punitive damages* la giuria non può punire il convenuto/i per i pregiudizi cagionati a terzi che non sono parte di quel giudizio indipendentemente dallo Stato in cui risiedono. Le precedenti sentenze *Gore* e *Campbell* cit. avevano solamente escluso la punitibilità per fatti avvenuti fuori dalla giurisdizione statale, ma non anche per i danni a terzi residenti entro il territorio di quello Stato. Al di là di tale profilo, più a monte occorre stabilire se se la *Due Process Clause* consentisse alla giuria di potere punire per i danni cagionati a terzi estranei dal singolo processo in esame, cosa che la Corte Suprema non aveva mai chiarito espressamente. In particolare un passaggio della motivazione della sentenza *Campbell* cit. dava adito a numerosi dubbi interpretativi sul punto (“...*defendant should be punished for the conduct that harmed the plaintiff, not for being an unsavory individual or business. Due process does not permit courts, in the calculation of punitive damages, to adjudicate the merits of other parties' hypothetical claims against a defendant ...*” così sentenza *State Farm v. Campbell* cit. pag. 423), dubbi che poi sono stati definitivamente fugati con la decisione in esame.

<sup>361</sup> Se così non fosse - ammettendosi la possibilità di applicare i *punitive damages* anche per offese cagionate a soggetti estranei alla controversia -, il convenuto sarebbe condannato automaticamente senza possibilità di esercitare il diritto di difesa con riguardo alla posizione di tutti coloro che non sono parte del processo: ad esempio, il convenuto non potrebbe dimostrare, al fine di escludere la propria responsabilità, che uno dei potenziali danneggiati – non parte di quel giudizio –, poichè ben consapevole della dannosità del fumo, abbia deciso di continuare ad acquistare sigarette a proprio rischio e pericolo sicchè, in tale evenienza, non sarebbe certo sostenibile la tesi attorea secondo la quale è stato il convenuto a indurre in errore i consumatori con appositi messaggi pubblicitari. In secondo luogo, si rischierebbe di approssimare in maniera alquanto incerta e arbitraria l’entità dell’offesa e del pregiudizio cagionati a soggetti estranei a quel processo così come l’accertamento sulle specifiche circostanze in cui si sono prodotti così *Philip Morris*, 549 U.S. pagg. 353-54 cit. Allo stesso tempo però la Corte Suprema Federale ha chiarito che la giuria può tenere conto dell’offesa cagionata ai potenziali danneggiati non parte del processo in corso solamente per verificare il particolare grado di repressibilità della condotta del danneggiante ma non certamente per determinare quanto punire il convenuto affidando questo compito alle Corti inferiori così *Philip Morris*, 549 U.S. pagg. 355-57 cit. Tale orientamento si lega a quanto affermato dalla stessa Corte Suprema con riferimento alla *substantial due process clause*, nelle citate sentenze *Gore* (v. pag. 419) e *Campbell* (v. pag. 575), laddove ha previsto che la giuria deve considerare il grado di repressibilità della condotta del danneggiante ai fini della concessione stessa dei *punitive damages* v. *retro*. Per la difficile applicabilità pratica del nuovo principio si veda l’opinione dissenziente del Giudice *Stevens* secondo cui “*this nuance eludes me. When a jury increases a punitive damages award because injuries to third parties enhanced the reprehensibility of the defendant’s conduct, the jury is by definition punishing the defendant – directly – for third – party harm*” v. anche *CHEMERINSKY, More Questions About Punitive Damages, Trial*, 2007, pag. 72; *ALLEN, Of Remedy, Juries, and State Regulation of Punitive Damages: The significance of Philip Morris v. Williams*, 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 343, 359 (2008). *SCHWARTS ET ALL, Excessive Punitive Damage Awards*, op. cit., pag. 892.

Con successiva sentenza sul caso *Exxon Shipping Co. v. Baker*<sup>362</sup> (sul noto disastro ambientale cagionato dalla petroliera *Exxon* in *Alaska*) la Corte Suprema Federale, pur ripudiando aprioristiche formule matematiche dirette a garantire la proporzionalità del *quantum* dovuto a titolo di condanna punitiva, ha fissato il limite massimo di 1:1 con riferimento al rapporto tra *punitive damages* e *compensatory damages*. Come osservato in dottrina (e come si evince dalla stessa opinione del giudice *Ginsburg*), nel caso di specie la Corte di *Washington* ha potuto determinare un simile tetto massimo, in relazione alle peculiarità del caso concreto attraverso un'articolata motivazione (che ha raffrontato le legislazioni statali sul punto ai fini del giudizio di proporzionalità), perché munita di competenza piena in tema di *federal maritime law*<sup>363</sup>. Il riparto tra competenze legislative statali e federali, tuttavia, fa sì che siano comunque le Corti Federali, fuori dalle materie di competenza diretta della Corte di *Washington*, a dovere valutare caso per caso – alla luce della legislazione statale in materia di *tort law* e degli orientamenti giurisprudenziali consolidati – la ragionevolezza dei *punitive damages* sicchè il *guidepost* rigido sopra indicato (rapporto 1:1 con i *compensatory damages*), può costituire solo un modello di carattere orientativo<sup>364</sup>.

A livello costituzionale la garanzia del giusto processo impone soltanto che la Corte Suprema valuti la non irragionevolezza del *quantum* della condanna punitiva, ma non c'è dubbio che i poteri di intervento diretti in materie di competenza statale siano estremamente limitati. Come ricordato *supra*, infatti, ogni Stato ha una propria legislazione e propri limiti legislativi per i *punitive damages* i quali, unitamente alle peculiari circostanze del caso concreto, concorreranno a determinare la proporzionalità della sanzione civile rispetto all'obiettivo di *punishment* e di *deterrence* perseguito<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> 554 U.S. 471 (2008). Per la dettagliata ricostruzione del caso concreto v. SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker*, in *Int'l Lis*, 3 – 4, 2008, pag. 166 e ss.

<sup>363</sup> Ragionevolezza da intendersi in tal caso come “proporzionalità della sanzione rispetto al disvalore d'evento e d'azione del fatto illecito, con al centro il giudizio sul grado di colpevolezza dell'agente, rispetto alla singola occasione di danno” così QUARTA, op. cit., pag. 276. Sul principio di ragionevolezza nel diritto civile in generale cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali Sisdic*, 1, 2017; G. PERLINGIERI – Fachechi, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.

<sup>364</sup> Cfr. SILVESTRI, op. cit., pag. 170; LENS, *Justice Holmes's Bad Man and the depleted Purposes of Punitive Damages*, in 101, Ky. L. J., 2012, 789; SHARKEY, *The Exxon Valdez Litigation Marathon: A Window on Punitive Damages*, 7 U. St. Thomas L. J. 26, (2009); KLASS, *Punitive Damages After Exxon Shipping Company v. Baker: The Quest for Predictability and the Role of Juries*, 7 U. St. Thomas L. J. 182 (2009); RICE, *Persistence, Toxicity, and Long-Term Environmental Impact of the Exxon Valdez Oil Spill*, 7 U. St. Thomas L.J. 55, 56 (2009).

<sup>365</sup> Ricorda QUARTA, op. ult. cit., pag. 281, ad esempio, che in alcuni Stati tra i criteri che vengono in gioco per personalizzare l'efficacia deterrente dell'istituto vi è quello del patrimonio del danneggiante. A ben vedere esso rileva sotto il profilo della ragionevolezza della condanna punitiva perchè consente al giudice del fatto di considerare le capacità economiche del danneggiante rapportandole sia all'esigenza di

La portata di tali decisioni si coglie con riferimento alla *mass tort litigation* avuto riguardo al rischio delle cd. “condanne punitive multiple” per lo stesso fatto illecito<sup>366</sup>.

In altri termini, in caso di danni diffusi tra una pluralità di soggetti se ciascun danneggiato potesse ottenere, oltre al danno compensativo, una ulteriore somma a titolo di *punitive damages*, l'autore del medesimo illecito rischierebbe di essere condannato a un danno esemplare tante volte quanti sono gli attori che abbiano agito giudizio; si assisterebbe così a una esponenziale moltiplicazione della funzione punitiva del rimedio che avrebbe conseguenze disastrose determinando verosimilmente il fallimento dell'impresa danneggiante. Una simile soluzione, anche in un'ottica giuseconomica, produrrebbe costi sociali (si pensi al licenziamento dei lavoratori, all'impossibilità di soddisfare tutti i creditori, alla fuoriuscita dal mercato di una impresa produttiva, alla perdita di competitività delle imprese statunitensi rispetto ai concorrenti) molto più elevati dei benefici procurati alla collettività. Di qui i menzionati correttivi della Corte Suprema Federale, cui si sono aggiunti anche specifici interventi legislativi statali<sup>367</sup>.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, se i citati i correttivi costituzionali hanno arginato il problema del *multiple punishment*, non altrettanto può dirsi con riferimento alla diversa questione del *double counting*. Difatti, quando la giuria liquida i *compensatory damages*, con riferimento ai danni non patrimoniali, è innegabile che, come nel caso dei *punitive damages*, consideri anche una componente “sanzionatoria” sottesa al risarcimento degli *non economic damages*. Dovendo valutare gli stessi fatti e le stesse prove tanto ai fini della liquidazione dei *compensatory damages* quanto dei *punitive damages*, vi è il rischio che nell'ambito dello stesso giudizio si possa assistere a una duplicazione risarcitoria poiché la giuria, convinta che il convenuto vada punito per la grave condotta

---

garantire un pagamento effettivo in favore del danneggiato, sia di prevenire la distruzione economica del danneggiante, oltre che fornire un parametro per il giudice di appello ai fini della valutazione sulla eccessività del verdetto.

<sup>366</sup> Infatti, sul versante processuale, se durante i primi decenni dell'800 i *punitive damages* negli USA – come in Inghilterra – venivano richiesti nell'ambito di giudizi individuali (un solo attore e un solo convenuto) e non si ponevano particolari problemi (sul piano della giurisdizione, del diritto sostanziale e processuale applicabile), con la rivoluzione industriale e il moltiplicarsi delle ipotesi di responsabilità da prodotto difettoso la situazione si è notevolmente complicata: i giudizi non sono più unitari, perché coinvolgono una molteplicità di soggetti danneggiati dalla stessa condotta del danneggiante. Evidenti sono stati i riflessi processuali di questo cambiamento epocale ed è sorto il problema del *multiple punishment* (ovvero di multipli attori e convenuti, multiple azioni in diversi stati con legislazioni sostanziali e processuali differenti in materia), e la possibilità che i *punitive damages* potessero essere richiesti in forma aggregata mediante *class actions*. Di qui le questioni della arbitrarietà nella definizione del *quantum* del risarcimento e di potenziali verdetti manifestamente eccessivi. Cfr. *amplius retro*.

<sup>367</sup> Alcune legislazioni statali ammettono la concessione dei *punitive damages* una sola volta per lo stesso illecito (*Georgia*), altre consentono al convenuto di decurtare la somma precedentemente liquidata in altro giudizio dalle condanne previste allo stesso titolo in quelli successivi (*Missouri*), altre ancora che si debba avere riguardo alla previsione di precedenti condanne punitive in vista dello stesso giudizio sull'*an* della condanna punitiva e sul relativo *quantum* (*Oregon*).

tenuta, non è in grado di distinguere la componente propriamente riparatoria (sottesa al risarcimento dei *compensatory damages* sia patrimoniali che non patrimoniali) da quella sanzionatoria e deterrente (sottesa ai soli *punitive damages*)<sup>368</sup>.

Accanto ai citati indirizzi giurisprudenziali, come anticipato, a livello legislativo alcuni Stati federati hanno adottato diverse tipologie di *caps* per limitare e rendere prevedibili le condanne punitive a partire dagli anni '80 de secolo scorso anche se l'opera riformatrice, che varia da Stato a Stato, è successivamente proseguita fino alla metà del 2000.

Un numero esiguo di Stati ha adottato una legislazione alquanto restrittiva talora proibendo del tutto i *punitive damages*<sup>369</sup>, talaltra ammettendoli solo in specifiche circostanze previste per legge<sup>370</sup>. Prevale, tuttavia, la tendenza opposta nel senso che la maggior parte degli Stati federati ammette i *punitive damages*, anche se con un campo di applicazione diverso dell'istituto, fermi restando i limiti sanciti dai *caps*<sup>371</sup>.

In termini astratti i *caps* imposti attraverso interventi legislativi statali possono essere ricondotti essenzialmente a cinque modelli<sup>372</sup>: il legislatore 1. fissa la misura dei *punitive damages* in un multiplo del danno compensativo o in un determinato tetto massimo che prescinde dal multiplo<sup>373</sup>; 2. stabilisce soltanto un multiplo<sup>374</sup>; 3. fissa soltanto un

---

<sup>368</sup> Così MARRERO, op. cit., pag. 788. Il quale ricorda che, ulteriore ipotesi di *double counting*, si potrebbe configurare quando il danno punitivo è calcolato come un multiplo di quello compensativo (proprio perché anche in questo caso la duplicazione si avrebbe se nel liquidare il danno non patrimoniale la giuria abbia già considerato un obiettivo di punizione e deterrenza). Una terza ipotesi problematica si verifica quando la concessione dei danni punitivi si fonda su di un importo che viene accresciuto dalla giuria alla luce delle lesioni reali o presunte che il comportamento del trasgressore ha inflitto a vittime diverse dai ricorrenti in quel giudizio. Nella misura in cui altri danneggiati in seguito possono iniziare un nuovo contenzioso contro lo stesso convenuto si rischia che la punizione inflitta al danneggiante in quel giudizio successivo possa duplicare le sanzioni civili attribuite ai precedenti ricorrenti contro lo stesso soggetto così MARRERO, op. cit., pag. 789.

<sup>369</sup> Louisiana, Nebraska, Washington. Così MC MICHAEL – VISCUSI, *The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of States Punitive Damages Reforms*, in *Southern Economic Journal* 2017, 84 (1), 82 – 97.

<sup>370</sup> Ad esempio, Massachusetts e Michigan. Così MC MICHAEL – VISCUSI, *The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of States Punitive Damages Reforms*, in *Southern Economic Journal* 2017, 84 (1), 82 – 97.

<sup>371</sup> MC MICHAEL – VISCUSI, *The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of States Punitive Damages Reforms*, in *Southern Economic Journal* 2017, 84 (1), pag. 84. Cfr. Anche GALANTER & LUBAN, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 *Am. U. L. Rev.* 1393 (1993), pag. 1395. Nota MARRERO, op. cit., pag. 809 che in realtà la previsione dei *caps* statali non risolve il problema del cd. “*double counting*” che si verifica nella misura in cui già in sede di liquidazione dei *compensatory damages* non patrimoniali si tiene conto anche della componente sanzionatoria e deterrente oltre che propriamente riparatoria sottesa al risarcimento. Il rischio, in altri termini, è che difficilmente la giuria sia in grado di distinguere in termini pratici la componente compensativa da quella sanzionatoria e deterrente del risarcimento dovendo valutare gli stessi fatti e le stesse prove. Pertanto, vi è la possibilità che nel medesimo giudizio vi possa essere una duplicazione di poste risarcitorie (già considerate sia in sede di liquidazione dei *compensatory* che dei *punitive damages*).

<sup>372</sup> Così BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, cit. che, in nota n. 39, richiama a riguardo GRIFFITH, *Why Don't Punitive Damages Punish Or Deter? Beyond The Constitution Toward An Economic Solution*, in 77 *Montana Law Rev.*, 2016, pag. 327 e ss.

<sup>373</sup> In tal senso v., ad esempio, la legislazione del North Carolina. Anche lo Stato della Georgia segue questo modello, ma si ammette che le Corti possano disattendere i limiti dei *caps* allorché la condotta del



tetto massimo<sup>375</sup>; 4. differenzia il tipo di danno (fisico da quello non fisico)<sup>376</sup>; 5. stabilisce una percentuale o un massimo sulla base della capacità economica del convenuto<sup>377</sup> o del suo patrimonio netto<sup>378</sup>.

Tuttavia nessuno dei citati parametri appare risolutore; difatti, i primi sono insufficienti a sanzionare e a svolgere una effettiva e reale funzione deterrente ben potendo, una volta preventivati, diventare parte del *doing business* e l'ultimo, espressamente non accolto dalla Suprema Corte nel caso *Farm*, è criticato dalla stessa analisi economica del diritto.

E' stato poi osservato<sup>379</sup> come, curiosamente, anche la presenza di *caps* ai danni punitivi e a quelli da *emotional distress*, non ha di fatto modificato l'importo complessivo del danno liquidato poiché al contenimento dei *punitive damages* (e del danno non patrimoniale) è di fatto corrisposto un aumento del danno patrimoniale quasi a confermare quegli studi psicologici<sup>380</sup> secondo cui nel procedimento decisionale, il giudice singolo o la giuria ha già in mente una somma determinata e modula le varie voci per liquidarla nella misura preventivata.

In *Arkansas* i *caps* sono stati dichiarati incostituzionali<sup>381</sup> e un simile orientamento emerge anche in *Montana* e in *Missouri*<sup>382</sup>. L'incostituzionalità discende dalla violazione della *Substantive due process clause*, dell'*Equal protection clause* e del *Right to trial*

---

danneggiante sia particolarmente *egregious*. Alcuni Stati, peraltro, prevedono una disciplina più articolata nel senso che tra i due limiti – l'uno espresso in valore assoluto e l'altro come multiplo dei *compensatory damages* –, da applicarsi congiuntamente, deve preferirsi quello più elevato nella fattispecie concreto v. ad esempio la legislazione dell'*Alabama*, *North Dakota*, *Arkansas*, *New Jersey* e *Alaska*. In *Oklahoma*, invece, per i *punitive damages* è fissato un limite minimo di 100.000 dollari – o pari alla somma equivalente all'ammontare dei *compensatory damages* – graduabile fino al massimo di 500.000 dollari - o un multiplo pari al doppio dei *compensatory damages* - in ragione della gravità – in particolare del livello di colpevolezza - della condotta del danneggiante. Tali limiti possono essere superati in considerazione dell'arricchimento illecito conseguito dal danneggiante e non si applicano in caso di condotta dolosa che abbia creato un rischio per la vita. Così SEBOK, *Punitive damages*, cit. pag. 188 e ss.

<sup>374</sup>V., ad esempio, la legislazione del *Colorado* e dell'*Ohio*; negli stati che seguono queste tipologie di *caps*, normalmente il rapporto tra *compensatory damages* e *punitive damages* oscilla tra 1:1 e 5:1. Così SEBOK, *Punitive damages*, cit. pag. 188 e ss.

<sup>375</sup> In *Virginia*, ad esempio, trattasi del valore di 350.000 dollari. Così SEBOK, *Punitive damages*, cit. pag. 188 e ss.

<sup>376</sup> In *Alabama*, il limite massimo, espresso sia in valore assoluto che come multiplo del danno compensativo, è mobile nel senso che varia in diminuzione a seconda che il danneggiante sia una piccola impresa ovvero in aumento se risulta leso un interesse non patrimoniale del danneggiato. Così SEBOK, *Punitive damages*, cit. pag. 188 e ss.

<sup>377</sup> Ciò accade ad esempio nella complessa disciplina dello stato del *Missouri*. Così SEBOK, *Punitive damages*, cit. pag. 188 e ss.

<sup>378</sup> BENATTI, op. ult. cit., pag. 10 e ss.

<sup>379</sup> BENATTI, op. ult. cit., pag. 11 e ss.

<sup>380</sup> ANDERSON-MACCOUN, *Goal Conflict in Juror Assessments of Compensatory and Punitive Damages*, in *23 Law and Human Behaviour* 1993, pag. 313 e ss.

<sup>381</sup> Caso *Butte Local Dev. Corp. v. Masters Grp. Int'l, Inc.*, No. DV – 11-372, 2014

<sup>382</sup> BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contratto e Impresa* n. 4/2017, pag. 1131, nota 11 cit.

*by jury* sul rilievo che i *caps* non permettono di modulare il risarcimento secondo le esigenze del caso concreto ed assicurare una effettiva funzione punitiva-deterrente.

Inoltre, a volte le stesse previsioni legislative statali possono rivelarsi non adeguatamente proporzionate ed eccessive<sup>383</sup>.

Accanto ai citati limiti legislativi alcuni Stati federati, per ovviare al problema del cd. *windfall* (guadagno inaspettato dell'attore), hanno previsto con soluzioni differenti, che una quota dell'importo liquidato a titolo di *punitive damages* sia devoluto ad appositi fondi pubblici<sup>384</sup> (ad esempio per la ricerca sul cancro o per le vittime della strada) o direttamente allo Stato<sup>385</sup> in tal modo accentuando, per un verso, la natura pubblicistica della condanna pecuniaria (funzione retributiva per la lesione di interessi della società), e, per altro verso, il perseguimento dell'illecito da parte del privato danneggiato che assumerebbe le vesti di una sorta di *private attorney general* con funzione di punizione privata.

Spesso, ispirandosi alle legislazioni statali, sono le stesse corti a prevedere una simile devoluzione<sup>386</sup>.

Le indicate misure perseguono principalmente tre obiettivi: anzitutto, come visto, riducono il rischio del cd. *windfall* ovvero del notevole arricchimento "ingiustificato" del danneggiato; incrementano le entrate pubbliche e, infine, scoraggiano la proposizione di azioni pretestuose avviate solo nella prospettiva di facili guadagni (derivanti appunto dal rischio di *windfall*)<sup>387</sup>.

Si è osservato criticamente che neppure la previsione degli *split recovery* risulta pienamente soddisfacente sotto diversi profili.

In primo luogo la distrazione *ex lege* di una quota dei *punitive damages* in favore della collettività presuppone a monte il riconoscimento della eccessività e non debenza della stessa in favore del danneggiato e finisce, quindi, per restituire la cifra stessa della sproporzione iniziale del risarcimento ultracompensativo<sup>388</sup>.

---

<sup>383</sup> BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contratto e Impresa* n. 4/2017, pag. 1131 cit. che, in nota n. 12, richiama l'esempio dell'Iowa la cui legislazione sancisce il pagamento di costi pari a ben tre volte i costi di bonifica sostenuti in caso di responsabilità ambientale.

<sup>384</sup> Ad esempio in *Indiana, Iowa, Oregon, Missouri, Utah* con percentuali variabili dal 50 fino al 75 %. Diffusamente SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, cit., pag. 347 e ss.

<sup>385</sup> Ad esempio in *Alaska* e in *Georgia* v. diffusamente SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, cit., pag. 347 e ss.

<sup>386</sup> Così Corte Suprema dell'Ohio nel caso *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shiel*, 781 N. E. 2d 121 (*Ohio* 2002); Corte Suprema dell'Alabama caso *Life Insurance Co. of Georgia v. Johnson*, 684, So. 2d 685, 687 (*Alabama*).

<sup>387</sup> Così SEBOK, *Punitive damages*, cit. pag. 178. Cfr. anche STEVENS, *Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damages Dilemma*, 21 *Pepp. L. Rev.*, 857 (1994), pag. 869 e ss.

<sup>388</sup> MARRERO, op. cit., pag. 808.

In secondo luogo, preme evidenziare che l'indicata accentuazione della natura pubblicistica dei *punitive damages*, sembra porsi in contrasto con i recenti orientamenti espressi dalla Corte Suprema Federale tesi a favorire la natura privatistica dell'istituto (si pensi, ad esempio, a quanto affermato nei menzionati casi *Philip Morris v. Williams* e *State Farm v. Campbell* ove si è escluso che nella determinazione del *quantum* risarcibile si possa tenere conto del danno alla società e a terzi estranei dal processo in corso)<sup>389</sup>.

Per questa via si ripropone il tema della compatibilità costituzionale dei *punitive damages* rispetto alle garanzie costituzionali che vengono in rilievo allorquando il potere coercitivo pubblico è coinvolto nell'ambito del processo tra le parti interessate. Come visto in precedenza, la Corte Suprema ha più volte escluso che in un processo tra parti private (senza coinvolgimento del Governo) la pretesa punitiva avanzata dall'attore verso il convenuto per ottenere una condanna ultracompensativa (con funzioni di *punishment* e di *deterrence* analoghe a quelle delle sanzioni penali) possa porre un problema di compatibilità costituzionale con riferimento agli Emendamenti V, VI e VIII della costituzione statunitense (in particolare allorché lo stesso soggetto sia già stato condannato o comunque perseguito per il medesimo fatto in sede penale). In altri termini la imposizione della condanna punitiva è ammissibile proprio perché la funzione di *punishment* e di *deterrence* in un processo civile è diretta esclusivamente a vantaggio del privato e lo Stato non gioca alcun ruolo nella controversia (così, in particolare, Corte Suprema nel caso *Browning – Ferris v. Kelco Disposal, Inc.* cit.).

Il problema di compatibilità con l'VIII Emendamento sembra invece riporsi nell'ipotesi in cui accanto al risarcimento ultracompensativo in favore del privato sussista l'obbligo di devolverne una quota in favore delle casse pubbliche - per legge o per orientamento giurisprudenziale – in quanto tale ultima componente della condanna punitiva verrebbe finalizzata al conseguimento di obiettivi pubblicistici e collettivi analoghi a quelli delle sanzioni penali<sup>390</sup>.

Ai citati rilievi, si potrebbe obiettare, quanto al discostamento dalle sanzioni pubbliche, che la concessione dei *punitive damages* si fonda pur sempre su una scelta discrezionale del danneggiato (il quale oltre a domandare in via principale la condanna ai *compensatory damages* o anche solo una sentenza di mero accertamento dei *nominal damages*

---

<sup>389</sup> NAGAREDA, *Embeeded Aggregation in Civil Litigation*, 95, CORNELL L. REV. 1105, 1136 (2010); significativa anche la posizione di RUSTAD, *Torts As Public Wrongs*, 38 PEPP. L. REV., 433, 512 (2011) che, riferendosi alla sentenza *Williams* cit., afferma “*The Court Tacitly assumed that Philip Morris reached out and harmed Jesse Williams, an individual smoker. While the Court still celebrates the historic functions of punishment and deterrence, its reasoning in Williams is very similar to what the civil recourse theorists propose*”.

<sup>390</sup> Così MARRERO, op. cit., pag. 810 e v. nota n. 194 per ulteriori riferimenti sul punto.

deve richiedere espressamente anche, in via ancillare, la condanna punitiva, altrimenti non disponibile d'ufficio) e che il "perché" e il "come" punire il danneggiante dipendono dalla valutazione discrezionale del soggetto (giudice o giurati) deputato all'accertamento del fatto concreto contrariamente a quanto accade per le "*public penalties*"<sup>391</sup>. Ciò induce parte della dottrina a dubitare della possibilità di estendere analogicamente le giustificazioni teoriche poste alla base della teoria della deterrenza (relativamente alle sanzioni pubbliche) a un istituto che rimane essenzialmente privatistico<sup>392</sup>.

### **Segue: le tecniche processuali.**

Dal punto di vista processuale, la strada scelta per ridurre il numero delle condanne a danni punitivi<sup>393</sup> è stata quella di rendere più rigoroso l'onere probatorio del danneggiato.

All'interno della disciplina del danno punitivo coesistono due anime; l'una privatistica e l'altra pubblicistica regolate, rispettivamente da due diversi *standard* probatori; al primo si applica la "*preponderance of the evidence*" e al secondo l' "*al di là di ogni ragionevole dubbio*". Per i danni punitivi, che si collocano al centro, lo *standard* probatorio deve essere superiore di quello civile e inferiore di quello penale e perciò deve realizzare la "*clear and convincing evidence*"<sup>394</sup> e cioè l'intento di danneggiare non deve essere "*più probabile che non*" (51%)<sup>395</sup>, bensì "*altamente probabile*".<sup>396</sup>

L'onere della prova ha ad oggetto: a) la sofferenza psichica e non economica; b) la condotta indifferente del danneggiante nel ledere la salute o la sicurezza fisica altrui caratte-

---

<sup>391</sup> Proprio per le citate caratteristiche ovvero proprio perchè non è certo che il danneggiante ottenga sempre e comunque i *punitive damages* – sottoposti peraltro a una disciplina sostanziale eterogenea e variabile da Stato a Stato -, non sembra possano porsi profili di incostituzionalità degli *split recovery* con riferimento al V Emendamento della costituzione statunitense che vieta al potere governativo di abitare la proprietà privata senza adeguata compensazione nella misura in cui una parte del risarcimento ultracompensativo sarebbe forzatamente distratto dal suo destinatario privato in favore dello Stato o di un fondo pubblico sul punto v. STEVENS, op. cit., pag. 875.

<sup>392</sup> In tal senso, SEBOK, *Normative Theories of Punitive Damages: The Case of Deterrence*, in *Philosophical Foundations of the Law of Torts* edited by John Oberdiek, Oxford Scholarship 2014, pag. 313 e ss. L'Autore definisce i *punitive damages* come una forma di "*private retribution*" sottolineando che, contrariamente a quanto si potrebbe comunemente credere, l'istituto non è fuori controllo, pur vivendo una "crisi" legata alle difficoltà teoriche che le corti, gli avvocati e i politici incontrano nel spiegarne il fondamento e gli scopi. Tali problematiche sono ampiamente affrontate dallo stesso autore in SEBOK, *Punitive Damages, from Myth to Theory*, in *Iowa Law review*, vol. 92, 2007, pag. 959 e ss.

<sup>393</sup> RUSTAD, op. cit., pag. 1325; per una disamina in chiave comparatistica dello standard probatorio in uso presso i sistemi di common law e presso alcuni sistemi di *civil law* v. TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in *51 Am. J. Comp. Law*, 2003, 659 ss.

<sup>394</sup> Anche in questo caso, lo *standard* probatorio varia da stato a stato, ma prevale la regola della "*clear and convincing evidence*" così RUSTAD, op. cit., pag. 1324.

<sup>395</sup> Nonostante lo standard in questione sia spesso discusso in termini percentuali, nel caso *Willcox v Hines*, 100 Tenn 524, 45 SW 781, si è sottolineato che il giudizio complessivo in ordine alla maggiore credibilità della prospettazione di una parte rispetto a quella dell'altra sia un giudizio qualitativo oltre che quantitativo.

<sup>396</sup> *Masaki v. General Motors Corp.*, 71 Haw .1, 780 P.2d 566 (1989); *Travelers Indem. Co. v. Armstrong*, 442 N.E.2d 349, 360 (Ind. 1982).

rizzata da “*malice, trickery, or deceit, or mere accident*”

Una volta dimostrati tali elementi “costitutivi”, la liquidazione deve rispecchiare il danno reale o potenziale subito dal ricorrente e comunque essere rapportato al danno compensativo<sup>397</sup> escludendosi, in caso di condanna penale nella quale la funzione sanzionatoria-deterrente è assolta dalla pena, la possibilità di comminare danni punitivi<sup>398</sup>.

In definitiva, principalmente per effetto delle più recenti decisioni della Suprema Corte Federale e più gradatamente in dipendenza dell’inasprimento del regime probatorio, “*i danni punitivi americani sono attualmente diversi da quelli che avevano suscitato la curiosità, l’interesse e spesso le critiche dei giuristi di altri ordinamenti. Oggi sono sempre meno eccessivi e sempre più prevedibili e prudenti in relazione alle circostanze del caso concreto*”<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup>Caso *State Farm v. Campbell*.

<sup>398</sup> L’indicata regola non è stata seguita nel “processo del secolo” *O.J. Simpson* – famoso giocatore di *football* che, assolto in sede penale dall’accusa di omicidio della moglie e di altra persona, è stato invece successivamente condannato al pagamento di 25 milioni di dollari a titolo di danni punitivi in *Foro it. 1997*.

<sup>399</sup> Così, testualmente, BENATTI, op. ult. cit., pag. 11 e 12.

#### 4.2.7 Punitive damages e assicurazione

Con l'assicurazione contro il rischio di condanne punitive l'obbligo di risarcire il terzo – danneggiato dei danni ultracompensativi viene traslato dall'assicurato - danneggiante all'assicuratore entro i limiti del massimale pattuito.

Il tema della assicurabilità dei *punitive damages* risulta particolarmente controverso e affrontato con soluzioni differenti all'interno dei vari Stati federati<sup>400</sup> (con la eccezione del *Michigan*, del *Nebraska*, di *Washington* e di *Puerto Rico*, che escludono a monte la configurabilità dei danni punitivi).

Secondo un primo indirizzo osterebbero alla assicurabilità dei *punitive damages* ragioni di ordine pubblico legate alla funzione punitivo – sanzionatoria e preventivo – deterrente dell'istituto<sup>401</sup> (“*punish the defendant for committing egregious wrongdoing*”) la quale verrebbe certamente frustata in caso assicurabilità di illeciti connotati da “*malice*”<sup>402</sup>.

---

<sup>400</sup> In argomento cfr. PRIEST, *Insurability and punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 40 (1989, 1009 ss.); WIDISS, *Liability insurance coverage for punitive damages? Discerning answers to the conundrum created by disputes involving conflicting public policies, pragmatic considerations and political actions*, in *Villanova Law Review*, 39 (1994, 455 ss.); OWEN, *A punitive damages overview: functions, problems and reform*, ivi, 363 ss., in part. 389; CARBIN, *Punitive damages and the significance of recent trends for insurers*, in *International Insurance Law Review*, 6 (1998, 122).

<sup>401</sup> Secondo BEHR, op. cit., pag. 109 e ss. “*punitive damages serve to punish and deter the tortfeasor. They are action-oriented, tortfeasor-oriented, and mostly prospective*”. Nel senso di dovere valutare, ai fini di una eventuale incompatibilità tra assicurazione per i *punitive damages* e *public policy*, la condotta dell'assicurato e il fine per il quale viene ricollegata la responsabilità per quella condotta illecita cfr. MURROV, *The Practitioner's Guide to Defense of ELP Claims*, 2005, Cap. III, pag. 83 e ss. il quale definisce *public policy* “...synonymous with public good. Thus, unless enforcement of the private contract would tend to harm or injure the public good, interest, or welfare or to violate the constitution, laws, or judicial decisions of state, courts eill enforce the agreement”. In giurisprudenza quanto al contrasto tra copertura assicurativa dei danni punitivi e *public policy*, cfr. *Fitzgerald v. Western Fire Insurance Co.*, 209 Mont. 213, 679 P.2d 790 (1984). Frequentemente citata, a riguardo, come *leading case* anche per gli effetti che detta assicurabilità produrrebbe sul mercato *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty*, 307 F.2d 432 (5th Cir. 1962) secondo cui “*The policy considerations in a state where, as in Florida and Virginia, punitive damages are awarded for punishment and deterrence, would seem to require that the damages rest ultimately as well as nominally on the party actually responsible for the wrong. If that person were permitted to shift the burden to an insurance company, punitive damages would serve no useful purpose. Such damages do not compensate the plaintiff for his injury, since compensatory damages already have made the plaintiff whole. And there is no point in punishing the insurance company; it has done no wrong. In actual fact, of course, and considering the extent to which the public is insured, the burden would ultimately come to rest not on the insurance companies but on the public, since the added liability to the insurance companies would be passed along to the premium payers. Society would then be punishing itself for the wrong committed by the insured*”.

Nel medesimo senso cfr. anche caso *Home Ins. Co. v. Am. Home Prods. Corp.*, 550 N. E. 2d 930, 935 (N. Y. 1973).

È opportuno anticipare sin da subito che la proibizione della assicurazione dei *punitive damages* per il ritenuto contrasto della medesima con ragioni di *public policy*, costituisce una soluzione adottata solo in una minoranza di Stati federati così YETKA, *Insurance Coverage for Punitive Damage*, 44 Brief 19, 29, 2014.

<sup>402</sup> Come si è visto, il lemma “*malice*” non corrisponde uno specifico termine di lingua italiana potendosi intendere in senso ampio come dolo in generale, premeditazione nella commissione di un reato e come intenzionalità consapevole di un atto illecito, in tal senso DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico – Law dictionary*, cit. pag. 985 e ss. per ulteriori riferimenti v. *retro* note nn. 36, 40, 196.

Difatti, in tale evenienza, il contratto di assicurazione non solo determinerebbe la violazione del principio di personalità della pena privata attraverso il trasferimento del rischio della relativa irrogazione all'assicuratore, ma anche il depotenziamento della efficacia della sanzione punitiva in quanto l'impresa assicuratrice assumerebbe il rischio solo a costo parziale attraverso una sua redistribuzione all'interno della comunione degli assicurati<sup>403</sup>.

In secondo luogo, in una logica di ordine pubblico e di deterrenza, non sarebbe ammissibile tenere indenne il responsabile di un fatto illecito dalle conseguenze giuridiche della propria azione intenzionale perché così si incentiverebbero molteplici condotte anti-giuridiche<sup>404</sup>.

In questa prospettiva potrebbe al più<sup>405</sup> essere compatibile con le condanne punitive solo l'assicurazione contro il rischio di illeciti connotati da colpa grave<sup>406</sup> ovvero contro il rischio di fatti altrui dei quali si è chiamati a rispondere civilmente<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> Cfr. caso *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty*, cit.

<sup>404</sup> Il principio della inassicurabilità dell'illecito intenzionale sembra avere rilevanza internazionale; oltre all'art. 1917 cod. civ. italiano, espressione del più generale principio di cui all'art. 1900 cod. civ. per cui cfr. diffusamente ROSSETTI, *L'assicurazione della responsabilità civile* (art. 1917 cod. civ.) in *Codice della responsabilità civile e RC auto*, diretto da Carnevali, Bonilini e Confortini, Ed. II, 2015, pag. 1712 e ss. e VALENTINO, *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Commentario del Codice Civile, Dei Singoli Contratti*, diretto da Gabrielli, 2011, pag. 241 e ss., con riferimento all'art. L. 113-1 del *Code des assurances*, che esclude la copertura del «*faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré*» cfr. BESSON, *Le contrat d'assurance et la morale*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à G. Ripert*, II, L.G.D.J., Paris, 1950, 181 ss.; in senso analogo, il § 81 VVG tedesco del 2008. Anche nei Paesi di *common law* è riconosciuto in principio in base al quale «*an implied exception to coverage under any form of insurance is an intentional or expected injury damage or loss*» così FREEDMAN, *On the Law of Insurance*, 4a ed., *Lawyers Cooperative Publishing, New York*, 1990, 47 e ss.

<sup>405</sup> Nella stessa decisione *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty* cit., infatti, alla regola generale circa la incompatibilità tra *public policy* e assicurabilità dei danni punitivi, seguono tre limitazioni in caso di “*merely negligent acts*”, “*vicarious liability for punitive damages*” e “*Statutory extra damage awards that are, in part, compensatory*”.

<sup>406</sup> Secondo la Corte Suprema del Texas, nel caso *Fairfield Ins. Co. v. Stephens Martin Paving, L.P.*, 246 S.W.3d 653, 688 (Tex. 2008) (*Hecht, J., concurring*), sono otto gli Stati che permettono la assicurazione dei *punitive damages* solo in caso di *grossly negligent conduct*: Arkansas, Iowa, Kentucky, Louisiana, Nevada, Oregon, Virginia, e West Virginia.

La Corte Suprema della Virginia ha delineato chiaramente, ai fini della assicurabilità dei *punitive damages*, la distinzione tra *gross, reckless or wanton negligence* e *intentional or purposeful tort* statuendo, nel caso *Hensley v. Erie Ins. Co.*, 283 S.E.2d 227,230 (W. Va. 1981), “*the liability policy of an insurance company provides that it will pay on behalf of the insured all sums which the insured shall become legally obligated to pay as damages because of bodily injury and the policy only excludes damages caused intentionally by or at the direction of the insured, such policy will be deemed to cover punitive damages arising from bodily injury occasioned by gross, reckless or wanton negligence on the part of the insured*”.

Per la non assicurabilità delle condanne punitive in caso di azioni intenzionali, tra le tante, cfr. *Southern Farm Bureau Casualty Insurance Co. v. Daniel*, 246 Ark. 849, 440 S.W.2d 582 (1969); *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Shernow*, 222 Conn. 823, 610 A.2d 1281 (1992); *American Insurance Co. v. Saulnier*, 242 F. Supp. 257 (D. Conn. 1965). Cf. *Tedesco v. Maryland Casualty Co.*, 127 Conn. 533, 18 A.2d 357 (1941); *Caulfield v. Amica Mutual Insurance Co.*, 31 Conn. App. 781, 627 A.2d 466 (Conn. App. Ct. 1993); *Hartford Life Insurance Co. v. Title Guarantee Co.*, 520 F.2d 1170 (D.C. Cir. 1975); *Pray v. Lockhard Aircraft Corp.*, 644 F. Supp. 1289 (D.D.C. 1986); *Continental Insurance Co. v. Hancock*, 507 S.W.2d 146 (Ky. 1973); *West v. Pratt*, 871 S.W.2d 477 (Tenn. 1994).

Nessun dubbio potrebbe poi sussistere circa la assicurabilità per gli *extra damages*, ammessi dalle legislazioni di taluni stati federati come multiplo degli *actual damages* perchè privi di natura intrinsecamente punitiva (per essere pene private in parte compensative e automatiche)<sup>408</sup>.

Per altro orientamento più permissivo, l'indicata funzione pubblicistica verrebbe comunque realizzata anche in presenza di copertura assicurativa attraverso vere e proprie sanzioni "indirette" a carico del danneggiante; la condanna punitiva, infatti, determine-

---

<sup>407</sup> La responsabilità per fatto illecito altrui, fondata su basi puramente oggettive, rischierebbe di esporsi alla obiezione secondo cui la condanna punitiva gravi su un soggetto diverso dall'autore dell'illecito e in difetto dell'elemento psicologico necessario per la concessione dei *punitive damages*. In realtà negli Stati Uniti, tale responsabilità postula comunque un collegamento in termini soggettivi dell'atto al responsabile indiretto così come si evince dal § 909 del *Restatement Second of Torts*, secondo cui: «*Punitive damages can properly be awarded against a master or other principal because of an act by an agent if, but only if, (a) the principal or managerial agent authorized the doing and the manner of the act, or (b) the agent was unfit and the principal or a managerial agent was reckless in employing or retaining him, or (c) the agent was employed in a managerial capacity and was acting in the scope of employment, or (d) the principal or a managerial agent of the principal ratified or approved the act.*».

In secondo luogo la responsabilità oggettiva per fatto altrui favorisce indirettamente l'effetto di deterrenza nel senso che induce il datore di lavoro, altrimenti responsabile, a prevedere degli strumenti preventivi per dissuadere i propri dipendenti dal tenere condotte illecite ben potendo sanzionare il colpevole esercitando il potere disciplinare sino a licenziarlo. Cfr. KENNELLY, *Punitive Damages and Insurance Coverage Questions – Another view* -, in *Air Law*, Volume II, n. 1, 1982 pag. 17 e ss. In giurisprudenza, tra le tante, si segnalano il caso *Perl v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.*, 345 N. W. 2d 209, 216 (Minn. 1984) in cui si afferma "some courts which prohibit insurance coverage for punitive damages as a matter of public policy make an exception and allow insurance coverage for an employer who is only vicariously liable for wrongdoing of a servant or agent" (va peraltro segnalato che oggi il problema è risolto nello Stato del Minnesota essendo ammessa la assicurabilità dei *punitive damages* in caso di *vicarious liability* dal Minn. Stat. §60 A. 06 sin dall'anno 2000), il caso *Dayton Hudson Corp. v. Am. Mut. Liab. Ins. Co.*, 621 P.2 d 1155, 1160 (Okla. 1980) in cui si afferma "In almost all jurisdictions which disallow insurance coverage for punitive damages, an exception is recognized for those torts in which liability is vicariously imposed on the employer for a wrong of his servant" e il caso *Butterfield v. Giuntoli*, 670 A.2d 646, 655 (Pa. Super. Ct. 1995) secondo cui "[w]here corporate management commits an outrageous act, punishment is appropriate. Where the act is committed by... an agent, not pursuant to corporate policy or plan, the corporation, though vicariously liable for punitive damages, is entitled to insure against such damages".

<sup>408</sup> Un chiaro esempio è offerto dal *Minnesota Statute section 176.82*; a riguardo, nel caso *Wojciak v. Northern Package Corp.*, 310 N. W. 2d 675, 680 (Minn. 1981), la Corte Suprema del Minnesota ha ben evidenziato le differenze esistenti tra *punitive damages* ed *extra damages* ammessi dalla indicata legislazione statale affermando "There were differences between a statutory award of multiple damages, which represents a fixed amount and does not necessarily reflect a judgment concerning the culpability of the employer's conduct, and an award of punitive damages at common law, which is assessed by the jury and thus reflects the community's condemnation of a defendant's conduct when it is viewed as a wanton, malicious, or outrageous". Richiamando la precedente pronuncia, La Corte Federale per il Distretto del Minnesota ha raggiunto analoghe conclusioni nel caso *Convent of the Visitation School v. Continental Casualty Co.* 707 F. Supp. 412 (D. Minn. 1989) secondo la quale "The same factors considered in *Wojciak* apply to the treble damages allowed under § 363.071, subd. 2 for wrongful termination under § 363.03. The general purpose of the Minnesota Human Rights Act, §§ 363.01 – 15, is to redress the wrongs suffered by the victims of discrimination. Treble damages are a fixed multiple of the compensatory damages. And, the degree of culpability of the employer need not be considered in awarding treble damages". Sempre seguendo le citate pronunce si segnala per il Missouri il caso *H.E. Williams, Inc. v. United States Fire Insurance Co.* 89-5083-CV-SW-1. 1991 U.S. Dist. Lexis 1017 (W.D. Mo. Jan. 28, 1991).



rebbe per l'assicurato il pagamento di ingenti premi assicurativi e soprattutto la perdita di credibilità sul mercato<sup>409</sup>.

Si è poi osservato che non è in ogni caso dimostrata alcuna correlazione necessaria tra il proibire l'assicurabilità dei danni punitivi e un presunto effetto di deterrenza rispetto al compimento di condotte riprovevoli<sup>410</sup>.

Nello specifico, la maggioranza degli Stati federati, circa 26, ammette in termini generali l'assicurabilità dei *punitive damages*<sup>411</sup> mentre nei restanti 20 la soluzione è diversa a seconda che la condanna punitiva sia ricollegabile a una ipotesi di responsabilità diretta del condannato (*direct liability*) o a una fattispecie di responsabilità per fatto altrui (*vicarious liability* ad esempio per fatto dei dipendenti di un imprenditore) ovvero sia prevista una esclusione totale della copertura assicurativa per legge o secondo un orientamento della giurisprudenza statale<sup>412</sup>.

In particolare, nella maggioranza dei casi, se si esclude l'assicurabilità dei *punitive damages* per la *direct liability*, si tende ad ammetterla per la *vicarious liability*. Ad esempio, volendo soffermarsi solo sugli Stati più importanti appartenenti a tale categoria<sup>413</sup>, anche dal punto di vista economico, basti considerare la *California* ove il Cal. Ins. Cod., § 533 (2010) prevede che l'assicuratore “*is not liable for a loss caused by the willful act of the insured*”, disposizione che tuttavia non sembrerebbe applicabile in caso di *vica-*

---

<sup>409</sup> OWEN, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 1976, pag. 1212 e ss.

<sup>410</sup> In questo senso si è espressa la Corte Suprema del *Tennessee* nel caso *Lazenby V. Universal Underwriters Insurance Co.*, 383 S.W.2d 1 (*Tenn.* 1964) secondo cui “*This State, in regard to the proper operation of motor vehicles, has a great many detailed criminal sanctions, which apparently have not deterred this slaughter on our highways and streets*” e soprattutto la Corte Suprema dello *Wyoming* nel caso *Sinclair Oil Corp. v. Columbia Casualty Co.*, 682, P.2d 975 (*Wyo.* 1984), affermando “*We know of no studies, statistics or proofs which indicate that contracts of insurance to protect against liability for punitive damages have a tendency to make willful or wanton misconduct more probable, nor do we know of any substantial relationship between the insurance coverage and such misconduct. Neither is there any indication that to invalidate insurance contracts that protect against liability for punitive damages on grounds of public policy would have any tendency to deter willful and wanton misconduct.*” Cfr. sul punto anche Corte Suprema del *Wisconsin* caso *Brown v. Maxey*, 369, N. W., 2 d. 677 (*Wis.* 1985).

<sup>411</sup> Secondo *Wilson Elser's Punitive Damages Review*, 2014, in [www.wilsonelser.com/legalanalysis](http://www.wilsonelser.com/legalanalysis), si tratta degli Stati: *Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Delaware, Georgia, Hawaii, Idaho, Iowa, Kentucky, Louisiana* (i danni punitivi sono ammessi solo nei casi previsti dalla legge), *Maryland, Mississippi, Montana, Nevada, New Hampshire* (i danni punitivi sono ammessi nei soli casi previsti dalla legge), *New Mexico, North Carolina, Oregon, South Carolina, Tennessee, Vermont, Virginia, West Virginia, Wisconsin, Wyoming*. Cfr. sul punto anche la citata *Fairfield Ins. Co. v. Stephens Martin Paving, L.P.*

<sup>412</sup> Secondo la citata pronuncia della Corte Suprema del *Texas*, caso *Fairfield Ins. Co. v. Stephens Martin Paving, L.P.*, sono sette gli stati che proibiscono la copertura assicurativa ai danni punitivi: *Colorado, New York, North Dakota, Ohio, Rhode Island, South Dakota* e *Utah*.

<sup>413</sup> Secondo la citata *Fairfield Ins. Co. v. Stephens Martin Paving, L.P.*, in totale sono undici gli stati che ammettono la copertura assicurativa dei danni punitivi solo in caso di *vicarious liability*, si tratta in particolare: *California, Connecticut, Florida, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Minnesota, New Jersey, Oklahoma* e *Pennsylvania*.

*rious liability*<sup>414</sup>. Anche in *Florida*, esclusa dalla giurisprudenza la assicurabilità dei danni punitivi in caso di *direct liability*<sup>415</sup> viene ammessa - con opportuni limiti - la assicurabilità dei *punitive damages* per *vicarious liability*<sup>416</sup>; altrettanto avviene nel *Missouri*<sup>417</sup>, *New Jersey*<sup>418</sup>, *New York*<sup>419</sup>.

È stato evidenziato<sup>420</sup>, che negli Stati in cui l'assicurabilità dei danni punitivi non è consentita ovvero solo in parte limitata, sono situate le più fiorenti attività economiche statunitensi<sup>421</sup> e che sempre nei medesimi territori si registra la quasi totalità delle condanne punitive mentre solo il 3 % delle condanne ultracompenso ha luogo in Stati in cui l'assicurazione non incontra alcuna limitazione.

I circa 20 Stati<sup>422</sup> che pongono limitazioni alla assicurabilità dei danni punitivi sono tra quelli più industrializzati che contribuiscono a determinare oltre il 56 % del *PIL* degli Stati Uniti d'America e, se tra questi fosse incluso anche il *Texas* (che rappresenta

---

<sup>414</sup> Cfr. *Caso Arenson v. Nat'l Auto & Cas. Ins. Co.*, 286 P.2d 816 (Cal. 1955); *In re Related Asbestos Cases*, 566 F. Supp 818 (N.D. Cal. 1983) e anche la pronuncia della Suprema Corte della *California PPG Indus., Inc. v. Transamerica Insurance Co.*, 20 Cal. 4th 310 (1999).

<sup>415</sup> *U.S. Concrete Pipe Co. v. Bould*, 437 So. 2d 1061 (Fla. 1983); *Morgan Int'l Realty, Inc. v. Dade Underwriters Ins. Agency, Inc.*, 617 So. 2d 455 (Fla. Dist. Ct. App. 1993); *Aromin v. State Farm Fire & Cas. Ins. Co.*, 908 F.2d 812 (Eleventh Cir. 1990).

<sup>416</sup> *U.S. Concrete Pipe Company v. Bould*, 437 So. 2d 1061 (Fla. 1983). L'assicuratore è infatti esonerato da responsabilità laddove il fatto dell'assicurato sia rappresentato da "*gross negligence or willful and wanton misconduct*" così *Highlands Ins. Co. v. Mc Cutchen*, 446 So. 2d 1073 (Fla. 1984) *approving*, 424 So. 2d 26 (Fla. Dist. Ct. App. 1982); *Morgan Int'l Realty, Inc. v. Dade Underwriters Ins. Agency, Inc.*, 617 So. 2d 455 (Fla. Dist. Ct. App. 1993)

<sup>417</sup> *Ohio Cas. Ins. Co. v. Welfare Fin. Co.*, 75 F.2d 58 (Eighth Cir. 1934), *cert. denied*, 295 U.S. 734 (1935).

<sup>418</sup> *See Johnson & Johnson v. Aetna Cas. & Sur. Co.*, 667 A.2d 1087 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1995)

<sup>419</sup> *New York public policy. Zurich Ins. Co. v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 642 N.E.2d 1065, 1070 (N.Y. 1994)

<sup>420</sup> PORTER, *A review of the U.S. Punitive Damages Liability Landscape*, in *Chubb Insured SM*, 07/2016.

<sup>421</sup> Così *Bureau of Economic Analysis, GDP by State (Current Dollars) for 2010*, in [www.bea.gov](http://www.bea.gov).

<sup>422</sup> Si tratta degli Stati: *California, Colorado, Connecticut, Florida, Illinois, Kansas, Maine, Massachusetts, Minnesota, Kentucky, Missouri, New Jersey, New Hampshire, New York, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, Utah, Virginia, South Dakota, North Dakota, Indiana e Texas*. In realtà con riferimento al *South Dakota, North Dakota, Indiana* e al *Texas*, la disciplina è alquanto incerta, ma probabilmente contiene restrizioni. In particolare nel caso *Dairyland Ins. Co. v. Nryant*, 474 N. W. 2d 514 (S.D. 1991) si evince che i danni punitivi non sarebbero assicurabili in *South Dakota* cfr. anche *Wilson Elser Punitive Damages Review, 2014 edition* cit. In *North Dakota* non sembrano rinvenirsi specifiche decisioni sul punto, né leggi *ad hoc*; esiste tuttavia la previsione legislativa secondo cui sono preclusi "*contracts from exempting one's willful, fraudulent or negligent conduct*" cfr. N. D. Cent. Code. § 9 – 08- 02. In *Indiana*, secondo *Wilson Elser Punitive Damages Review, 2014 Edition* cit., sebbene la Suprema Corte non si sia ancora espressa sul punto, una corte federale ha statuito la contrarietà con l'ordine pubblico della assicurabilità delle condanne punitive nel caso *Executive Builders, Inc. v. Motorists Ins. Co.*, No. IP00 – 0018 – C – T/G, 2001 WL 548391, 5 (S.D. Ind. 2001). Sempre secondo *Wilson Elser Punitive Damages Review, 2014 Edition* cit., la Suprema Corte del *Texas* ha escluso la incompatibilità assoluta della assicurazione dei danni punitivi con l'ordine pubblico interno, ma ha anche affermato che potrebbe esserlo in "*extreme circumstances*" nel caso *Fairfield Ins. Co. v. Stephens Martin Paving* cit. Anche nel *District of Columbia*, il tema non è stato espressamente affrontato nello specifico né a livello legislativo, né giurisprudenziale; tuttavia, sempre secondo *Elser* op. cit., sembrerebbe che l'assicurabilità dei danni punitivi possa porsi in contrasto con l'ordine pubblico alla luce del caso *See Salus v. Cont'l Cas. Co.*, 478 A.2d 1067, 1070 (D.C. 1984).

l'8.3% del *PIL USA*), oltre i due terzi del *PIL* statunitense verrebbe prodotto in Stati le cui legislazioni pongono limiti all'assicurabilità dei danni punitivi.

Sembra interessante considerare anche con quale percentuale vengono irrogate condanne punitive negli Stati che potrebbero esserne interessati.

Secondo una prima e più risalente ricerca, solo una limitata percentuale di controversie civili viene definita all'esito del dibattimento<sup>423</sup> e una ancora più ristretta percentuale di casi si conclude con la concessione di *punitive damages*<sup>424</sup>.

Una più recente statistica<sup>425</sup>, condotta in quattro Stati (*California, Illinois, Texas, Pennsylvania*), mostra invece che le condanne punitive sono maggiori di quanto si possa immaginare: in *California*, sul totale dei processi pendenti in fase dibattimentale, nel 21 % dei casi (si tratta di 1263 processi) vengono richieste condanne punitive; tra questi, i processi che si concludono con sentenze favorevoli per l'attore - nei quali i danni punitivi sono richiesti e vengono liquidati con sentenza - sono il 33 % dei casi studiati (si tratta di 148 processi).

In *Illinois*, sul totale dei processi pendenti in fase dibattimentale, solo nel 2,9 % dei casi (si tratta di 756 processi) vengono richieste condanne punitive e analoghi dati si riscontrano anche in *Pennsylvania* (3,6 % sul totale, si tratta di 863 processi) e in *Texas* (6,5 % sul totale, si tratta 909 processi). Volgendo lo sguardo al numero di processi conclusi con sentenza favorevole all'attore - nei quali i danni punitivi sono richiesti e liquidati all'esito del dibattimento - , ci si avvede che in *Illinois* si tratta del 47,1 % dei casi studiati (17 processi), in *Pennsylvania* del 31,6 % (19 processi) e in *Texas* del 56,4 % (39 processi).

Si è inoltre registrato che se i *compensatory damages* oscillano tra uno e dieci milioni di dollari, laddove il danneggiato abbia richiesto la condanna anche dei *punitive damages*, questi ultimi sono concessi in una percentuale del 53% dei casi studiati mentre nelle controversie in cui i *compensatory damages* superano i 10 milioni di dollari - sempre che siano stati richiesti - i danni punitivi vengono liquidati in una percentuale dell' 82%

---

<sup>423</sup> Normalmente il processo civile statunitense si articola in quattro fasi; *service of process* (notifica dell'atto introduttivo); *pleadings* (scambio delle prime note difensive); *pre-trial discovery* (fase istruttoria); *trial* (dibattimento); *judgement* (sentenza). Spesso, dopo una complessa e onerosa attività istruttoria affidata prevalentemente agli avvocati, le parti, ormai consapevole delle rispettive posizioni, tendono a concludere accordi transattivi che evitano di proseguire il giudizio..

<sup>424</sup> Così *Bureau of Justice Statistics*, 2008, *Special Report: Civil Justice Survey of State Courts*, 2005. *Washington, D.C.: Department of Justice*.

<sup>425</sup> NEIL VIDMAR & MIRYA HOLMAN, *The Frequency, Predictability, and Proportionality of Jury Awards of Punitive Damages in State Courts in 2005: A New Audit*, 43 *Suffolk University Law Review* 855-895 (2010); EISENBERG, THEODORE; HEISE, MICHAEL; WATERS, NICOLE L.; WELLS, MARTIN T., *The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study* (2010). *Cornell Law Faculty Publications*. 185 in *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, no. 2 (fall. 2010)

dei casi studiati. Con riferimento alle quattro tradizionali categorie di illeciti selezionati, è possibile evincere come in caso di *intentional torts* i danni punitivi sono concessi nel 65.8 % dei casi studiati all'esito del dibattimento, in caso di *employment discrimination* nella percentuale del 25 %, in caso di *negligence* e *other torts* del 36.4 % e in caso di *employment* e *others* del 38.5 %.

Venendo al tema delle coperture assicurative maggiormente praticate sul mercato per i *punitive damages*, occorre soffermarsi sulla “*most favored jurisdiction venue clause*” (di seguito per brevità designata “*MFJ clause*”) e sulla cosiddetta “*punitive damage wrap policy*” tipicamente sottoscritta, tramite assicuratori ivi domiciliati, nello Stato del *Bermuda* e definita comunemente “*puni wrap*” o “*Bermuda wrap*” con la precisazione che nell'uno come nell'altro caso le parti sceglieranno la legislazione di uno Stato che ammette l'assicurabilità dei *punitive damages*.

Negli Stati USA che escludono coperture assicurative per le condanne punitive, le imprese locali tendono ad apporre nelle polizze assicurative la *MFJ clause* con la quale viene selezionata la legislazione di un altro Stato federato che non conosce simili limitazioni proprio perché, ai sensi del paragrafo 187 del *Restatement (Second) of Conflict of Laws* (1971)<sup>426</sup> le parti, di regola, sono libere di scegliere la legislazione applicabile al rapporto contrattuale a condizione che esista un collegamento qualificato con la giurisdizione selezionata e/o non sussista alcun contrasto tra la legislazione prescelta con l'ordine pubblico dello Stato di provenienza.

Le Corti statunitensi tendono generalmente a riconoscere efficacia alle suddette clausole negoziali a meno che dalla loro esecuzione derivino conseguenze giuridiche incompatibili con una “*fundamental policy*” dello Stato la cui legislazione sarebbe altrimenti applicabile in difetto della *choice-of-law-provision*<sup>427</sup>, ovvero in mancanza di una “*substantial relationship*” tra le parti del contratto e la legislazione selezionata<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> Se ne riporta il testo “(1) *The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.* (2) *The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.* (3) *In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.*”

<sup>427</sup>Tra le tante si segnalano i casi *Electrical and Magneto Service v. AMBAC Int.*, 941 F. 2d 660 (8th Circ. 1991); *Independent Petrochem Corp. v. Aetna Cas. & Sur.*, 654 F. Supp. 1334, 1357, *aff'd in part and rev. in part* 944 F.2d 940 (D.C. Cir. 1991); *Greenwood Trust Co. v. Mass.*, 776 F. Supp. 21 (D. Mass.1991); *Warm Springs Forest Products Industries v. Ebico*, 300 Or. 617, 716 P.2d 740, 743 (1986);

Pertanto se, in applicazione del diritto USA, la cognizione delle menzionate clausole negoziali compete alle corti statunitensi, vi è un evidente rischio di potenziale invalidità delle stesse in tutte quelle ipotesi in cui le restrizioni alla assicurabilità dei *punitive damages* dipendano, come in molti Stati Federati accade, da fondamentali ragioni di *public policy*<sup>429</sup>.

In dipendenza di quanto esposto, le parti spesso selezionano la legislazione di uno Stato estero come ad esempio quella inglese.

In Inghilterra, infatti, a differenza di alcuni Stati federati USA, non esiste una specifica proibizione quanto all'assicurabilità degli *exemplary damages*, ma vige la regola generale secondo cui l'assicurato perde il diritto all'indennizzo, altrimenti coperto dalla polizza assicurativa, solamente se cagiona deliberatamente il sinistro o se il danno deriva da un reato (la proibizione sorge quindi in presenza di un "*sufficient level of malice or intentional misconduct*")<sup>430</sup>.

Fermi i limiti sopra citati, le Corti inglesi hanno evidenziato quali potrebbero essere le ragioni favorevoli all'assicurabilità dei danni esemplari: in difetto di un divieto espresso, l'assicurabilità degli *exemplary damages* rappresenta un vantaggio anzitutto per l'assicurato dal momento che gli garantisce una maggiore *chance* di conseguire quanto liquidato nella sentenza di condanna (si pensi ad esempio al caso di incapacità patrimoniale del danneggiante); inoltre la condanna punitiva, se assicurabile, produrrebbe a sua volta alcuni effetti sanzionatori perché in primo luogo potrebbe eccedere nell'ammontare il limite del massimale munito di copertura assicurativa (gravando per l'eccedenza sul patrimonio del danneggiante), poi perché le condotte dolose non sarebbero comunque assicurate e infine perché l'assicurato vedrebbe implementare il costo dei premi in futuro per essersi verificato il sinistro. Nel diritto inglese esiste inoltre una ragione di *public policy* che riconosce la necessità per le parti di adempiere alle proprie obbligazioni contrattuali con la conseguenza che se l'assicuratore ha conseguito numerosi premi per coprire l'assicurato contro il rischio di una condanna punitiva egli è tenuto a pagare l'indennizzo – salvo un diverso divieto –; infine vi è la regola generale per

---

*Fine v. Property Damage Appraisers, Inc.*, 393 F. Supp. 1304, 1308 (E.D. La. 1975); *Rutter v. BX of Tri-Cities, Inc.*, 60 Wash. App. 743 (Wash. App. 1991).

<sup>428</sup> Cfr. caso *Nedlloyd v. Superior Court*, 234 Cal. App. 3d 550 (Cal. App. 1991).

<sup>429</sup> Nel caso *Warm Springs Foest Products Industries v. Ebico* 300 Ove, 617, 716 P. 2d 740, 743 (1986) cit., si evidenzia che la clausola è valida a meno che l'attore sia in grado di mostrare la violazione di una "*fundamental public policy*" per invalidarla; cfr. sul punto anche *International Surplus Lines. V. Pioneer Life*, 209, III App. 3d 144 (1990).

<sup>430</sup> In questo senso si segnalano i casi *Euro-Diam Ltd. V. Brathust* (1988) 2 AER 23; *Tinsley v. Milligan* (1993) 3 AER 65; *St. John Shipping Corp. V. Joseph Rank Ltd.* (1957) 1 QB 267.

cui la inefficacia delle disposizioni contrattuali dipendente da ragioni di *public policy* può avvenire solamente in presenza di fattispecie chiare e specifiche<sup>431</sup>.

Proprio perché il diritto inglese presenta maggiori aperture negli Stati USA che non ammettono l'assicurabilità dei danni punitivi, piuttosto che selezionare la legislazione di altro Stato federato, potrebbe essere conveniente riferirsi alla legislazione britannica<sup>432</sup>.

Ulteriore profilo problematico riguarda la individuazione della Corte competente a pronunciarsi sulla eventuale validità della *MFJ clause*. In difetto di diversa specifica previsione a riguardo, la controversia *de qua* dovrebbe essere rimessa alla cognizione della corte competente alla luce della giurisdizione selezionata dalle parti del contratto. Certamente, però, se il contratto di assicurazione contiene una clausola compromissoria che preveda un arbitrato obbligatorio secondo il diritto inglese, le Corti statunitensi sarebbero prive di giurisdizione sulla *choice-of-law provision*. In altri termini per aumentare le probabilità che i *punitive damages* possano essere muniti di copertura assicurativa, la polizza assicurativa non dovrebbe limitarsi solamente a selezionare la legislazione inglese, ma anche includere la previsione di un arbitrato obbligatorio secondo il diritto inglese.

Ulteriore alternativa è quella di stipulare, oltre alla polizza statunitense, una separata e a sé stante *Wrap policy* interamente fornita all'estero nello Stato del *Bermuda*.

Il *Wrap contract* in tal modo non è sottoposto alla disciplina e alle restrizioni di *public policy* dei singoli Stati Federati pur coprendo interamente il rischio di una condanna punitiva. Va tuttavia precisato che il pagamento dell'indennizzo derivante dal *wrap contract* è ammesso solo in seguito a una sentenza definitiva di condanna e a condizione che non sia superato il cosiddetto "*shared limit*" atteso che il pagamento dell'indennizzo corrisposto per i *compensatory damages* - previsto nella polizza statunitense - finisce per erodere il limite della copertura garantito dal *wrap contract* e vicever-

---

<sup>431</sup> Le indicate considerazioni sono svolte nel caso *Lancashire County Council v. Municipal Mutual Insurance Limited* (1996) 140 *SJLB* 108, in una fattispecie in cui il convenuto (il Capo dell'Ufficio di Polizia) viene condannato per una ipotesi di *vicarious liability* dei propri *agents*.

<sup>432</sup> Il tema è stato affrontato nel caso *Akai v. Peoples Insurance co., Ltd.*, (1998) 1 *Lloyd's Rep.* 90; secondo la Corte inglese " *It is clear that parties to the insurance policy bargained for English law. This Court should therefore give effect to that intention, unless it would be contrary to English public policy (which includes international public policy) to give effect to the enforcement of jurisdiction clause which is otherwise valid ... Although the insurance policy has a very close connection with Australia, that is not a decisive factor in considering the particular question of public policy before the Court ... This is not to say that in an appropriate case the Court will not take into account in relation to an insurance contract public policy of a jurisdiction with which the insurance has a close connection ... In this case, however, the Court is concerned with the enforceability of the parties' freely chosen choice of law and jurisdiction in a credit insurance policy. In contracts of this kind between commercial enterprises, there is no equivalent restriction in English law or Community law on the parties' choice of law... In my judgment therefore, this Court should give effect to the bargain of the parties and their freely negotiated choice of law and jurisdiction*".

sa. Inoltre queste polizze autonome sono solamente indennitarie e non coprono di regola anche i costi del giudizio.

Anche negli Stati che ammettono l'assicurabilità dei danni punitivi potrebbero porsi alcuni problemi interpretativi delle polizze "tradizionali" posto che l'assenza di preclusioni di *public policy* non significa per sé piena configurabilità della copertura assicurativa per i *punitive damages* perché occorre considerare anche quanto previsto dalle singole disposizioni contenute nel contratto di assicurazione. A riguardo, giova evidenziare che la ricorrente formula "*all sums which the insured shall become legally obligated to pay as damages because of bodily injury or property damage*", si espone frequentemente a interpretazioni giurisprudenziali oscillanti: per un primo indirizzo l'espressione "*all sums*" sarebbe così ampia da includere anche la copertura assicurativa per i *punitive damages*<sup>433</sup> mentre per l'opposta tesi i *punitive damages*, avendo funzione sanzionatoria e deterrente, non sarebbero danni correlati a una "*bodily injury*" o a una "*injury or destruction of a property*" e così, in difetto di una espressa e specifica ulteriore disposizione contrattuale, non costituirebbero comunque oggetto della relativa copertura assicurativa<sup>434</sup>.

Per queste ragioni sembrerebbe possibile affermare che le polizze assicurative fornite dallo Stato del Bermuda che applicano il diritto inglese e contengono un arbitrato obbligatorio secondo il diritto inglese, sembrano garantire maggiori possibilità di successo rispetto ad altri tipi di contratti assicurativi forniti negli Stati Uniti.

Pertanto, negli Stati che contengono limitazioni alla assicurabilità dei *punitive damages*, sarebbe auspicabile stipulare un contratto assicurativo nello Stato estero che espressamente garantisca la copertura espressa di eventuali condanne punitive, selezionando la legi-

---

<sup>433</sup> Nel caso *Carroway v. Johnson*, 245 S.C. 200, 139 S. E. 2d 908 (1965) la Corte ha infatti statuito che "*The policy here is a voluntary policy and defendant agreed to pay "all sums" which the insured "shall become legally obligated to pay as damages" because of bodily injury. The punitive damage award is a sum, which the insured is legally obligated to pay as damages*". V. anche *United Servs. Auto. Assn v. Webb*, 369 S.E. 2d 196, 199 (Va. 1988).

<sup>434</sup> Nel caso *Seren Innovations, Inc. v. Transcontinental Insurance Co.*, A05 – 917, 2006 WL 1390262 (Minn. Ct. App., May 23 2006) la *Court of Appeal* del Minnesota ha concluso che "*those sums that the insured becomes legally obligated to pay as damages because of 'bodily injury' was intended to cover compensatory damages for actual losses and not punitive damages*"; analogamente nel caso *Caspersen v. Webber*, 298 Minn. 93, 213 N. W. 2d 27 (1973), la Corte Suprema del Minnesota ha affermato "*there were actual damages, which presumably compensated the plaintiff for any actual loss sustained. The punitive damages were awarded to plaintiff as punishment to defendant and as a deterrence to others. The punitive damages then were not awarded because of bodily injury, and the company's policy afforded no coverage for the punitive damages*". Cfr. anche *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Wilson*, 782 P.2d 727, 733-34 (Ariz. 1989). Sul versante opposto si segnala anche una decisione che ammette la copertura assicurativa, perché oggetto di specifica previsione contrattuale, nonostante un generale divieto di *public policy* cfr. caso *Cont'l Gas. Co. v. Kinsey*, 499 N.W.2d 574, 580-81 (N.D. 1993), ma in senso contrario, *Public Serv. Mut. Ins. Co. v. Goldfarb*, 425 N.E.2d 810, 814 (N.Y. 1981) secondo cui in presenza di un simile divieto tale clausola contrattuale non sarebbe efficace anche se l'assicuratore ha espressamente fornito la copertura per i *punitive damages* e l'assicurato pagato i relativi premi per ottenerla.

slazione inglese per determinare la assicurabilità dei *punitive damages* e contenga una clausola compromissoria per un arbitrato secondo il diritto inglese<sup>435</sup>.

---

<sup>435</sup> In tal senso BALEY-CAVALIERI, *Insuring uninsurable punitive damages*, in [www.baileycav.com/insight/insuring-uninsurable-punitive-damages](http://www.baileycav.com/insight/insuring-uninsurable-punitive-damages)



## PARTE II

### I RISARCIMENTI PUNITIVI NELL'ESPERIENZA DEI PRINCIPALI PAESI DI CIVIL LAW

#### 1. I principali argomenti di segno contrario alla configurabilità dei risarcimenti punitivi concepiti sul modello dei *punitive damages* adottati nei Paesi di *civil law*

Nei Paesi di *civil law*, a parte talune interessanti eccezioni<sup>436</sup>, non sono ammesse condanne risarcitorie con funzione di *punishment* e di *deterrence* e la delibazione di sentenze straniere contenenti condanne di tal natura incontra rilevanti ostacoli nei principi di ordine pubblico<sup>437</sup>.

Da un lato, viene in rilievo la separatezza tra pena in senso stretto (e dunque tra la sfera di competenza riservata al diritto penale) e risarcimento del danno con funzione riparatoria (campo di elezione del diritto civile) espressione di precise scelte di politica legislativa differenti da quelle statunitensi<sup>438</sup>.

Dall'altro, l'imprevedibilità delle decisioni sul *quantum* risarcitorio conseguente al riconoscimento della funzione sanzionatoria alla responsabilità civile che rischia di tradursi in un arricchimento ingiustificato per il danneggiato e nel timore di odiose disparità di trattamento delle decisioni rese in casi analoghi<sup>439</sup>.

Rilevano, inoltre, i diversi ruoli che negli ordinamenti di *civil law* e *common law* assumono il giudice e il legislatore nella produzione delle norme giuridiche<sup>440</sup> e, in particolare, dello Stato: mentre nei primi è lo Stato a occuparsi delle politiche sociali, nei se-

---

<sup>436</sup> Ci si riferisce all'esperienza giuridica canadese della provincia del *Quebec* il cui codice civile contiene specifiche previsioni di risarcimenti punitivi (artt 1621 e 1899) e in cui si registrano notevoli aperture verso sanzioni civili ultracompensoative nell'ambito della tutela dei diritti della personalità. Diffusamente sul punto QUARTA, op. cit., pag. 324 e ss.

<sup>437</sup> Secondo KOZIOL, *Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspectives*, op. cit., 275 ss. che in "continental European legal systems... the idea of punishment is an alien element in private law". Critica la assolutezza dell'indicata affermazione BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ... non piovve, le Sezioni Unite sigillano il "Sistema"*, in *Corr. giur.*, 10, 2015, pag. 1210 e ss.

<sup>438</sup> Osserva QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., 43 che l'attribuzione della funzione generalmente riparatoria alla responsabilità civile nei Paesi dell'Europa continentale non dipende da una "necessità logica o ontologica, bensì da una scelta positiva da parte del legislatore" e come tale va apprezzata anche alla luce del contesto storico, politico ed economico che l'ha occasionata.

<sup>439</sup> Sul punto VANLEENHOVE, *A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditiona 'NoPasaràn!'* in 41, *Vermont L. Rev.* 2016, pag. 348 - 349.

<sup>440</sup> Sul punto amplius GAMBARO - SACCO, *Sistemi giuridici comparati in Trattato di Diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 2008, 33 ss.

condi, l'assenza di politiche di *welfare* viene compensata dall'utilizzo di strumenti privatistici in grado di assolvere anche funzioni definibili pubblicistiche<sup>441</sup>.

Negli USA i privati assumono un peculiare ruolo di garanzia dell'osservanza del diritto oggettivo<sup>442</sup>; in difetto di apposita regolazione pubblica, sono indotti a garantire il rispetto della legge e i *punitive damages* diventano un incentivo che spinge le vittime degli illeciti a agire in giudizio per tutelare non solo i propri interessi, ma anche quelli della collettività assumendo, in tal modo, le vesti di una sorta di "pubblico ministero privato".

La porzione ultracompensativa della condanna costituisce, per il danneggiato, una potente leva per indurlo ad agire in giudizio a tutela dei propri diritti lesi, soprattutto in presenza di microviolazioni e di danni estremamente diffusi che impedirebbero, sulla base di un'analisi costi-benefici, l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Non bisogna difatti dimenticare che, diversamente da quanto accade nei Paesi di *civil law* in cui il regime delle spese è in termini generali regolato dalla soccombenza, sovente, negli USA, una parte dei *punitive damages* è destinata a rimborsare gli elevati costi del processo civile statunitense che altrimenti graverebbero integralmente sulle parti<sup>443</sup>.

Nei Paesi di *civil law*, invece, i consociati si attendono che siano i pubblici poteri ad assicurare, tramite apposita regolazione, l'effettiva osservanza del diritto oggettivo e i privati non ricevono alcun incentivo a proporre domande giudiziarie con un tale obiettivo.

Pertanto, se nell'esperienza giuridica di *civil law* non sussistono particolari difficoltà a riconoscere sentenze anglosassoni di condanna ai *compensatory damages*, altrettanto non può dirsi per le componenti dovute a titolo di *exemplary – punitive damages* che i principali Paesi europei, con soluzioni differenziate ed entro certi limiti, hanno inizial-

---

<sup>441</sup> Con riferimento ai tratti distintivi tra Paesi dell'Europa continentale e Stati Uniti, cfr. MEURKENS, *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*, in *The Power of the Punitive Damages – Is Europe missing out?*, a cura di Lotte Meurkens – Emily Nordin, Cambridge, 2012, pag. 20 e ss. L'autore ricorda che negli USA, quale portato del costituzionalismo d'oltreoceano, il *private enforcement* è circondato da una certa "mistrust of the political institutions and government officials upon whom American citizens would have to depend if private law enforcement were not available" e che "the optimistic and liberal idea of giving individuals such a great (economic) incentive that they also act in the common interest finds fewer defenders in Europe. Here, the more pessimistic and paternalistic view still prevails that individuals will generally act only in their own interest and that the State has the task of pursuing the common good". In questa prospettiva i *punitive damages* hanno ad esempio svolto un ruolo di regolazione suppletiva all'intervento governativo nel settore della *product liability* al fine di impedire la diffusione di prodotti di massa difettosi su larga scala e di garantire ai consumatori o utenti – danneggiati la possibilità di ottenere un ristoro effettivo. Sul punto si rinvia *retro* par. 4.2.

In Europa, oltre alla disciplina della responsabilità civile, esistono altri possibili forme di compensazione per le vittime derivanti dalla esistenza di un ampio sistema di sicurezza sociale e assicurativo cfr. IZZO, *E' nato prima il danno o la sicurezza sociale? (saggio in tre atti)*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 1, 2014, pag. 0040B e ss.

<sup>442</sup> Si consideri in tale prospettiva proprio la disciplina della *class action* e dei *punitive damages* per cui diffusamente *retro* par. 4.2. e ss.

<sup>443</sup> MAGNUS, op. ult. cit., 249.

mente negato invocando, a sostegno del relativo disconoscimento, la violazione dei propri principi interni di ordine pubblico.

Come si avrà modo di evidenziare, tuttavia, le più recenti decisioni delle Corti Supreme nazionali rese in siffatta materia sembrano avere adottato una nozione dei ordine pubblico più restrittiva, di stampo internazionale, e quindi maggiormente aperta all'ingresso di prodotti giuridici stranieri<sup>444</sup>.

Il vero discrimine tra rimedio ultracompensativo riconoscibile e non riconoscibile viene dunque traslato sul piano della proporzionalità/ragionevolezza tra il *quantum* risarcitorio dovuto e la gravità della lesione inferta.

---

<sup>444</sup> Salvo quanto si dirà in seguito, sembra che maggiori aperture verso l'istituto in relazione ai principi di ordine pubblico abbiano mostrato le Corti Supreme spagnola e francese, rispetto alla giurisprudenza tedesca e, in passato, a quella italiana così VANLEENHOVE, op. cit., pag. 352 e ss.

## 2. I risarcimenti punitivi in Germania

In Germania, in linea di principio, la responsabilità civile ha funzione compensativa ed è diretta a ristorare interamente il danneggiato dei pregiudizi subiti; non può mai svolgere, invece, funzioni penalistiche e la funzione preventiva, quando prevista per un determinato istituto, di regola non incide sull'ammontare del danno risarcibile<sup>445</sup>.

In tale ordinamento vige la regola della *restitutio in integrum*<sup>446</sup> con la conseguenza che il risarcimento non deve mai tradursi in un arricchimento per il danneggiato con particolare riferimento ai danni patrimoniali, misurabili secondo parametri economicamente obiettivi<sup>447</sup>.

Per i danni non patrimoniali il discorso è differente: al di là del fatto che il diritto tedesco è riluttante a concedere compensazioni monetarie per perdite non economiche – perché una piena e reale compensazione si può configurare solo se il bene perduto può essere ripristinato in natura tramite riparazione economica<sup>448</sup> – nell'ordinamento giuridico in esame vige la regola che i danni non patrimoniali possono essere risarciti nelle sole ipotesi previste dalla legge (così par. 253 BGB)<sup>449</sup>.

Sin dagli anni '50 del secolo scorso la giurisprudenza si è occupata dell'utilizzo non autorizzato dell'immagine altrì che può generare ingenti profitti per l'autore dell'illecito individuando in simile fattispecie, accanto a quella compensativa, una funzione deterrente della responsabilità civile.

Tuttavia, la funzione deterrente non è stata perseguita autonomamente come accade negli Stati Uniti in cui rileva, ai fini del *quantum*, il profitto conseguito dal danneggiante, ma strumentalmente a quella compensativa e ha prodotto condanne ultracompensoative assimilabili agli *aggravated damages* inglesi che non hanno mai raggiunto le somme spropositate liquidate negli USA.

---

<sup>445</sup> MANGUS, op. cit., pag. 244. Sulle funzioni della responsabilità civile in Germania cfr. diffusamente WAGNER, *Funktionen des Deliktsrechts*, Münchener Kommentar zum BGB, sub § 823, München, 2017, 157 ss.

<sup>446</sup> Ricorda DI MAJO, op. ult. cit., pag. 1859 che, a differenza del sistema francese (di matrice giusnaturalistica), quello tedesco (di matrice romanistica) si incentra non tanto sul "danno", ma sulla illiceità della condotta e sulla sua "antigiuridicità" (par. 823 BGB). Di centrale importanza è poi la restaurazione dello *status quo ante* (par. 249 BGB). Si privilegia, in questa prospettiva il risarcimento in forma specifica e il risarcimento per equivalente monetario corrisponde, di regola, ai costi necessari per il ripristino del bene leso (v. paragrafi I e II dell'art. 249 BGB). Cfr. Sul punto anche CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, op. cit., 58 ss. e 869 ss.

<sup>447</sup> In caso di danno patrimoniale, evidentemente, la funzione del risarcimento non può assumere connotati preventivi e deterrenti (del fatto illecito) perché l'autore dell'illecito non rischia di perdere null'altro se non ciò che ha ingiustamente ottenuto in ottica puramente redistributiva cfr. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, op. cit., pag. 1859.

<sup>448</sup> MANGUS, op. cit., 245, fa l'esempio della diffamazione ove la divulgazione di notizie che rettificano o pubblicano scuse ufficiali da parte dell'autore dell'illecito ripara "in natura" la offesa alla reputazione del diffamato molto meglio della concessione di una somma di denaro.

<sup>449</sup> MANGUS, op. cit., 246 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici sul punto.

Altra ipotesi di condanna ultracompensativa riguarda la violazione del diritto di autore. L'associazione competente in materia (GEMA) è titolare del potere di accertare le violazioni per conto degli autori lesi e ottenere la condanna a una somma pari al doppio della licenza che si sarebbe dovuta pagare per utilizzare l'opera di ingegno. Questa componente ultracompensativa è finalizzata, tuttavia, a compensare i costi di funzionamento dell'ente e degli accertamenti dell'illecito; si tratta di una sanzione civile fissa e prevedibile *ex ante* a differenza dei *punitive damages*<sup>450</sup>.

Anche in caso di lesione della proprietà intellettuale è previsto che il danneggiato possa scegliere tra tre differenti rimedi: agire in giudizio per ottenere una somma pari alla perdita effettivamente subita (ma in tal caso il pregiudizio subito va adeguatamente allegato e provato secondo le regole ordinarie della responsabilità civile); chiedere il pagamento del corrispettivo previsto per l'acquisto e l'utilizzo della licenza; chiedere la retroversione dei guadagni conseguiti dall'autore dell'illecito. Indubbiamente in quest'ultimo caso ci si discosta dalla logica riparatoria in forza di una disciplina particolare dettata dal legislatore<sup>451</sup> anche per venire incontro alle eventuali difficoltà probatorie che il danneggiato potrebbe riscontrare nel dimostrare il pregiudizio effettivamente subito<sup>452</sup>.

Ulteriore ipotesi rilevante è quella degli illeciti *antitrust* ove, in presenza di difficoltà probatorie di una perdita certa, le corti possono parametrare l'entità del pregiudizio subito dal danneggiato ai profitti conseguiti dall'autore della violazione; la stessa Autorità *Antitrust* può a sua volta privare l'autore dell'illecito dai guadagni conseguiti sul mercato a meno che il beneficio sia già stato destinato al danneggiato o siano state applicate diverse sanzioni amministrative<sup>453</sup>.

In definitiva, sul piano del diritto sostanziale, sembra potersi affermare che in Germania non esistono istituti pienamente assimilabili ai *punitive damages* statunitensi. Al tempo stesso però la funzione preventiva e deterrente del risarcimento supporta quella compensativa e, in caso di lesione dei diritti della personalità, assume centrale rilievo per garantire una effettiva e adeguata compensazione alla vittima dell'illecito.

Lo stesso problema, oltre a porsi per le lesioni dei diritti fondamentali della persona, viene in rilievo anche per la lesione dei diritti su beni immateriali (opere di ingegno, diritto di autore).

---

<sup>450</sup> Sul punto VANLEENHOVE, op. cit., pag. 372 ss.; MAGNUS, op. cit., 254.

<sup>451</sup> MAGNUS, op. cit., 252 - 253

<sup>452</sup> OETKER, sub §252 BGB, op. cit., nt. 56.

<sup>453</sup> In tal senso MAGNUS, op. cit., 253 e ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

Lo sfruttamento economico non autorizzato di tali diritti finisce per rendere nuovamente necessario l'intervento di istituti ultracompensativi e deterrenti, ma in tal caso è lo stesso legislatore<sup>454</sup> ad averli previsti<sup>455</sup>.

In Germania è presente un peculiare ostacolo alla possibilità di ingresso di sentenze straniere di condanna ai *punitive damages* costituito, dapprima, dall'abrogato art. 38 della legge di introduzione al codice civile<sup>456</sup> che escludeva la possibilità di condannare cittadini tedeschi a risarcimenti superiori rispetto a quelli ammessi dal diritto tedesco e, attualmente, dall'art. 40, comma 3 della riforma del diritto internazionale privato che esclude l'ammissibilità di risarcimenti notevolmente superiori al danno compensativo con scopi diversi dal riparaione del danneggiato ovvero che siano contrastanti con le disposizioni sugli atti illeciti contenute nei Trattati internazionali di cui è parte la Germania<sup>457</sup>.

Come negli altri Paesi di *civil law*, anche nell'ordinamento giuridico tedesco, il problema della compatibilità dell'istituto dei *punitive – exemplary damages* con il diritto interno si pone non soltanto sul piano squisitamente sostanziale, ma anche su quello di diritto processuale internazionale in connessione ai limiti di ordine pubblico che le leggi di diritto internazionale privato frappongono alla circolazione di diversi modelli giuridici<sup>458</sup>.

---

<sup>454</sup> Ulteriori ipotesi di sanzioni civili sono previste, ad esempio, dal §7 dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, che sanziona il comportamento discriminatorio del datore di lavoro a prescindere dall'eventuale danno cagionato all'aspirante lavoratore per cui v. TOLANI, *U.S. Punitive Damages Before German Courts: A Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2011, 17, 1, article 9, 183 e segg. e i §§ 888 e 889, ZPO relativamente all'esecuzione forzata degli obblighi di fare infungibili. Il legislatore tedesco ha previsto che, similmente alle *astreintes*, l'inadempimento di una obbligazione infungibile espone il debitore al pagamento di una sanzione che cresce in proporzione alla inerzia del debitore. A differenza del corrispondente istituto francese, però, la sanzione è devoluta interamente allo Stato e non anche al creditore.

<sup>455</sup> Così MAGNUS, op. cit., 254 il quale osserva che neppure nel diritto europeo si è inteso introdurre l'istituto anglosassone poiché il diritto civile ha la funzione di intervenire per regolare in maniera ragionevole gli interessi dei privati e non invece, quella penale, di proibire comportamenti socialmente indesiderati (unico aspetto considerato nella componente punitiva delle sanzioni penali). Ulteriore ragione deriva dal fatto che in Europa esistono politiche sociali e ambientali maggiormente attive e protettive rispetto a quanto accade negli Stati Uniti. Il raggiungimento del bene comune è un obiettivo dello Stato e dei poteri pubblici non delegato ai privati. Solo in certi settori dove le misure amministrative e penali non appaiono sufficientemente adeguate allora è possibile incentivare i privati ad assicurare il rispetto della legge anche con istituti di stampo civilistico. In Germania questo è accaduto per la lesione dei diritti della personalità, la proprietà intellettuale e le violazioni *antitrust*. Ma in questi casi comunque il risarcimento non punisce, ma mira pur sempre a compensare adeguatamente le vittime dell'illecito. Il risarcimento è pur sempre correlato alla perdita subita anche se può essere innalzato fin quando non abbia raggiunto un effetto deterrente adeguato.

<sup>456</sup> Abrogata dalla legge 21 maggio 1999 di riforma del diritto internazionale privato.

<sup>457</sup> Diffusamente, TOCCI, op. cit., pag. 96.

<sup>458</sup> Come in Italia, anche in Germania, il legislatore ha previsto delle condizioni ostative al riconoscimento delle sentenze straniere tra le quali figura il limite dell'ordine pubblico previsto dall'art. 328 del codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung*, da ora per brevità, ZPO).

Alla luce di quanto esposto, possono cogliersi le molteplici ragioni per le quali l'istituto dei *punitive damages* non è reputato astrattamente compatibile con il diritto tedesco.

In primo luogo, la rigida distinzione tra sanzioni civili e criminali che perseguono, rispettivamente, obiettivi profondamente diversi: il risarcimento del danno svolge funzione compensativa nell'ambito di rapporti giuridici interindividuali; la pena ha funzione di reprimere e prevenire condotte dannose per l'intera società.

Dalla citata distinzione derivano importanti corollari processuali; i reati sono perseguiti obbligatoriamente di ufficio dai pubblici ministeri e gli indagati/imputati godono di fondamentali garanzie costituzionali per la tutela dei propri diritti di libertà (si pensi, soltanto, alla regola *in dubio pro reo* o al diritto al silenzio); il diritto civile, invece, in termini generali, non conosce iniziative officiose o obbligatorie del danneggiato il quale può disporre del suo diritto e del processo caratterizzato dalla regola dell'onere probatorio senza alcuna presunzione di non colpevolezza.

I *punitive damages*, invece, nella misura in cui sanzionano la riprovevolezza e la gravità della condotta del danneggiante, sono assimilabili sul piano funzionale alle pene<sup>459</sup> e rischiano di invadere l'area del penalmente rilevante in difetto delle garanzie sostanziali e processuali ivi previste.

Ulteriore profilo problematico concerne la possibile violazione del principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 103, terzo comma, della costituzione tedesca nella parte in cui vieta il cumulo di più sanzioni per lo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto.

Sebbene anche in Germania, come in Italia, lo stesso fatto possa essere punito in sede penale e rilevare in sede civile a fini risarcitori, in caso di *punitive damages* si verificherebbe la duplicazione di risposte punitive per la medesima condotta nei confronti dello stesso soggetto.

Difatti, riguardato l'istituto dalla prospettiva dell'autore dell'illecito, è assolutamente irrilevante che la sanzione civile sia diretta al privato piuttosto che allo Stato o a un fondo pubblico; si tratterebbe, comunque, di una pena civile che si cumula a quella criminale per scopi puramente repressivi e preventivi con riferimento al medesimo fatto.

Se alla luce degli orientamenti giurisprudenziali anglosassoni si assimilano i *punitive damages* alle sanzioni penali sul piano funzionale, il problema del divieto di *bis in idem* si pone particolarmente nell'ipotesi in cui, dopo la condanna penale, il danneggiato ottenga in sede civile anche la condanna ultracompensativa; secondo alcuni autori, analo-

---

<sup>459</sup> Anticipando quanto si dirà in seguito, tuttavia, la rigida distinzione tra area del penalmente e diritto civile non esclude che un rimedio civilistico possa in determinate ipotesi svolgere anche in parte obiettivi penalistici (e quindi pubblicistici) così come l'ipotesi inversa.

ga criticità non sussisterebbe, invece, laddove il danneggiato ottenga prima la condanna punitiva civilistica a cui segue quella penale<sup>460</sup>.

Intimamente legato al profilo sanzionatorio è poi il principio di proporzionalità, anch'esso di diretta derivazione costituzionale. Nel diritto civile, ogni somma che supera i limiti della perdita subita dal danneggiato rischia di risolversi in ingiustificato arricchimento e quindi nella sproporzione del rimedio risarcitorio.

In questa prospettiva i *punitive damages* che per loro natura e funzione prescindono dai pregiudizi sofferti dalla vittima dell'illecito, non rispondono alla logica della proporzionalità sottesa ai rimedi civilistici e grazie ad essi, il danneggiato finisce per conseguire un inaspettato guadagno<sup>461</sup>.

Altri profili di criticità sono legati alla imprevedibilità del *quantum* che, calcolato in base a parametri estremamente ampi e variabili, rischia di tradursi in disparità di trattamento tra casi analoghi e tra le vittime dello stesso illecito a seconda che queste abbiano o meno punti di contatto con ordinamenti che ammettono il risarcimento ultracompensativo.

Le indicate distinzioni, nette sul piano teorico e astratto, finiscono poi per rivelarsi estremamente incerte, sotto il profilo applicativo, nei singoli casi concreti in dipendenza della intrinseca mutevolezza degli stessi e della complessità degli ordinamenti giuridici contemporanei; si pensi soltanto alla difficoltà di distinguere, per il danno non patrimoniale, la componente del pregiudizio cui sia ascrivibile una funzione riparatoria rispetto a quella propriamente satisfattiva<sup>462</sup> e ai casi in cui non esiste un sistema di preventiva liquidazione del *quantum* risarcibile vincolante per la Corte decidente<sup>463</sup>.

Non è perciò da escludere che, in particolari situazioni, anche istituti civilistici tedeschi possano svolgere una funzione punitiva o, quantomeno, deterrente.

Muovendo dalle aperture derivanti dal diritto processuale internazionale, Kurt Siehr ha inizialmente provveduto a classificare i vari casi giurisprudenziali concernenti la delibera-

---

<sup>460</sup> Così MANGUS, *Punitive Damages and German Law*, in *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*, in *The Power of the Punitive Damages – Is Europe missing out?* op. cit., 247; nello stesso senso KOZIOL, *Punitive Damages – A European Perspective*, 68 LA. L. REV. 741, 2008, 751; VANLEENHOVE, op. cit., 349.

<sup>461</sup> MAGNUS, op. ult. cit., 247 – 248; KOZIOL, *Punitive Damages – A European Perspective*, op. cit., 751 – 752; VANLEENHOVE, op. cit., 349.

<sup>462</sup> Per cui si veda *infra*.

<sup>463</sup> Cfr. Per una panoramica sul punto CERINI, *Danno alla persone e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code Civil*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, 685 ss.



zione e dichiarazione di esecuzione di condanne al risarcimento dei *punitive damages* provenienti dal mondo anglosassone<sup>464</sup>.

L'autore ha evidenziato che i giudici tedeschi (e svizzeri) non avevano assunto orientamenti consolidati, ma soluzioni interpretative piuttosto eterogenee<sup>465</sup>: in passato, si oscillava tra decisioni che consentivano la piena delibazione delle sentenze straniere contenenti risarcimenti punitivi a quelle che ammettevano solo un parziale riconoscimento, fino alle decisioni che negavano totalmente l'esecuzione sul rilievo che le sentenze anglosassoni si ponessero in contrasto rispetto ai principi della *lex fori*.

In questo quadro giurisprudenziale frammentato ed eterogeneo, un importante chiarimento è stato fornito da una successiva pronuncia della Corte Suprema tedesca<sup>466</sup>.

Il caso deciso riguardava un cittadino tedesco<sup>467</sup> che, dopo avere lasciato gli Stati Uniti d'America per trasferirsi in Germania dove disponeva di ingenti proprietà immobiliari, veniva condannato in sede penale a una lunga pena detentiva negli USA per abusi sessuali ivi commessi in danno di un minore. In seguito alla condanna penale, la vittima degli abusi, indicata con lo pseudonimo "John Doe", agiva in sede civile ottenendo, con sentenza della *Superior Court of the State of California* del 24 aprile 1985<sup>468</sup>, la condanna del convenuto al risarcimento dei danni per un ammontare di 750.260 dollari (di cui 400.000 a titolo di *exemplary and punitive damages*) di cui chiedeva il riconoscimento e l'esecuzione in Germania.

Sebbene l'indicata decisione non specificasse in motivazione le modalità di quantificazione della condanna risarcitoria, dalla lettura dei verbali del processo si potevano agevolmente ricavare le componenti del *quantum* complessivamente liquidato: 260 dollari per le spese mediche già sostenute (*past medical damages*), 100.000 dollari per le spese

---

<sup>464</sup> SIEHR, *Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu "punitive damages"*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, pag. 705 e ss. cui si rinvia per gli estremi delle decisioni in argomento.

<sup>465</sup> Più recentemente TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof* (e non solo?), in *Studium iuris*, 3, 2017, pag. 317 e ss. osserva che in Germania, sebbene esistano precedenti eterogenei, essi non assumono una portata talmente dirimpante da superare il *dictum* della nota sentenza del BGH 4 giugno 1992, per la quale v. *infra*.

<sup>466</sup> BGH, sentenza 4 giugno 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 3086 ss., con note nella letteratura italiana di SARAVALLE, *I "punitive damages" nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1993, 867 ss.; SIRENA, *Il riconoscimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, 531 ss.; D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 383 ss. e, più recentemente, TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof* (e non solo?), cit., 317 ss.; v. anche JANNSEN, *The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards in Germany and Italy: Forever Divided?*, in *Contr. imp. eur.*, 2017, 48 ss.

<sup>467</sup> Tale soggetto, avendo vissuto in California, aveva acquisito la doppia cittadinanza (tedesca e americana).

<sup>468</sup> Sentenza sul caso *John Doe v. Eckhard Schmitz*, no. 168 – 588 non pubblicata.

mediche future (*future medical*), 50.000 dollari per le spese di una probabile futura sistemazione dell'attore (*cost of placement*), 100.000 dollari per il risarcimento per l'angoscia, i dolori e le sofferenze provate ed altri simili danni non patrimoniali (*anxiety, pain, suffering and general damages of that nature*). La sentenza prevedeva, inoltre, il pagamento di 400.000 dollari a titolo di “danni punitivi” (*exemplary and punitive damages*) – con specificazione che, in ragione del successo ottenuto e dell'ammissibilità in USA dei patti di quota lite, il 40 % del totale del risarcimento così liquidato era disposto in favore del difensore dell'attore –.

Il *Landgericht* (Tribunale) di *Düsseldorf* aveva dichiarato interamente esecutiva la sentenza statunitense in Germania, riconoscendo, oltre alla somma già liquidata, anche il pagamento degli interessi *medio tempore* maturati. Sull'appello proposto dal convenuto, la *Oberlandesgericht* (Corte d'appello) di *Düsseldorf* confermava la dichiarazione di esecutività per una somma ridotta.

La *Bundesgerichtshof* (vale a dire, la Corte Suprema tedesca, da ora per brevità BGH), con sentenza del 4 giugno 1992<sup>469</sup> ha dichiarato esecutive tutte le voci contenute nella decisione californiana e, tra queste, anche il notevole compenso del difensore fondato su un patto di quota lite che in Germania sarebbe nullo<sup>470</sup> e nel contempo negato esecutività soltanto ai *punitive damages* per violazione dell'ordine pubblico (§ 723, co. II, secondo periodo e § 328, co. I, n. 4 ZPO)<sup>471</sup>.

Per il BGH, contrasta con l'ordine pubblico tedesco “*la conclusione dell'applicazione del diritto straniero [che] si ponga in così forte contrasto con le concezioni fondamentali della normativa tedesca e con le idee di giustizia in essa contenute da risultare, dal punto di vista interno, intollerabile*”.

Dunque, non qualsiasi difformità tra diritto interno e diritto straniero deve essere ostacolata<sup>472</sup>, ma soltanto gli effetti giuridici di decisioni che si pongano in insanabile contrasto con i principi fondamentali desumibili dalla normativa interna.

---

<sup>469</sup> BGH, sentenza 4 giugno 1992 cit.

<sup>470</sup> TESCARO, op. cit., pag. 318 osserva che il BGH non ha posto alcun limite alla riconoscibilità e conseguente esecutività del danno non patrimoniale sebbene la relativa quantificazione, rispetto al diritto tedesco, dovesse considerarsi estremamente elevata e neppure alla componente del danno patrimoniale futuro (spese mediche future e costi di futura sistemazione del danneggiato che prescindevano dalla attuale intenzione del danneggiato di sottoporvisi o di farvi fronte).

<sup>471</sup> Secondo JANSSEN, *The Recognition and Enforceability of US – American Punitive Damages Awards in Germany and Italy: Forever Divided?*, in *Contr. imp. eur.*, 1, 2017, la Corte Suprema Federale tedesca ha continuato a mantenere, a differenza della Corte di Cassazione italiana, una concezione nazionale o interna di ordine pubblico ancorché non abbia del tutto escluso la compatibilità dell'istituto dei *punitive damages* con i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco.

<sup>472</sup> Si è visto infatti che i giudici hanno riconosciuto anche gli effetti che deriverebbero dal patto di quota lite nullo secondo il diritto tedesco o comunque una quantificazione dei danni non patrimoniali e patrimoniali futuri non in linea con i dettami del diritto civile tedesco.

Nell'articolata motivazione, dopo aver osservato che l'ordinamento civile tedesco prevede quale conseguenza di un'azione illecita soltanto il risarcimento del danno con funzione compensativa<sup>473</sup> e non anche l'arricchimento del danneggiato, la Corte ha ritenuto decisivo sottolineare che la funzione punitivo - pedagogica ascrivibile all'istituto dei *punitive damages* sia propria del diritto penale<sup>474</sup> e che non è ammissibile, all'interno di un ordinamento come quello tedesco, che un cittadino possa assumere la funzione di un pubblico ministero e pretendere che vengano comminate al danneggiante sanzioni pecuniarie per un illecito civile compiuto nei suoi confronti<sup>475</sup>.

Sebbene la funzione punitiva non sia del tutto estranea al diritto privato tedesco che conosce l'istituto della "penalità contrattuale"<sup>476</sup>, la Corte ha osservato che in quest'ultima fattispecie viene comunque in rilievo una pattuizione negoziale tra le parti che non interferisce sulla distinzione tra diritto penale e diritto civile, né incide sui principi su cui si poggia la responsabilità civile.

Ha altresì chiarito che i *punitive damages* non possono essere confusi o equiparati al risarcimento del danno morale o di quello non patrimoniale da lesione dei diritti della personalità.

Sia il danno morale che, in generale, quello non patrimoniale, hanno funzione compensativa<sup>477</sup>, diversamente dall'istituto proprio del diritto anglosassone che ha come funzione precipua la punizione dell'autore del danno e, in aggiunta, quella di costituire un deterrente nei confronti di quest'ultimo e della collettività intera (da cui la denominazione *punitive or exemplary damages*)<sup>478</sup>.

---

<sup>473</sup> Nel senso che il diritto della responsabilità civile in Germania ha in generale funzione compensativa, ma anche una funzione preventiva e deterrente, sebbene non penale MAGNUS, op. ult. cit., pag. 243 e ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici alla letteratura tedesca in argomento. In generale sulle funzioni della responsabilità civile in Germania v. *amplius* WAGNER, *Funktionen des Deliktsrechts, Münchener Kommentar zum BGB, sub § 823, München, 2017, 157 ss.*

<sup>474</sup> Per la Corte Suprema tedesca, alla luce dei lavori preparatori del BGB e della disciplina sostanziale e processualcivile, si può ricavare che "la punizione e – nel quadro della proporzionalità punitiva – la deterrenza sono possibili scopi della pena criminale [...], la quale come pena pecuniaria è attribuita allo Stato, non del diritto civile".

<sup>475</sup> Si richiama, in particolare, la concezione statunitense secondo la quale il danneggiato, agendo in giudizio, oltre a tutelare un interesse suo proprio, tutela anche l'interesse pubblico quasi che fosse una sorta di *private attorney* si rinvia *retro* alla teoria della *private retribution* cfr. nota 240.

<sup>476</sup> La clausola penale ha funzione sanzionatoria, ma essa va ricondotta all'autonomia privata dei contraenti, mentre i *punitive damages* anglosassoni si fondano su una valutazione discrezionale del giudice del fatto (giuria o giudice togato a seconda dei casi) sia per quanto riguarda l'*an* che il *quantum* della condanna ultracompensativa.

<sup>477</sup> La Corte Suprema afferma sul punto che la funzione soddisfattoria del danno non patrimoniale "è inscindibilmente collegata alla funzione al tempo stesso intrinsecamente compensativa della pretesa al risarcimento del danno non patrimoniale ed esprime sempre una determinata relazione personale, ingenerata attraverso il fatto dannoso, tra danneggiante e danneggiato".

<sup>478</sup> Secondo alcuni autori, tuttavia, il danno non patrimoniale non avrebbe funzione compensativa pura, ma sanzionatoria così GÖTHEL, *Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert: zugleich ein Beitrag gegen eine Straffunktion des Schmerzensgeldes*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2005,

Dal tenore letterale della pronunzia in esame non sembra del tutto esclusa la possibilità che sentenze contenenti condanne per “danni punitivi” possano essere rese esecutive anche in Germania.

In primo luogo perché le conclusioni della Corte Suprema sono limitate alle sentenze straniere contenenti risarcimenti punitivi “*di ammontare non irrilevante*” (sicché a contrario devono ritenersi riconoscibili quelle aventi condanne ultracompensative proporzionate) e, in secondo luogo, perché la motivazione non ha escluso che la condanna punitiva possa svolgere funzione compensativa con riferimento a danni immateriali<sup>479</sup>.

Se quindi la condanna punitiva è proporzionata e svolge, soprattutto, anche una funzione compensativa, può trovare riconoscimento in Germania<sup>480</sup>.

Il limite insuperabile, per il diritto tedesco, è l’idea che una misura civilistica possa essere diretta a perseguire interessi pubblicistici (propri del diritto penale) ulteriori rispetto alla compensazione del danneggiato<sup>481</sup>.

Nella fattispecie concreta esaminata dai Supremi giudici, tuttavia, il risarcimento del danno non patrimoniale era già stato considerato e ristorato pienamente dalla sentenza statunitense, dato che era stata prevista una componente della condanna pecuniaria a titolo di *pain and suffering*.

Le conclusioni sarebbero state diverse se, attraverso la condanna al risarcimento dei *punitive damages*, in ottica compensativa, fossero stati risarciti *gli «svantaggi economici*

---

36 ss. e una così netta separazione tra civile e penale non sembrerebbe tracciabile sul piano storico cfr. KOZIOL, *Some Reflections on Punitive Damages*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2012, 337 ss. Anche nei repertori giurisprudenziali si riscontrano decisioni che prevedono risarcimenti frequentemente non compensativi cfr. BEHR, *Punitive Damages in American and German Law – Tendencies Toward Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, in *Chicago-Kent Law Review*, 130 ss.; WAGNER, op. cit., 158 ss.

<sup>479</sup> «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». Nel senso che i *punitive damages* possono svolgere la funzione di rimuovere gli ostacoli che impediscono di ottenere una piena compensazione del danneggiato dipendenti da plurime cause con riguardo al contesto europeo cfr. *amplius* MEURKENS, *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*, in *The Power of the Punitive Damages – Is Europe missing out?*, a cura di Lotte Meurkens – Emily Nordin, Cambridge, 2012, pag. 3 – 50.

<sup>480</sup> Sotto questo profilo si pone la questione di stabilire in base a quali parametri possa affermarsi che un risarcimento punitivo sia proporzionato rispetto al danno compensativo; in tal senso cfr. FERRARI, op. cit., pag. 281. Secondo VANLEENHOVE, op. cit., pp. 356 e 390, sarebbero compatibili col diritto tedesco i risarcimenti punitivi proporzionati e diretti ad assicurare la pienezza ed effettività del ristoro in Germania, a condizione che non si superi il rapporto di 1:1 rispetto ai danni compensativi.

<sup>481</sup> Nell’ordinamento tedesco appare inaccettabile rispetto ai principi fondamentali del diritto civile la ammissibilità di una condanna pecuniaria al pagamento che non abbia la funzione di consentire l’effettiva compensazione di un danno subito. Così la Corte Suprema “secondo la prospettiva tedesca, le sanzioni che perseguono finalità di punizione e di deterrenza, ovvero sia la protezione dell’ordinamento giuridico in genere, sono invece da ricondurre, in linea di principio al monopolio punitivo dello Stato [...] e appare intollerabile che, nell’ambito di una sentenza civile, si imponga un rilevante pagamento monetario che non mira alla riparazione del danno, bensì a tutelare interessi della collettività, e che potrebbe essere comminato in aggiunta a una pena criminale per la medesima trasgressione”.

*non compensati separatamente o di difficile prova»* ovvero altri danni immateriali purchè, diversamente dal caso in esame, di tali danni fosse stata fatta menzione nella sentenza straniera.

Dalla decisione in commento si ricava che, in ottica internazionalprivatistica, la valutazione di compatibilità dell'istituto straniero con i principi fondamentali del diritto civile tedesco postula anzitutto un'analisi approfondita, caso per caso (in dipendenza della mutevolezza delle soluzioni statali USA sul tema, nonché delle motivazioni delle sentenze straniere), dei *punitive damages* in concreto irrogati nella sentenza di condanna secondo il diritto anglosassone.

Tale limitata apertura verso i *punitive damages* è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale federale (*Bunderverfassungsgericht*) che ha riconosciuto la compatibilità dell'istituto anglosassone con i principi dell'ordinamento tedesco purchè finalizzati a garantire la riparazione di danni immateriali non altrimenti risarcibili e specificato che la comminazione dei risarcimento punitivi, di per sé considerata, non lede i principi irrinunciabili di uno Stato di diritto.<sup>482</sup>

Pertanto, dalla attenta lettura della decisione in commento e dall'esame complessivo sistema giuridico tedesco, contrariamente a quanto ritenuto da alcuni autori<sup>483</sup>, non sembra possibile affermare in maniera netta l'esistenza di un atteggiamento di totale chiusura rispetto a rimedi civilistici non compensativi<sup>484</sup>.

Basti, a tal proposito, ricordare che la Corte Costituzionale tedesca, nel lontano 1973, individuava anche una funzione non compensativa nel risarcimento del danno non patrimoniale<sup>485</sup> e che in diverse occasioni la Corte Suprema Federale ha affermato che secondo il diritto civile tedesco, in particolari ipotesi di lesione dei diritti della personalità, il risarcimento del danno non mira semplicemente a ristorare il pregiudizio patito (di difficile quantificazione economica), ma ha anche una funzione satisfattiva (*Genugtuung*) e preventiva.

Per assicurare una "adeguato" ristoro della vittima dell'illecito e alla luce del concetto di soddisfazione (*Genugtuung*), si è dunque ammessa la possibilità di incrementare l'entità del risarcimento allorquando la condotta del danneggiante sia particolarmente

---

<sup>482</sup> *BverfG, Beschl.* 17 dicembre 1994, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 649; *BverfG*, 24 gennaio 2007, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2007, 211 ss.

<sup>483</sup> FIEBIG, *The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments*, in *22 Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1992, pag. 635 e ss.

<sup>484</sup> FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, pag. 276 e ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici dalla letteratura di lingua tedesca sul tema.

<sup>485</sup> Caso Soraya citato da FERRARI, op. cit., pag. 276 nota n. 11.

riprovevole perché solo in questa maniera si potrà realizzare una effettiva compensazione.

In quest'ottica si iscrive il celebre caso di Caroline di Monaco I<sup>486</sup> ove la Corte Suprema tedesca, successivamente alla decisione di cui sopra, non ha esitato a liquidare i danni risarcibili in relazione ai profitti illecitamente conseguiti dal danneggiante, applicando nella sostanza parametri non compensativi.

Anche nella successiva giurisprudenza tedesca si riscontra un'analogia tendenza; ad esempio, in materia di lesione dei diritti della personalità realizzata a mezzo stampa, spesso le corti, nel liquidare il danno risarcibile, si dimostrano particolarmente sensibili ad utilizzare parametri come la finalità di profitto, il grado di colpevolezza del danneggiante, le modalità della condotta illecita e a graduare la misura del risarcimento in funzione della "gravità della condotta" in maniera non dissimile dagli *aggravated damages* inglesi<sup>487</sup>.

Lo stesso percorso argomentativo è stato condotto con riferimento alle discriminazioni fondate su ragioni di sesso tra uomini e donne alla luce della disciplina di derivazione europea di cui alla direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 76<sup>488</sup>.

Dalle predette considerazioni di diritto sostanziale sembrerebbe potersi ricavare, in prospettiva internazionalprivatistica, la piena compatibilità di risarcimenti punitivi nordamericani per danni non patrimoniali che svolgano funzione analoga al risarcimento del danno dignitario in fattispecie simili a quelle già decise dalla giurisprudenza interna tedesca<sup>489</sup>.

A livello europeo, il Regolamento 12 dicembre 2012, n. 1215, cd. Regolamento *Bruxelles I bis*, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, applicabile a partire dal 10 gennaio 2015<sup>490</sup> ha abrogato l'obbligo di *exequatur*<sup>491</sup> e ha esteso l'istituto del titolo esecutivo europeo al di là della normativa di settore nelle quali aveva fino ad allora trovato applicazione disponendo che "la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in

---

<sup>486</sup> Già citato in nota 60 a cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>487</sup> Anche in questo caso si rinvia *retro* al par. 3.

<sup>488</sup> Sul punto si rinvia *amplius* a FERRARI, op. cit., pag. 278 e ss.

<sup>489</sup> In tal senso sempre FERRARI, op. cit., pag. 279 che cita a riguardo anche la decisione della Corte Costituzionale tedesca BVerfG 24 gennaio 2007, 34 EuGRZ 234 come esempio di ulteriore apertura verso rimedi civilistici non compensativi (o solamente tali).

<sup>490</sup> Art. 81, comma 2

<sup>491</sup> Procedura intermedia necessaria, ai sensi del Regolamento 44/2001, cd. Bruxelles I, affinché un titolo giudiziario esecutivo in uno Stato membro potesse avere effetti anche negli altri Stati membri. L'art. 36 del Regolamento Bruxelles Ibis dispone che "La decisione emessa da uno Stato membro è riconosciuta in altro Stato membro senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare".

*tale Stato è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività*”<sup>492</sup>.

Tuttavia, “*ogni parte interessata*” - nelle ipotesi di cui all’art. 45, tra cui figura, alla lettera a), il “*manifesto contrasto con l’ordine pubblico dello Stato membro richiesto*” già previsto nel Regolamento *Bruxelles I*, all’art. 34 - può avviare apposita procedura per ottenere il diniego del riconoscimento.

Quindi nello spazio giudiziario europeo, pur vigendo la regola della automatica riconoscibilità ed esecuzione delle sentenze straniere, ben potrebbe porsi, in via successiva, un giudizio diretto ad ottenere il disconoscimento di siffatta efficacia nei confronti di una sentenza emessa da giudici di uno Stato membro.

Si segnala, a tal proposito, la recente decisione del *Bundesgerichtshof* Sez. IX, 22/06/2017, n. 61 che si è occupata della riconoscibilità ed eseguibilità in Germania di una sentenza italiana recante la condanna per lite temeraria *ex art. 96*, terzo comma, c.p.c., assimilabile a un risarcimento punitivo.

Secondo il *Bundesgerichtshof*, la sentenza italiana in esame contenente il capo di condanna *ex art. 96*, comma 3, c.p.c.<sup>493</sup>, non si pone in contrasto con i principi di ordine pubblico tedesco né inteso in una dimensione sostanziale, né in chiave processuale.

Sotto il profilo processuale, la Corte ha osservato che la previsione legislativa di misure dirette a sanzionare l’abuso della condotta processuale di una parte non si pone in contrasto con i principi del giusto processo; lungi dall’impedire od ostacolare l’accesso alla tutela giurisdizionale, le indicate misure pecuniarie finiscono piuttosto per garantire l’efficienza del sistema processuale sanzionando condotte processuali che si rivelano temerarie<sup>494</sup>.

Norme simili al comma 3 dell’art. 96 c.p.c. sono del resto presenti anche nell’ordinamento processuale tedesco (par. 34 BverfG e par. 192 SGG) e sono caratterizzate dalla fissazione di limiti massimi alla “sanzione” diversamente da quanto avviene in Italia in cui il comma 3 cit., per rimettere al giudice la determinazione del *quantum*, può essere assimilata a una “pena privata” giudiziale<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> Art. 39.

<sup>493</sup> Nel caso esaminato, la decisione italiana della quale veniva chiesto il riconoscimento ed esecuzione in Germania aveva condannato la parte soccombente al pagamento di 15.000 euro *ex art. 96*, terzo comma, c.p.c. pari esattamente all’ammontare delle spese processuali poste a carico sempre della stessa parte.

<sup>494</sup> D’ALESSANDRO, *Sentenze straniere – la responsabilità ex art. 96, 3° comma, c.p.c. al vaglio della Corte Suprema tedesca*, in *Giur. it.*, 2017, 11, 2394 ss., nel commentare la decisione in esame, richiama in nota n.1 alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo che hanno riconosciuto la piena compatibilità delle condanne pecuniarie civili dirette a sanzionare gli abusi processuali rispetto al principio del giusto processo di cui all’art. 6 della CEDU.

<sup>495</sup> Diffusamente, D’ALESSANDRO, op. ult. cit., 2394 ss..

La Corte Suprema tedesca non ha negato che la misura *de qua* ha una componente sanzionatoria come riconosciuto dalla stessa corte costituzionale italiana<sup>496</sup> e, tuttavia, ha ritenuto che essa non contrasti con l'ordine pubblico tedesco qualora, come nel caso esaminato, non sia sproporzionata e sia comminata in fattispecie nelle quali sia impossibile o estremamente difficile per il danneggiato provare l'esistenza di un pregiudizio già ristorabile ai sensi dei primi due commi dell'art. 96 c.p.c.<sup>497</sup>.

In dipendenza degli indicati orientamenti, sembra che, rispetto al precedente arresto del 1992, anche in Germania si stiano delineando segnali di maggiore apertura verso il riconoscimento di istituti stranieri con funzione sanzionatoria.

In altri termini sembra che, sul modello di recenti decisioni adottate da altre Corti Supreme europee, ai fini della riconoscibilità ed esecuzione della condanna straniera ultracompensativa assuma rilievo non tanto la funzione da essa svolta (eventualmente anche compensativa o solo punitiva), quanto piuttosto l'osservanza del principio di proporzionalità che il giudice dello Stato richiesto dovrà valutare caso per caso<sup>498</sup>.

Per quanto concerne il diritto svizzero, come in Germania, di regola la responsabilità civile ha funzione riparatoria e l'ordinamento tende a non recepire pronunce statunitensi recanti la condanna ai *punitive damages* laddove assolvano funzioni pubblicistiche assimilabili a quelle del diritto penale (di deterrenza e di punizione)<sup>499</sup>. Anche in tal caso,

---

<sup>496</sup> Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Dir. & Giust.*, 2016, 24.

<sup>497</sup> Come si vedrà meglio successivamente, la Corte costituzionale nella sentenza citata nella nota precedente ha evidenziato che il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. prevede una misura civilistica di carattere sanzionatorio come si evince dal dato letterale della disposizione in esame "pagamento di una somma" rispetto a quanto il legislatore ha previsto nei due commi precedenti "risarcimento dei danni". L'indicata misura, con finalità deflattiva, è posta a tutela di un interesse generale perchè diretta a sanzionare un abuso processuale; è collegata alla pronuncia sulle spese di cui all'art. 91 c.p.c. e può essere applicata dal giudice di ufficio a prescindere da domanda di parte. Poichè posta a tutela di interessi generali avrebbe potuto essere destinata allo Stato piuttosto che alla parte vittima dell'abuso, ma l'attuale configurazione legislativa dell'istituto non appare manifestamente irragionevole *in parte qua* sicchè il Giudice delle leggi non ha potuto censurare l'esercizio della discrezionalità legislativa con riguardo alla disciplina delle spese processuali. Tale componente sanzionatoria garantisce maggiore effettività e deterrenza all'istituto poichè la parte vittoriosa procederà normalmente alla riscossione della condanna in maniera molto più rapida e certa rispetto al soggetto pubblico. La Corte costituzionale ha però riconosciuto una concorrente finalità indennitaria del pregiudizio subito dalla parte vittoriosa in giudizio in tutti i casi in cui sia impossibile o estremamente difficoltoso provare l'*an* o il *quantum* del danno subito ai sensi dei primi commi dell'art. 96 c.p.c. Analoga finalità sanzionatoria, concorrente con quella indennitaria, aveva anche l'abrogato art. 385 c.p.c.

<sup>498</sup> Come si è visto nel caso di specie la condanna per lite temeraria era esattamente pari a quella delle spese processuali; rimane però il dubbio se possa considerarsi proporzionata una eventuale condanna *ex* art. 96, terzo comma, c.p.c. che sia un multiplo di quella dovuta per le spese dal soccombente. Così D'ALESSANDRO, op. ult. cit., in nota 7. Per ulteriori problemi applicativi che pone il principio di proporzionalità in sede di *exequatur* si veda anche *infra* il paragrafo dedicato alla esperienza giuridica francese.

<sup>499</sup> Per la giurisprudenza rilevante in tema di riconoscimento di sentenze USA recanti la condanna ai *punitive damages* e gli orientamenti non sempre omogenei della giurisprudenza svizzera e sulle varie posizioni dottrinali in materia si rinvia a SARAVALLE, I "punitive damages" nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali, in *Riv. dir. int. proc. Civ.*, 1993, pag. 867 e ss.; CRESPI RIGHEZZI, *Sulla*



la giurisprudenza mostra segnali di apertura, invece, qualora si tratti di riconoscere sentenze straniere che condannano ai *punitive damages* per assicurare una protezione piena ed effettiva ai diritti protetti anche dalla legislazione interna svizzera (particolarmente nei casi di *under compensation*). Come in Germania, anche in Svizzera, si ammette che i rimedi civilistici possano avere una funzione di retroversione dei profitti conseguiti dall'autore dell'illecito<sup>500</sup>.

---

*contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna ai punitive damages*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2002, pag. 984 e ss.; SIROTTI GAUDENZI, *La tutela del contraente debole e del lavoratore*, in *Lavoro e previdenza oggi*, pag. 408.

<sup>500</sup> TOCCI, op. cit., pag. 103 ricorda che, con riferimento agli illeciti *antitrust*, la legislazione svizzera a partire dal 1996 ammette oltre al risarcimento del danno compensativo anche la condanna alla restituzione dei profitti illecitamente ottenuti dal danneggiante o dai danneggianti. Il che naturalmente, sul piano internazionale privatistico, dovrebbe consentire la riconoscibilità di sentenze statunitensi che prevedano l'applicazione per medesimi illeciti *antitrust* dei *treble damages*. BROGGINI, *Compatibilità delle sentenze statunitensi di condanna ai "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, pag. 484.

### 3. L'esperienza francese in tema di risarcimenti esemplari e i recenti progetti di riforma del *Code Civil* con riguardo alla responsabilità civile.

Il sistema francese della responsabilità civile, al pari di quello tedesco<sup>501</sup>, si fonda sul principio della riparazione integrale del danno risarcibile e si sostanzia nella celebre affermazione, più volte ribadita dalla *Cour de cassation*, secondo cui *le propre de la responsabilité civile est de retablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit*<sup>502</sup>.

Anche in Francia il compito di sanzionare e prevenire condotte antigiusuridiche appartiene al diritto pubblico o ad altri istituti civilistici come la clausola penale e l'*astreinte*<sup>503</sup>.

Per ragioni storiche<sup>504</sup> il risarcimento del danno ha funzione prettamente compensativa e non punitiva o restitutoria<sup>505</sup> e perciò la sua misura non dipende né dalla gravità della

---

<sup>501</sup> Pur derivando entrambi dal diritto romano il Codice Civile francese e quello tedesco si distinguono nettamente quanto al regime della responsabilità civile. Il *Code Civil* prevede il principio di atipicità del fatto illecito coerentemente con il pensiero giusnaturalistico che, a partire da Grozio, aveva enunciato il principio del *neminem laedere*, mentre il BGB tedesco, sul modello delle fonti romane, opta per il principio di tipicità. A partire dagli ultimi decenni del secolo scorso in Francia si è assistito al progressivo superamento della coincidenza tra la nozione di “danno” di cui all’art. 1382 c.c. con quella di lesione di un diritto soggettivo e, a partire dagli anni '30 del secolo scorso, di lesione di un interesse legittimo giuridicamente protetto. Pertanto nell’ordinamento civile francese anche la lesione di una situazione di fatto non protetta dall’ordinamento o di un interesse semplice costituisce un danno risarcibile. V. FERRARI, *tipicità e atipicità del fatto illecito*, in *Atlante di diritto privato comparato*, op. cit., 155 – 158. Se quindi il giudice francese vuole escludere la responsabilità dovrà accertare che nel caso concreto non si sia prodotto alcun danno. Così CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, op. cit. 56. Oggi, per effetto dell’art. 2 della *Ordonnance* 10 febbraio 2016, n. 131 il testo dell’originario art. 1382 c.c., che è rimasto invariato, si trova nell’art. 1240 c.c.

Per i progetti di riforma della responsabilità civile in Francia v. *infra*.

<sup>502</sup> Così Cass. Civ., II, 28 ottobre 1954, in *JCPG* 1955, II, 8765, prima decisione che lo ha affermato espressamente. Nello stesso senso successivamente Cass. Civ., II, 8 maggio 1964, n. 358; Cass. Civ., II, 8 aprile 1970, n. 68-13.969; Cass. Civ., II, 9 luglio 1981, n. 156; Cass. Civ., II, 5 luglio 2001, n. 135; Cass. Com., 10 gennaio 2012, n. 10-26.837.

La funzione compensativa che rileva tanto per il risarcimento del danno da inadempimento quanto da fatto illecito, ha origine pretoria non avendo il legislatore francese previsto specifiche disposizioni codicistiche per la valutazione del pregiudizio ristorabile. Diffusamente, sul punto, CATTALANO-CLOAREC, *Lo stato dell’arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contr. imp. eur.*, 2017, 12 e ss.

<sup>503</sup> Cfr. CATTALANO-CLOAREC, op. cit., pag. 14 secondo cui clausola penale e *astreinte* sono configurati dalla dottrina come vere e proprie pene private previste dal legislatore. Con riferimento al diritto penale, l’autore osserva che l’*amende*, pur avendo ad oggetto il pagamento di determinate somme di denaro, si distingue profondamente dal risarcimento del danno civilistico perché, diversamente da questo, è irrogata dal giudice penale nell’ambito di un processo promosso dal PM che rappresenta lo Stato ed è destinata al Tesoro pubblico.

<sup>504</sup> A partire dalla seconda metà del XI secolo, con il consolidamento della distinzione tra azioni penali e reipersecutorie, si assiste in Francia alla netta separazione tra giurisdizione penale e civile.

Durante il periodo rivoluzionario si verifica una svolta fondamentale. In contrapposizione con l’*Ordonnance criminelle* del 1670, l’Assemblea Costituente, con legge 16 – 21 settembre 1791, attribui al popolo francese il potere di accusare e giudicare se stesso attuando un ideale di democrazia processuale diretta che portò a una profonda riforma della procedura penale. Il coinvolgimento diretto dei cittadini nell’esercizio della funzione giurisdizionale, non limitato alle sole fasi dell’accusa e dell’istruzione probatoria, l’assenza di giudici togati realmente terzi e imparziali e comunque la loro impotenza rispetto

---

alle decisioni assunte dalle giurie popolari, finirono per provocare numerosi abusi durante il periodo rivoluzionario. Il nuovo modello processuale ebbe vita breve che coincise largamente con gli anni del Terrore durante i quali l'amministrazione della giustizia fu piegata al perseguimento di fini politici, piuttosto che a tutelare i diritti inviolabili sanciti dalla Dichiarazione del 1789.

Già nel 1795 il Codice dei delitti e delle pene di Brumaio privò definitivamente i cittadini francesi del potere di azionare in giudizio le violazioni dell'ordine sociale sancendo la netta distinzione tra *action publique* e *action privée*. L'art. 5 prevedeva, infatti, *L'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social*, e il successivo art. 6 che *l'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé*. Ai privati ormai competeva solamente la tutela dei propri interessi individuali e non più di quelli sociali.

Si avviò così la fase della restaurazione quale risposta agli anni del Terrore, compiutamente realizzata dal Direttorio, che vide riattribuire al potere esecutivo tutte le prerogative che erano state momentaneamente sottratte negli anni rivoluzionari. Con legge del 27 gennaio 1801 venne restituito ogni potere di accusa al Governo e ripristinata la figura del pubblico ministero così diffusamente QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., 44 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

La netta separazione tra sanzione civile ancorata al principio di legalità e funzione riparatoria della responsabilità civile retta dal principio di atipicità dell'illecito civile si rinviene chiaramente nelle disposizioni del *Code Civil* (art. 1382 c.c.) come sottolinea VINEY, *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, 2 ed., Paris, 1995, 16 ss. La codificazione francese scolpisce positivamente la dicotomia tra funzione repressiva penale e funzione riparatoria della responsabilità civile delle situazioni giuridiche soggettive individuali lese. A tal riguardo anche il primo articolo delle *Disposizioni preliminari* al *Code d'Instruction criminelle* del 1808 sanciva chiaramente *L'action pour l'applicazione des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage*.

Sul declino del significato morale – sanzionatorio della responsabilità civile cfr. *amplius* VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965. La scelta di attribuire alla responsabilità civile una funzione meramente compensativa può quindi leggersi come una “*reazione antidemocratica, valsa non soltanto a restringere il novero dei soggetti legittimati a curare l'effettività dei principi, ma a limitare altresì l'applicabilità di questi ultimi nei rapporti di diritto privato*” così QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., 51.

<sup>505</sup>Sull'incompatibilità tra il risarcimento restitutorio e punitivo con la riparazione integrale, diffusamente, LEDUC, *La notion de dommages et intérêts punitifs*, in *Nuovo diritto civile*, 2, 2017, 236 ss. Secondo l'autore, intesa in senso ampio, l'espressione *dommages et intérêts punitifs* designa una pluralità di ipotesi differenti accomunate dalla sola circostanza che la condanna pecuniaria prescinde dalla osservanza del principio della riparazione integrale del pregiudizio subito dal danneggiato e si fonda, piuttosto, sulla gravità e riprovevolezza del fatto commesso oppure sui profitti conseguiti dall'autore dell'illecito. Devono quindi ricomprendersi all'interno della categoria così ampiamente definita i *dommages et intérêts exemplaires*, *dommages et intérêts restitutoires* e l'*amende civile* che a loro volta possono costituire oggetto di ulteriori ibridazioni e variazioni. Ad avviso di LEDUC, op. ult. cit., 229 ss., mentre le versioni pure di *dommages et intérêts exemplaires*, *dommages et intérêts restitutoires* sono incompatibili con il principio della riparazione integrale del danno, l'*amende civile* invece lo è pienamente, così LEDUC, op. ult. cit., 229 ss. Sotto il profilo funzionale, i primi soggiacciono al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* perché sanzionano e puniscono l'autore di illeciti particolarmente gravi e riprovevoli; i secondi hanno un fondamento equitativo e correttivo (*lucrum malum aequale dispendio*) perché evitano che l'autore ricavi dall'illecito un profitto netto superiore al danno risarcito e per essi non sussiste alcuna necessità di garantire l'osservanza del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. L'*amende civile* è una pena pecuniaria applicata dal giudice civile che condivide con i *dommages et intérêts exemplaires* la funzione sanzionatoria e soggiace, per espressa previsione della giurisprudenza francese, al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* (in tal senso C. const., 13 gennaio 2011, n. 2010 – 85 QPC) da cui consegue la necessità che siano previsti in maniera chiara i fatti cui si applica e il relativo ammontare. E' commisurata alla gravità della condotta o al profitto conseguito ed è attribuita alla collettività e mai al danneggiato che, non potendo beneficiarne, non ha interesse a richiederla in giudizio. L'*amende civile* dovrà essere allora disposta d'ufficio o su richiesta del PM.

Da queste configurazioni di base, possono sorgere diverse ibridazioni.

Può darsi anzitutto l'ipotesi in cui di fronte a una condanna pecuniaria punitiva, commisurata alla gravità del fatto, si preveda che parte di essa sia destinata alla vittima dell'illecito (come nei *punitive damages*) e altra parte alla collettività (come l'*amende civile*). Allo stesso modo ben può darsi che la misura restitutoria, commisurata al solo profitto illecito, sia destinata in parte alla vittima (come nei risarcimenti restitutori) e in parte alla collettività (come nell'*amende civile*). Tuttavia se il profitto viene sottratto interamente

colpa o dal dolo del danneggiante, né dall'eventuale profitto conseguito dall'autore dell'illecito, bensì unicamente dall'ammontare del pregiudizio subito dal danneggiato<sup>506</sup>.

Tuttavia, la rigida e netta distinzione di funzioni appartenenti a istituti giuridici inquadabili nelle diverse branche del diritto considerate, non sembra pienamente in linea con la complessità che connota il quadro normativo e gli orientamenti giurisprudenziali attualmente vigenti in Francia poiché sia sul versante del diritto positivo interno, sia sul terreno del diritto processuale internazionale, si ammette che, a certe condizioni, il risarcimento possa non essere parametrato esclusivamente al principio della riparazione integrale del danno<sup>507</sup> che assume comunque ruolo centrale e dominante nel sistema della responsabilità civile. Ne sono riprova i recenti progetti di riforma del *Code Civil* che hanno dedicato specifiche disposizioni a istituti civilistici non compensativi (per cui v. *infra*). Nella stessa dottrina francese, del resto, il dibattito intorno alle cd. pene private non si è mai sopito<sup>508</sup>.

Sul versante legislativo sono presenti numerose specifiche disposizioni che assegnano al risarcimento non sempre una funzione puramente compensativa, ma anche restitutoria e/o punitiva a seconda dei casi.

Per la contraffazione, il Codice della proprietà intellettuale (L. 29 ottobre 2007, n. 1544) emanato in attuazione del diritto europeo (Direttiva CE 29 aprile 2004 n. 48 cd. *enforcement*)<sup>509</sup>, attribuisce al giudice il potere di determinare l'ammontare del danno risarci-

---

all'autore dell'illecito per essere destinato alla collettività (come avviene nella confisca), il danneggiante viene riportato esattamente nella situazione antecedente l'illecito (senza averne guadagnato, ma neppure averne perso nulla dal suo patrimonio) e al tempo stesso la parziale deviazione del profitto evita ingiustificati arricchimenti eccessivi della vittima a vantaggio della collettività. Ulteriori ibridazioni sono astrattamente configurabili, ma pare opportuno evidenziare che la scelta tra l'uno o l'altro modello si fonda su logiche di politica legislativa differenti. Se si vuole privilegiare l'aspetto sanzionatorio si opterà per la scelta di una *amende civile* o un risarcimento punitivo, mentre se si vuole seguire una logica correttiva si privilegeranno i risarcimenti restitutori.

<sup>506</sup> Cfr. Cass. II civ., 8 maggio 1964, in *Gaz. Pal.*, 1964, 2, 233 ss.; Cass. com., 21 febbraio 2012, n. 10-27966. In dottrina, LEDUC, *La notion de dommages et intérêts punitifs*, in *Nuovo diritto civile*, 2, 2017, cit., 236 ss.

<sup>507</sup> Cfr. diffusamente BORGHETTI, *Punitive Damages in France*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspectives*, op. cit., 56 – 66. Nello stesso senso anche di recente PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, 2, 258 ss.

<sup>508</sup> Sul punto cfr. *amplius* STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947; CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., Paris, 1995; CHABAS, *La pena privata in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 352 ss. Per ulteriori riferimenti sul dibattito intorno ai *punitive damages* in Francia v. *amplius* BORGHETTI, *Punitive Damages in France*, op. cit., 55 ss.

<sup>509</sup> E' molto importante segnalare quanto specificato dal considerando n. 26 della citata Direttiva n. 48/2004 sul punto: "Allo scopo di rimediare al danno cagionato da una violazione commessa da chi sapeva, o avrebbe ragionevolmente dovuto sapere, di violare l'altrui diritto, è opportuno che l'entità del risarcimento da riconoscere al titolare tenga conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali la perdita di

bile avendo riguardo anche al profitto conseguito dall'autore dell'illecito (cfr. art. L 331 – 1 – 3<sup>510</sup> per il diritto di autore e artt. L. 521-7<sup>511</sup>, L. 615-7 e L. 716-14 per i brevetti e i marchi). Lo stesso Codice, all'art. L 331 – 1 – 4<sup>512</sup>, prevede che il giudice civile possa ordinare la confisca di tutti i profitti ottenuti dall'autore della contraffazione, al di là e indipendentemente dalla perdita sofferta dal danneggiato<sup>513</sup> destinandoli a beneficio di quest'ultimo.

---

*guadagno subita dal titolare dei diritti o i guadagni illeciti realizzati dall'autore della violazione e, se del caso, eventuali danni morali arrecati. In alternativa, ad esempio, qualora sia difficile determinare l'importo dell'effettivo danno subito, l'entità del risarcimento potrebbe essere calcolata sulla base di elementi quali l'ammontare dei corrispettivi o dei diritti che l'autore della violazione avrebbe dovuto versare qualora avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale (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 relative ricerche)".*

<sup>510</sup> L'art. L 331 – 1 – 3, modificato per effetto dell'art. 2 legge 11 marzo 2014, n. 315, prevede:

*Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :*

*1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;*

*2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;*

*3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits.*

*Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.*

<sup>511</sup> L'art. 521 -7, modificato per effetto dell'art. 2 legge 11 marzo 2014, n. 315, dispone:

*Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :*

*1° Les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;*

*2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;*

*3° Et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de la contrefaçon.*

*Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.*

Analoga formulazione hanno i successivi articoli L. 615-7 (per i brevetti) e L. 716-14 (per i marchi).

<sup>512</sup> *“En cas de condamnation civile pour contrefaçon, atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur de bases de données, la juridiction peut ordonner, à la demande de la partie lésée, que les objets réalisés ou fabriqués portant atteinte à ces droits, les supports utilisés pour recueillir les données extraites illégalement de la base de données et les matériaux ou instruments ayant principalement servi à leur réalisation ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée.*

*La juridiction peut aussi ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise.*

*Les mesures mentionnées aux deux premiers alinéas sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte aux droits.*

*La juridiction peut également ordonner la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, l'atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur de bases de données, qui seront remises à la partie lésée ou à ses ayants droit”.*

<sup>513</sup> Così BORGHETTI, op. cit., 58.

In tali fattispecie alla funzione riparatoria del rimedio si aggiunge *ex lege* una chiara finalità restitutoria.

L'allontanamento dal principio della riparazione integrale è ulteriormente confermato dalla previsione secondo cui la parte danneggiata può, in alternativa, chiedere al giudice di disporre il risarcimento sotto forma di condanna al pagamento di una somma forfettaria<sup>514</sup>.

Esistono altre specifiche previsioni legislative di sanzioni civili<sup>515</sup>, con funzione punitiva, distinte da quelle penali e amministrative.

Si pensi alla numerose ipotesi di *amende civile* concepite *ex lege* per sanzionare abusi e destinate, a seconda dei casi, al Tesoro o ad appositi fondi pubblici.

Vengono così in rilievo l'art. L. 442 – 6 I del *Code de Commerce* con riferimento alle intese restrittive della concorrenza<sup>516</sup> e numerose previsioni del codice di procedura civile (artt. 32 – 1, 207, 295, 305, 559, 581, 628, 1216, 1180 - 19)<sup>517</sup> che sanzionano, con una ammenda civile predeterminata nel suo ammontare massimo, condotte processuali abusive o dilatorie delle parti in qualsiasi grado del processo<sup>518</sup>.

Ulteriori disposizioni aventi analoga funzione sono contenute negli artt. R121-22 (V) 3 R324-8 (V) per le esecuzioni civili e all'art. R3252-25 del codice del lavoro.

---

<sup>514</sup> È interessante notare che per il contraffattore sono previste anche rigorose sanzioni penali (per cui v. art. 615 – 12 – 615 – 16 CPI) che si aggiungono ai rimedi civilistici invocabili per lo stesso fatto.

<sup>515</sup> Ritiene che la clausola penale possa rientrare in questa categoria così come altre ipotesi di sanzioni previste dalla legge che possono essere applicate da una Corte in sede civile purchè il medesimo fatto non costituisca reato MAHÈ, *Punitive damages in the competing reform drafts of the french civile code*, in *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, op. cit., pag. 260.

<sup>516</sup> Cfr. PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 260 il quale ricorda che tale disciplina comporta la possibilità di condannare l'/gli autore/i dell'illecito alla restituzione del profitto a cui si applica un coefficiente moltiplicatore entro i limiti fissati dal legislatore. La disposizione citata, introdotta dalla legge 4 agosto 2008, n. 776, prevede testualmente: “*Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en oeuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation*”.

<sup>517</sup> Modificate dall'art. 67 del Decreto 6 maggio 2017, n. 892 recante *Diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile*.

<sup>518</sup> Per il riconoscimento di tale ammenda, che si aggiunge al risarcimento del danno subito dalla controparte, non è sempre necessario fornire la prova rigorosa della mala fede o del dolo dell'attore o convenuto cfr. in tal senso AA. VV., *Punitive damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism*, in *European Business Law Review*, vol. 27, 1, 2016, 154.

In materia di lesione dei diritti della personalità e di risarcimento del danno non patrimoniale con riferimento ai quali il legislatore francese non ha previsto specifici criteri di liquidazione<sup>519</sup>, le obiettive difficoltà sottese alla quantificazione in termini economici della sofferenza umana, hanno indotto la giurisprudenza di merito a valorizzare la condotta riprovevole del danneggiante e il profitto conseguito dall'autore dell'illecito<sup>520</sup> e a riconoscere, per questa via, risarcimenti ultracompensativi<sup>521</sup>.

In altri termini, *le pouvoir souverain* delle corti di merito nella quantificazione del danno risarcibile finisce per introdurre elementi sanzionatori e di deterrenza nel risarcimento come dimostrato da molti studi condotti soprattutto con riferimento al danno morale<sup>522</sup>.

Analoga devianza rispetto al principio dell'integrale riparazione si registra, poi, nelle fattispecie di liquidazione forfettaria del danno<sup>523</sup>.

---

<sup>519</sup> CATTALANO-CLOAREC, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, op. cit., 12 e ss. osserva che in Francia non esistono sistemi tabellari vincolanti giuridicamente per la quantificazione del danno alla persona, salve disposizioni settoriali come ad esempio in tema di infortuni sul lavoro e in alcuni casi di responsabilità sanitaria. In generale, quindi, le tabelle esistenti hanno soltanto valore orientativo per la liquidazione del *quantum* risarcibile. La valutazione del danno, affidata alla giurisprudenza di merito, avviene secondo principi generali formulati dalla Corte di cassazione francese che ne garantisce l'osservanza tra i quali figura, in primo luogo, quello della riparazione integrale. Per assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, ed evitare odiose disparità di trattamento a seconda dell'ufficio giudiziario di volta in volta adito, a partire dall'anno 2005 la Corte di Cassazione francese ha adottato la cd. *Nomenclature Dintilhac* (così denominata dal nome del Consigliere che l'ha coordinata) la quale ha previsto ben 26 voci di danno alla persona a loro volta suddivise tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale e tra danno diretto e danno indiretto. L'indicato documento, pur non vincolante giuridicamente, ha trovato larga applicazione pratica, ma tendendo a una codificazione complessiva delle voci di danno risarcibile, si è rivelato inadeguato a individuare ogni pregiudizio alla persona concretamente risarcibile cfr. CERINI, op. ult. cit., pag. 698 e ss.

<sup>520</sup> Ad avviso di PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 267, implicitamente la giurisprudenza parametrizza il risarcimento del danno non patrimoniale alla gravità della condotta del danneggiante quando l'attore deduce in giudizio che è stata lesa la propria riservatezza (mediante illecito trattamento dei propri dati personali) o quando deduce che un pregiudizio gli è derivato in sé dal fatto di non avere prestato il consenso informato per l'intervento medico. Analoghi parametri vengono utilizzati per la liquidazione del danno da perdita di *chance*. In tal senso anche CATTALANO-CLOAREC, op. cit., 17 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Nello stesso senso cfr. anche LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Dalloz Action* 2014/2015 n°45.

<sup>521</sup> Sulla tendenza della giurisprudenza di merito ad applicare surrettiziamente nella quantificazione dei danni non patrimoniali risarcimenti non perfettamente corrispondenti al principio della riparazione integrale del danno cfr. VINEY, *L'appréciation du préjudice*, *LPA* 2005, 99, 89 ss. Il rischio dell'apprezzamento discrezionale del danno da parte del giudice di merito, difficilmente censurabile in cassazione, è quello della imprevedibilità delle decisioni. Ulteriore profilo di criticità può essere riscontrato nella traslazione del peso della condanna dall'assicurato all'assicuratore anche per quanto concerne il risarcimento dei danni non patrimoniali.

<sup>522</sup> Cfr. AA. VV., *Punitive damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism*, in *European Business Law Review*, vol. 27, 1, 2016, 142 – 143 e ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>523</sup> Sul punto si veda *amplius* LEDUC, *La conception generale de la réparation intégrale*, in *La réparation intégrale en Europe*, a cura di F. Leduc e P. Pierre, *Larcier*, 2012, 37 ss.

Anche nel diritto processuale internazionale la *Cour de Cassation* ha mostrato un timido segnale di apertura verso sentenze straniere recanti condanne ai *punitive damages*, a condizione, però, che la relativa misura sia rispettosa del principio di proporzionalità.

In una importante decisione del 2010<sup>524</sup>, la Corte ha affermato che i risarcimenti punitivi pronunciati all'estero non contrastano in sé con il limite dell'ordine pubblico internazionale; tuttavia, la liquidazione dei *punitive damages* non deve risultare manifestamente sproporzionata<sup>525</sup> rispetto all'entità del pregiudizio subito e all'inadempimento contrattuale, in coerenza con l'orientamento già affermatosi nelle Corti Supreme sia di Paesi con tradizione giuridica di *common law* che di *civil law*.

Si è tuttavia osservato che il richiamo al principio di proporzionalità è ambiguo poiché non è chiaro se il relativo giudizio debba essere effettuato alla luce del diritto interno oppure di quello straniero<sup>526</sup> e, soprattutto, che non pare coerente con la funzione sanzionatoria del rimedio parametrare la proporzionalità della condanna punitiva non già alla gravità e riprovevolezza della violazione, ma all'entità del pregiudizio subito dal danneggiato<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> *Schlenzka – Langhorne v. Fountaine Pajot S.A.*, deciso da Cass. Civ., I, 1 dicembre 2010, n. 09-133303 in *JCP G* 2011, 257; il caso riguardava una ipotesi di responsabilità da prodotto difettoso. In particolare, dopo avere acquistato in USA una imbarcazione per il valore di \$ 826.009, i coniugi acquirenti *Schlenzka – Langhorne* si rendevano conto dei significativi difetti del bene che il venditore aveva occultato al momento della conclusione del contratto e tentato di riparare prima della consegna della *res*. La *Superior Court of California* condannava conseguentemente il venditore a versare \$1,391,650.12 agli acquirenti perché potessero provvedere alla riparazione dei difetti accertati, \$402,084.33 per le spese legali e \$1,460,000.00 a titolo di *punitive damages*. Della citata decisione veniva richiesto dinanzi ai giudici francesi il riconoscimento ai fini della esecuzione forzata. La Corte di Cassazione francese ha ritenuto sproporzionata la condanna irrogata a titolo di *punitive damages* rispetto all'entità del pregiudizio e all'inadempimento contrattuale e negato il riconoscimento dell'efficacia della pronuncia statunitense. Nel commentare la decisione *JANKE – LICARI, Enforcing Punitive Damage Award in France after Fountaine Pajot*, in *American J. Comp. Law*, 2012, 776 ss., hanno osservato che già prima di tale pronuncia il *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 15 luglio 2004, n. 03/09481 – caso *Consorts Chappier v. Taibout Prevoyance & B. Mesqui* aveva affrontato la questione in sede di *exequatur* e negato il riconoscimento sul rilievo che i *punitive damages* violano il principio della integrale riparazione del risarcimento e sono dotati di natura sostanzialmente penale.

<sup>525</sup> La Corte afferma “*Mais attendu que si le principe d'une condamnation a` des dommages-inte`re`ts punitifs, n'est pas, en soi, contraire a` l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur*».

<sup>526</sup> Si pensi al caso in cui per il diritto statale e giurisprudenziale USA, più aperto all'istituto, la condanna ai *punitive damages*, ormai definitiva e non più revisionabile, sia da considerarsi proporzionata mentre per il diritto francese si possa reputare eccessiva. In sede di *exequatur*, posta l'irrevisionabilità del *dictum* giudiziale formato all'estero, teoricamente il giudice dello Stato richiesto potrebbe operare la valutazione di proporzionalità della condanna solo ai fini dell'osservanza del limite dell'ordine pubblico internazionale.

<sup>527</sup> Se è vero che i *punitive – exemplary damages* sono altro rispetto ai *compensatory damages*, allora, la sanzione civile non può avere riguardo all'entità del danno subito perché una condotta riprovevole è suscettibile di essere sanzionata in maniera rigorosa – ancorché proporzionata – anche se ha causato un danno nominale o di importo assai modesto; specularmente una condotta lievemente colposa potrebbe cagionare un pregiudizio di enorme entità, ma non risultare suscettibile di essere punita in maniera esemplare, così CATTALANO-CLOAREC, op. cit., pag. 21 il quale rileva che nel caso esaminato dalla *Cour de Cas-*



Ulteriore incongruenza deriva dalla impossibilità, in caso di rigetto della domanda di riconoscimento per la ritenuta violazione del principio di proporzionalità, di portare ad esecuzione la sentenza straniera in Francia per la sola parte recante la condanna al risarcimento dei danni compensativi<sup>528</sup>.

L'indicato orientamento restrittivo potrebbe determinare una ingiustificata disparità di trattamento tra i convenuti che operano e hanno situato i propri *assets* nei Paesi che prevedono l'istituto e quelli che, pur operando all'estero, hanno collocato tutti i propri beni in Francia. Questi ultimi trarrebbero indubbio beneficio dal mancato riconoscimento delle sentenze di condanna straniere sia per quanto concerne i *compensatory* che i *punitive damages* che ai primi si accompagnano. Si creerebbe di fatto, in questa evenienza, una sorta di immunità dalla esecuzione forzata nonostante l'esistenza di un titolo giudiziale straniero di condanna.

Nei recenti progetti di riforma della responsabilità civile<sup>529</sup> il legislatore francese ha scelto una soluzione di compromesso<sup>530</sup> consistente nell'ampliamento del perimetro applicativo dell'*amende civile*, già conosciuta nel quadro normativo vigente<sup>531</sup>.

---

*sation l'exequatur* è stato negato nonostante l'ammontare dei *punitive damages* equivallesse in sostanza ai danni compensativi.

<sup>528</sup> Nel caso esaminato dalla *Cour de Cassation*, infatti, la ritenuta sproporzione del verdetto ha comportato l'impossibilità di potere eseguire in Francia l'intera decisione, anche per la parte relativa ai soli *compensatory damages*. In tal modo l'indicata pronuncia ha violato lo stesso principio di ordine pubblico interno della riparazione integrale del pregiudizio subito dalle vittime le quali, nonostante abbiano subito gli effetti di un illecito intenzionale del produttore negli USA accertato con sentenza definitiva, sono state private di un titolo per rivendicare in Francia le proprie pretese. Si è anche osservato che la Corte difficilmente avrebbe potuto di ufficio concedere un riconoscimento parziale pena la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato così LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'oeil de la Cour de cassation?*, in *Recueil Dalloz*, 6, 2011, 427. Cfr. anche ID, *Reconnaissance des décisions étrangères*, in *JDI*, 4, 2010, 1248 ss.

<sup>529</sup> I numerosi progetti di riforma che si sono succeduti nel tempo presentano un legame inscindibile con la già varata riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti (*Ordonnance* 10 febbraio 2016, n. 0035) e perseguono l'obiettivo di adattare le disposizioni codicistiche al mutato assetto sociale ed economico del XXI secolo, anche alla luce del diritto europeo e internazionale.

Nel primo ampio progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione cd. *Avant – project Catala* del 25 settembre 2005, in *La documentation française*, 2006 – presentato nel bicentenario dalla entrata in vigore del *Code Civil* che avrebbe interessato significative disposizioni del codice napoleonico (articoli da 1101 a 1386 e da 2234 a 2281 c.c.) –, dopo aver enunciato il principio della riparazione integrale all'art. 1370, era stata proposta l'introduzione dei *punitive damages* con l'art. 1371 secondo cui "*L'auteur d'une faute manifestement de libe're'e, et notamment d'une faute lucrative, peut e'tre condamne', outre les dommages- inte're'ts compensatoires, a` des dommages-inte're'ts punitifs dont le juge a la faculte' de faire be'ne'ficier pour une part le Tre'sor public. La de'cision du juge d'octroyer de tels dommages-inte're'ts doit e'tre spe'cialement motive'e et leur montant distingue' de celui des autres dommages-inte're'ts accorde's a` la victime. Les dommages-inte're'ts punitifs ne sont pas assurables*" (sottolineatura aggiunta). Osserva BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit., 128 che il riferimento alla gravità e volontarietà della condotta (*faute manifestement délibérée e notamment lucrative*) porta a ritenere che i giudici francesi avrebbero dovuto considerare i medesimi elementi accertati dalle Corti statunitensi per la concessione dei *punitive damages*. Dalla relazione illustrativa emerge la portata generale del rimedia applicabile a tutti i casi in cui fosse stata riscontrata l'insufficienza della liquidazione del danno com-

Nel progetto del 2016<sup>532</sup> e in quello del 2017 (per cui v. *infra*) si è scelto di non rifarsi a istituti giuridici estranei alla tradizione giuridica francese come i *punitive – exemplary*

---

pensativo a eliminare i vantaggi conseguiti dall'autore dell'illecito. Il giudice avrebbe avuto ampi poteri discrezionali in ordine all'accertamento del *faute lucrative* e al beneficiario della condanna che, come per l'*astreinte*, poteva essere destinata, oltre che alla vittima dell'illecito, anche in parte allo Stato; inoltre, poiché l'art. 1371 non conteneva alcuna previsione minima e massima, ai fini della liquidazione il giudice avrebbe dovuto far riferimento al successivo art. 1372 secondo cui "*Le juge e`value le pre`judice au jour ou` il rend sa de`cision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l`affecter dans sa consistance comme dans sa valeur, ainsi que de son e`volution raisonnablement pre`visible*". Secondo CERINI, op. cit., 703 nota 43, l'indicata disciplina era ispirata a soluzioni normative già adottate da taluni Stati nordamericani e dal *Code Civil* del *Quebec* con riferimento ai risarcimenti punitivi (cfr. artt. 1621 e 1899 c.c.). Per PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 261, il progetto di riforma in esame è una misura ibrida che unifica il modello del risarcimento punitivo e l'*amende civile*: la condanna è proporzionata alla gravità del fatto commesso o ai profitti conseguiti dal danneggiante (modello punitivo) e, al contempo, è prevista la eventuale devoluzione di una parte della somma alla collettività sul modello dell'*amende civile*.

In realtà, tale progetto non è mai stato approvato perché dall'*Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, è stata espunta, in maniera del tutto singolare, la parte dedicata alla responsabilità civile (sia contrattuale che extracontrattuale); sul punto, diffusamente, VINEY, *Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité*, in *JPC G*, 4, 2016, 99.

<sup>530</sup> Così CANNARSA, *The French Perspective on Punitive Damages*, in *European Review of Private Law*, 5, 2018, 672.

<sup>531</sup> La dottrina e la giurisprudenza francesi mostrano particolare ostilità verso i *punitive damages* di matrice anglosassone, ma guardano con favore al rimedio della retroversione dei profitti illeciti. Sul punto BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, op. cit., 266.

<sup>532</sup> Il progetto di riforma in esame è stato presentato al Senato il 29 aprile 2016 dal Ministro *Urvoas* e conteneva all'art. 1266-1 la seguente disciplina dell'*amende civile*:

*Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.*

*Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. « L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés.*

*Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.*

*Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.*

Per il relativo commento, i dubbi di legittimità costituzionale e la proposta di soluzioni alternative nella formulazione della disposizione, si rinvia a CARVAL, *L'amende civile*, in *La Semaine Juridique*, 2016, 42 ss. secondo cui la disciplina che meritoriamente è estesa anche all'ambito contrattuale per superare i profili problematici che per i *punitive damages* sussistono nei Paesi di *common law*, presenta taluni inconvenienti. In primo luogo, rilevato che i criteri di quantificazione dell'*amende* sono i medesimi delle pene pecuniarie di natura penalistica (gravità della condotta, profitti e capacità economica del danneggiante), ritiene che la misura dovrebbe applicarsi solo ai fatti intenzionali e non anche ai casi di responsabilità civile oggettiva o per fatto colposo; inoltre, per l'autore, i limiti massimi ai commi 3 e 4 per la sanzione civile appaiono eccessivi soprattutto per le persone giuridiche e verosimilmente sproporzionati rispetto alla gravità del fatto sanzionato; infine e non da ultimo, la mancata definizione dei fatti materiali da cui scaturisce l'*amende* suscita dubbi di legittimità costituzionale rispetto al principio di legalità dei delitti e delle pene atteso che tale misura presenta nella sostanza notevoli affinità con le pene pecuniarie di stampo penalistico. Secondo ALLIX, *Private Penalty*, in AA. VV. *Report on the french avant-project de réforme de la responsabilité civile*, *Leiden/Paris*, 2016, 4-5, l'origine dell'art. 1266 va rinvenuta nel *report* che nel 2013 formulò il gruppo di studio incaricato dal Ministro della Giustizia *Taubira* a proposito del danno ambientale nel quale si valutava positivamente la introduzione di una *amende civile*, seppure limitatamente a quel settore, sul rilievo della mancanza di efficienza e flessibilità delle sanzioni penali in materia e della superiorità delle sanzioni civili rispetto ai *punitive damages*. Il progetto è stato rivisto a seguito delle osservazioni svolte con l'apertura alla consultazione pubblica dal mese di luglio e presentato nuovamente il 13 marzo 2017. Per il relativo commento v. VINEY, *L'espoir d'une codification du droit de la respon-*

damages o i *restitutory damages* a differenza di quanto proposto in precedenza (ovvero con l'art. 1371 del progetto del 2005 *Catala*<sup>533</sup>, l'art. 1386 – 25 della proposta di legge presentata il 9 luglio 2010 dai Senatori *Aziani* e *Bet ille*<sup>534</sup> e l'art. 54 del progetto *Terr * del 2011<sup>535</sup>).

L'ultimo progetto di riforma della responsabilit  civile presentato il 13 marzo 2017 alla *Chancellerie*, nel disciplinare gli effetti della responsabilit  civile (Capitolo IV), positivizza il principio della riparazione integrale con l'art. 1258<sup>536</sup> (Cap. IV, Sezione I, dedicata ai principi). Quale espressione di un principio generale, la disposizione sembra doversi applicare sia alla responsabilit  da fatto illecito per la quale appare concepita, che all'inadempimento a cui mal si adatta.

In caso di inadempimento, infatti, il risarcimento del danno non tende a ripristinare lo *status quo ante* – come invece emerge dal citato art. 1258 –, bens  a far conseguire al creditore l'utilit  che gli sarebbe dovuta derivare dalla cooperazione spontanea del debitore il quale non ha eseguito il contratto secondo le disposizioni previste dai contraenti; in altri termini, a differenza della responsabilit  aquiliana, si tratta di ipotizzare una situazione ipotetica e futura che non si realizzer  mai<sup>537</sup>.

---

*sabilit  civile*, Dalloz, 2016, 1378 ss.; AA.VV., *Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilit  civile*, in *R v. int. dr. comp.*, 2017, n. 1, 7 ss.

<sup>533</sup> Citato precedentemente in nota 529.

<sup>534</sup> Rinvenibile sul sito del Governo francese come doc. Senato n. 558, pag. 86. A tal proposito ricorda PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilit  civile*, op. cit., 262 – 263 che, a differenza del progetto *Catala*, in quello immediatamente successivo dei Senatori *Aziani* e *Bet ille*, l'art. 1386 – 25 circoscriveva la nuova misura ai soli casi previsti dalla legge, non ne prevedeva l'inassicurabilit  e chiariva che la sanzione civile non potesse eccedere rispetto al doppio dell'ammontare dei risarcimenti compensativi. Rimaneva per  ferma l'ibridazione perch  una parte di essa era destinata alla vittima dell'illecito e una parte ad appositi fondi pubblici o al Tesoro e la necessit  di una specifica motivazione giudiziale.

<sup>535</sup> TERR , *Pour une réforme du droit de la responsabilit  civile*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011 per il relativo testo si veda *infra* nota 554.

PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilit  civile*, op. cit., 262 – 263 ricorda che, come nel precedente progetto dei Senatori *Aziani* e *Bet ille* di cui alla nota precedente, una eguale motivazione specifica per i risarcimenti non compensativi veniva richiesta nel successivo art. 54 del progetto *Terr * che per  si distingueva dai due precedentemente citati perch  la nuova misura proposta, seppure di carattere generale, era priva di connotati sanzionatori essendo limitata ai soli profitti conseguiti dall'autore dell'illecito rispetto ai quali non poteva eccedere nel relativo ammontare. Basata sul modello restitutorio puro essa era destinata alla vittima e non poteva essere oggetto di copertura assicurativa. Viceversa l'art. 69 par. 2, dello stesso progetto *Terr * prevedeva la *réparation exemplaire* in caso di *atteinte intentionnelle   l'int grit  morale de la victime*.

<sup>536</sup> L' *Avant – projet de loi portant réforme de la responsabilit  civile* del 13 marzo 2017 prevede, all'art. 1258: "*La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation o  elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit*".

<sup>537</sup> Ancor pi  complessa   la situazione che si verifica in caso di risarcimento del danno domandato in seguito alla risoluzione del contratto per inadempimento, rimedio che d  diritto alle parti di potere ottenere la restituzione delle prestazioni gi  eseguite in forza del negozio risoluto. In una simile evenienza vi sono due diverse posizioni in letteratura sullo scopo del risarcimento che comunque non   in linea con il testo sopra indicato. Per un primo orientamento, la risoluzione degli effetti del negozio   incompatibile con l'obiettivo del risarcimento di assicurare la esatta esecuzione del contratto sicch  il principio della

Il progetto introduce inoltre l'art. 1266 – 1<sup>538</sup> (Cap. IV, Sez. I, Sotto Sezione IV) che, limitatamente alla materia extracontrattuale, individua la legittimazione attiva, i presupposti, le modalità di calcolo e i destinatari della *amende civile*.

Il menzionato progetto di riforma sembra abbia inteso operare una netta distinzione: alla responsabilità civile viene assegnata funzione esclusivamente compensativa mentre all'*amende civile*, entro i limiti fissati dalla legge, funzione deterrente e sanzionatoria<sup>539</sup>. Conviene allora soffermarsi sulle caratteristiche del nuovo istituto che, in realtà, presenta notevoli differenze rispetto ai *punitive – exemplary damages* anglosassoni<sup>540</sup>.

---

riparazione integrale imporrebbe di ripristinare la differenza tra la situazione che si sarebbe verificata se il contratto non fosse stato concluso e quella attuale. Per altro indirizzo, invece, non può trascurarsi che il contratto risolto è ben diverso dal negozio invalido; trattandosi di vizio funzionale di un atto giuridico valido in cui originariamente ciascuna parte aveva interesse alla corretta esecuzione della prestazione, può senz'altro concludersi che il risarcimento deve tendere a collocare il creditore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato correttamente eseguito. Così LEDUC, *Les règles générales régissant la réparation du dommage*, in *La Semaine Juridique*, 2016, 37 con riferimento al testo del progetto iniziale di aprile 2016 che, sul punto, non presenta varianti significative in quello successivo di marzo 2017. Nel nuovo progetto l'art. 1251 si limita a stabilire in materia contrattuale che, salvo il caso di dolo o di colpa grave, il debitore è tenuto a riparare soltanto le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla inesecuzione della prestazione dovuta prevedibili al momento della formazione del contratto. Per uno sguardo complessivo sul progetto di riforma in esame cfr. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e imp.*, 2018, 1, 1 ss.

<sup>538</sup> Così l'art. 1266 – 1: *En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.*

*Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.*

*L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé.*

*Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.*

*Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.*

*Elle n'est pas assurable.*

<sup>539</sup> L'integrale riparazione del pregiudizio può avvenire in forma specifica o tramite risarcimento per equivalente (art. 1259) cui sono dedicate rispettivamente le Sotto Sezioni 1 e 2 della Sezione I, Cap. IV. Dalla riparazione e dalla sanzione si distingue anche la funzione preventiva di cessazione dell'illecito a cui, sempre in materia extracontrattuale, è dedicato l'art. 1266 del progetto (Sotto Sezione III, Sezione I, Cap. IV). Sulla impropria collocazione sistematica della *amende civile* tra gli effetti della responsabilità civile v. DREYER, *L'amende civile concurrente de l'amende pénale?*, in *JCP E* 2017, n. 25, 1344 ss.; PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 264. Deve inoltre rilevarsi, sempre sul piano sistematico, che nel progetto in esame è stato introdotto anche il diverso istituto, sempre di matrice anglosassone, del cd. *duty to mitigate* che non ha funzione punitiva a differenza della *amende civile*; la mitigazione del danno risarcibile di cui al nuovo art. 1263 non sanziona il creditore o il danneggiante, ma incide sulla accurata valutazione dell'ammontare del danno risarcibile. L'indicata disposizione prevede, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, *sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice*. Cfr. sul punto anche LAUDE, *L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français?*, LPA, 2002, 232, 55 ss.

<sup>540</sup> La stessa denominazione *amende civile* in luogo di quanto previsto nel precedente progetto Catala di *dommages-intérêts punitifs* lascia chiaramente intendere la distanza che corre tra il nuovo istituto di *civil law* francese e i *punitive damages* di *common law*, come risulta chiaramente dalla disciplina positiva recata dal citato art. 1266 -1 per cui v. *infra*.

Su domanda del danneggiato o istanza del pubblico ministero, il giudice, con adeguata e specifica motivazione, può condannare l'autore dell'illecito al pagamento della nuova misura purchè si tratti di illecito intenzionale e lucrativo. Come nelle altre ipotesi già esistenti di *amende civile*, l'art. 1266 – 1 ne individua la misura massima (ma non minima) pari a 10 volte l'ammontare del profitto conseguito dall'autore dell'illecito e, se si tratta di una persona giuridica, al 5% del fatturato lordo realizzato in Francia in uno degli esercizi chiusi prima di quello in cui si è verificato il fatto illecito. Si specifica, inoltre, che l'*amende* non è suscettibile di essere assicurata per evitare l'elusione della funzione sanzionatoria della misura<sup>541</sup>.

Entro questi limiti, il giudice ha il compito di quantificare la sanzione civile.

Il progetto si limita solamente a stabilire che l'ammenda deve essere proporzionata alla gravità della violazione, al profitto conseguito e alla capacità contributiva del danneggiante. Per evitare il rischio di arricchimenti ingiustificati del danneggiato, si prevede che il fine esclusivo della sanzione in esame è quello di finanziare fondi collegati alla natura del pregiudizio subito dalla vittima o, in mancanza, il Tesoro pubblico.

La previsione dell'entità massima della sanzione, il richiamo al principio di proporzionalità e l'obbligo di motivazione specifica limitano il potere discrezionale del giudice e dovrebbero costituire garanzie di prevedibilità delle decisioni.

La concorrente legittimazione del PM, a sua volta, dovrebbe rendere effettiva la funzione deterrente della misura posto che la vittima dell'illecito potrebbe trovare non conveniente domandarla in giudizio dato che non ne beneficerebbe direttamente; anzi, potrebbe accordarsi con l'autore dell'illecito per astenersi dal chiederne l'irrogazione a condizione, ad esempio, che il danneggiante le versi una data somma (inferiore a quella prevista per legge)<sup>542</sup>.

In questa prospettiva, anche la destinazione a fondi collegati alla natura del danno cagionato potrebbe favorire l'iniziativa processuale di associazioni (di consumatori o ambientali ad esempio) portatrici di interessi omogenei lesi dagli illeciti seriali lucrativi addebitabili al danneggiante.

Si possono allora cogliere i tratti distintivi del nuovo istituto francese rispetto ai *punitive damages*; l'*amende*, a differenza dei risarcimenti punitivi concepiti nel diritto anglosassone, può essere domandata in giudizio anche da un soggetto diverso dal danneggiato (il

---

<sup>541</sup> Il legislatore prende posizione sul punto in maniera netta a differenza di quanto accade in tema di assicurabilità dei *punitive – exemplary damages* nell'esperienza giuridica statunitense e inglese ove si hanno molteplici ed eterogenee soluzioni al problema in esame. Sul punto si rinvia *retro* par. 4.2.7.

<sup>542</sup> Si potrebbero verificare in tal modo degli abusi che sottrarrebbero risorse che per il progetto dovrebbero invece essere destinate a fondi pubblici o allo Stato e mai al danneggiato.

PM) ed è destinata sempre a vantaggio di terzi, diversi dalla vittima dell'illecito; ancorchè irrogata dal giudice civile secondo le regole del processo civile, ha un ammontare massimo predeterminato per legge che incide sulla relativa funzione deterrente<sup>543</sup> irrigidendola, ma al contempo rendendola prevedibile.

È interessante notare, inoltre, come il progetto di riforma francese abbia riguardo esclusivamente agli illeciti intenzionali che procurino un profitto o risparmio di spesa al danneggiante; in difetto di dolo e di un simile vantaggio economico, dunque, l'*amende* non sarebbe comunque irrogabile<sup>544</sup>.

Se sotto il profilo dell'*an*, l'indicata misura sembrerebbe avere carattere prevalentemente restitutorio (così art. 1266 – 1 comma 1)<sup>545</sup>, sotto il profilo del *quantum*, invece, recupera una dimensione sanzionatoria perché il legislatore ne parametrizza l'entità non solo al profitto conseguito dall'autore dell'illecito, ma anche alla gravità della violazione e alla capacità economica del danneggiante<sup>546</sup> (così art. 1266 – 1, comma 2). L'indicata sanzione, dunque, potrebbe in concreto divergere dal lucro conseguito dal danneggiante sia per eccesso che per difetto purché entro i limiti massimi fissati dalla legge.

Da ciò se ne evince la natura eminentemente punitiva e, di conseguenza, la non assicurabilità della misura che, per poter essere efficace, deve gravare interamente sul responsabile<sup>547</sup>.

Alla luce delle disposizioni contenute nel richiamato art. 1266 – 1, sembra prevalere la componente pubblicistica<sup>548</sup> dell'istituto rispetto a quella privatistica e l'*amende*, più che assimilarsi ai *punitive – exemplary damages*, appare come una figura *sui generis* caratterizzata sia da componenti sanzionatorie che restitutorie ed affine, per certi versi, al *disgorgment*<sup>549</sup> seppure applicabile al solo ambito extracontrattuale<sup>550</sup>.

---

<sup>543</sup> Sul problematico rapporto tra principio di proporzionalità della misura e limite fisso di entità massima fissato per legge cfr. CHARDEAUX, 'L'amende civile', *Les Petites Affiches* 2018 (22), 6 ss.

<sup>544</sup> Come invece si è visto *retro*, le origini storiche degli *exemplary – punitive damages* richiedono al giudice del fatto di valutare la particolare riprovevolezza della condotta dell'autore dell'illecito e la volontà di conseguire un vantaggio patrimoniale che supera il danno risarcibile ne costituisce soltanto un indice.

<sup>545</sup> Non potendosi irrogare, come detto, in assenza di condotte illecite lucrative.

<sup>546</sup> Cfr. le osservazioni di PIERRE, *Rapport sur l'intégration des régimes spéciaux de responsabilité dans les projets français et belge*, 14 disponibile online in [https://iode.univ-rennes1.fr/sites/iode.univ-rennes1.fr/files/asset/document/20181128\\_grerca\\_ph\\_pierre\\_fr.pdf](https://iode.univ-rennes1.fr/sites/iode.univ-rennes1.fr/files/asset/document/20181128_grerca_ph_pierre_fr.pdf).

<sup>547</sup> PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 264. Nel precedente progetto del 29 aprile 2016, non compariva l'inassicurabilità dell'*ammende*.

<sup>548</sup> Per PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 264, la misura ha natura ibrida. La componente pubblicistica però emerge chiaramente ove si consideri che, come nella altre ipotesi di *amende civile* già esistenti, la legittimazione attiva compete anche al PM, la misura massima è fissata dal legislatore e ne è destinataria una "parte pubblica" e non privata.

<sup>549</sup> Come evidenziato *retro* il *disgorgment* si distingue tanto dai *compensatory damages* quanto dai *punitive damages*. A differenza dei primi, il rimedio comporta la restituzione dei guadagni conseguiti dal

Per una parte della dottrina<sup>551</sup>, al di là della forma di sanzione civile, l'*amende civile* costituisce una misura sostanzialmente penale che reclamerebbe l'osservanza di tutte le garanzie (sostanziali e processuali) proprie di una pena in senso stretto anche previste a livello convenzionale ed europeo (artt. 6 e 7 CEDU 49 CDFUE).

Dall'esame del progetto emergono pertanto due profili di criticità: l'ipotetica violazione del principio di legalità dei delitti e delle pene con riferimento alle nozioni di *faute lucrative délibérée* e di *faute délibérée* (in particolare per le persone giuridiche) sconosciute al diritto positivo francese<sup>552</sup> così come, più a monte, la mancata individuazione dei fatti materiali a cui si applicherebbe la sanzione<sup>553</sup>; il rischio della possibile violazione del divieto di *bis in idem* allorchè per lo stesso fatto siano cumulabili sanzioni penali e l'*amende civile*.

Di qui alcune proposte correttive: a ben vedere, se fosse possibile ottenere la sola restituzione dei profitti conseguiti dall'autore dell'illecito in caso di fatto intenzionalmente lucrativo – che in assenza di esso sarebbero spettati al danneggiato entro i limiti del principio di causalità –, non sussisterebbe il paventato rischio di violazione del principio

---

danneggiante a prescindere dall'entità del danno subito dal danneggiato. Pur avendo una funzione deterrente il *disgorgment* si distingue dai *punitive damages* per diversa *policy*: i risarcimenti punitivi sanzionano e prevengono il ripetersi di condotte riprovevoli, mentre il *disgorgment* evita l'ingiustificato arricchimento del danneggiante e si fonda sul principio di giustizia e di equità. In tal senso proprio con riferimento al diritto francese v. BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2, 2012, 266 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. L'autrice ricorda che tale rimedio assicura maggiore prevedibilità delle decisioni rispetto ai *punitive damages* essendo fondato sulla restituzione del profitto determinabile in maniera oggettiva ed è preferito dalla dottrina francese sin dalla proposta di riforma *Catala* citata.

<sup>550</sup> Nel senso della applicabilità della *amende civile* anche in ambito contrattuale ove è possibile configurare una *faute lucrative* v. VINEY, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, in *RDA*, 2010, 30.

<sup>551</sup> RIAS, *L'amende civile: une fausse bonne idée?*, *Recueil Dalloz* 2016, 2072 ss.; CARVAL, *Le projet de réforme de la responsabilité civile*, *JCP G*, 2017, 401; DREYER, *L'amende civile concurrente de l'amende pénale?*, in *JCP E* 2017, n. 25, 1344 ss; ID, *La sanction de la faute lucrative par l'amende civile*, in *Dalloz*, 2017, 1136 ss.; PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 264; GRAZIANI, *La généralisation de l'amende civile: entre préjugés et confusions – Commentaire de l'article 1266 – 1 du projet de réforme de la responsabilité civile*, *Recueil Dalloz*, 2018, 428 ss.

<sup>552</sup> Non è chiaro se ad essere sanzionata civilmente sia una condotta intenzionale il cui autore abbia consapevolezza non solo della violazione, ma anche del profitto che supera il danno o se sia sufficiente una condotta volontaria ove la consapevolezza è limitata soltanto alla violazione e non alle conseguenze pregiudizievoli. Nel primo senso si esprime, ad esempio, VINEY, *L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile*, *D.*, 2016, 1378 secondo cui per *faute lucrative* si intende la *faute* «qui est commise avec l'intention de procurer à son auteur un profit supérieur à la somme que représentait la réparation du dommage subi par la victime et qui a effectivement engendré ce profit». Sul concetto di *faute lucrative*, già presente nella legislazione del Québec, si rinvia a CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., 58 ss.

<sup>553</sup> L'atipicità dell'illecito civile è infatti incompatibile con una sanzione obiettivamente penale quale quella in esame con la conseguenza che il legislatore avrebbe dovuto prevedere un elenco tassativo di comportamenti specifici cui si potesse applicare, ma ciò si sarebbe posto in contrasto con l'obiettivo della generalizzazione dell'istituto v. CATTALANO – CLOAREC, op. cit., 26. Egualmente CARVAL, *Le projet de réforme de la responsabilité civile*, op. cit., 401.

di legalità dei delitti e delle pene, né quello di duplicazione di sanzioni oggettivamente penali. La misura civilistica non andrebbe a sanzionare il trasgressore, ma sarebbe diretta a riprodurre la situazione che si sarebbe verificata se fossero stati rispettati i diritti del danneggiato<sup>554</sup>.

I rimedi restitutori, in altri termini, non sono assimilabili ai risarcimenti punitivi: non si tratta di punire l'autore del danno in base alla riprovevolezza del fatto commesso, ma di retrocedere il guadagno illecito che il danneggiante ha conseguito sulla base di un calcolo economico di convenienza<sup>555</sup> (e non per ragioni morali). Non possono sottacersi, tuttavia, le indubie difficoltà pratiche che il giudice incontrerebbe, in mancanza di precisi parametri legislativi, nella quantificazione di tale profitto illecito.

---

<sup>554</sup> Così CARVAL, *L'Amende civile*, op. cit., 46 osserva che altro è prevedere tra i criteri di commisurazione della pena quello del profitto o determinarla nel massimo come un multiplo dei profitti, altro è prevedere la retroversione dei profitti illeciti dal trasgressore al titolare del diritto leso. In questo secondo caso, si intende ripristinare la situazione precedente la commissione dell'illecito e non sanzionare puramente e semplicemente l'autore dello stesso. Si richiama in proposito l'art. 54 del progetto TERRE', *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile: Dalloz, coll. Thèmes et commentaires*, 2011 cit. secondo cui: *Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité*. V. anche MESA, *La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui, Dr. et patri.*, 2015, 248, 28 ss.; ID, *La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, LPA, 2012, 41, 5 ss.; PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, op. cit., 266; VINEY – JOURDAIN – CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 2017, 34.

<sup>555</sup> Del resto se il profitto supera il danno compensatorio risarcibile, evidentemente l'autore dell'illecito è indotto comunque a porre in essere la condotta anti-giuridica (si pensi ad esempio alla violazione della proprietà intellettuale, del diritto della concorrenza, della *privacy* del diritto all'immagine). Non sempre l'ammonimento di eventuali sanzioni penali potrebbe essere sufficiente a dissuadere il trasgressore.



#### 4. I risarcimenti punitivi in Spagna

La disciplina della responsabilità civile in Spagna è ispirata al modello riparatorio e compensativo francese<sup>556</sup>; l'art. 1902 del codice civile spagnolo del 1889<sup>557</sup> fa testuale riferimento ai concetti di riparazione e di danno e va perciò escluso che il risarcimento possa avere funzione ultracompensativa ed essere accordato in difetto di danno<sup>558</sup> o in misura superiore al pregiudizio sofferto dal danneggiato<sup>559</sup>.

In tal senso si è espressa chiaramente la giurisprudenza spagnola che, a più riprese, ha escluso la configurabilità di sanzioni civili punitive in difetto di espressa previsione di legge e affermato che in materia di responsabilità civile (sia contrattuale che extracontrattuale) vige la regola dell'integrale compensazione del danno (anche non patrimoniale) con conseguente estraneità, al diritto civile spagnolo, di istituti quali i *punitive damages*<sup>560</sup>.

A partire dagli anni '80 del secolo scorso, la dottrina spagnola si è però interrogata sulla eventuale utilità e/o necessità di attribuire alla responsabilità civile, accanto alla funzione compensativa, anche finalità sanzionatorie sul modello dei *punitive damages* anglosassoni, per reprimere in specifici settori determinate condotte riprovevoli<sup>561</sup>.

Si è quindi posta, anche in Spagna, la necessità di individuare le caratteristiche essenziali dell'istituto e di ricostruire gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sviluppatisi nei Paesi di *common law* a tale riguardo<sup>562</sup>.

Secondo la dottrina spagnola può discorrersi di *daños punitivos*<sup>563</sup> in presenza di tre elementi essenziali: la condotta del danneggiante deve apparire grave e intollerabile, la

---

<sup>556</sup> OTERO – CRESPO, *Punitive damages under spanish law: a subtle recognition?*, in *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, op. cit., 282 nota 5 per ulteriori riferimenti. L'autrice peraltro ricorda che vi è stata una evoluzione giurisprudenziale nella stessa interpretazione data al citato art. 1902 c.c. nel senso che sovente, per garantire effettiva protezione alla vittima dell'illecito, si è ricorso a presunzioni di colpa o a inversioni dell'onere probatorio, così a pag. 283.

<sup>557</sup> La norma dispone che *“the person who, as a result of an action or omission, causes damage to another by his fault or negligence shall be obliged to repair the damage caused”*.

<sup>558</sup> Nel senso non può sorgere responsabilità in assenza di danno v. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil*, Madrid, 1972, 477 ss.

<sup>559</sup> Cfr. FELIU REY, *La silenziosa “civilización” dei danni punitivi in Spagna*, in *Contr. imp. eur.*, 1, 2017, 28 ss. il quale ricorda che il principio della riparazione integrale del danno in Spagna è riconosciuto dalla maggior parte degli autori in dottrina, dalla giurisprudenza dominante e dallo stesso *Tribunal Constitucional*.

<sup>560</sup> Così STS 25 novembre 2000 (RJ 2000, 10274); STS 19 dicembre 2005 (RJ 2005, 295); STS 30 settembre 2009 (RJ 2010, 654); per la natura compensativa del danno non patrimoniale v. STS 22 novembre 2010 (RJ 2011, 565); per la responsabilità contrattuale v. STS 9 maggio 2011 (RJ 2011, 3485).

<sup>561</sup> BLÁZQUEZ, *Punitive damages in Spanish law*, in *Nuovo diritto civile*, 2, 2017, 239 ss. che cita gli studi condotti da DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Daños punitivos*, Navarra, 2012; MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, *Daños punitivos: el “patito feo” de la responsabilidad civil*, Madrid, 2016.

<sup>562</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, op. cit., 22 ss., osserva che non sempre la dottrina spagnola ha prestato adeguata attenzione alle diverse e mutevoli configurazioni che i *punitive damages* assumevano negli ordinamenti che li avevano concepiti.

condanna punitiva deve avere natura ultracompensativa - nel senso che deve eccedere la riparazione del pregiudizio subito dal danneggiato - e deve essere applicata in sede civile.

Sono proprio tali peculiarità a spingere gran parte della dottrina spagnola a guardare con diffidenza l'introduzione dei *punitive damages* in un ordinamento la cui disciplina della responsabilità civile persegue obiettivi diversi<sup>564</sup>.

Si è anzitutto osservato che, in Spagna, la disciplina della responsabilità extracontrattuale non è finalizzata a prevenire e sanzionare condotte antigiuridiche, ma a riparare le conseguenze pregiudizievoli che derivano alla vittima dell'illecito civile; basti considerare che l'obbligazione risarcitoria non ha natura strettamente personale e si trasmette ai successori a titolo universale del debitore defunto; può formare oggetto di transazioni *inter vivos* ed è, di regola, suscettibile di essere assicurata. Inoltre, nella responsabilità civile rientrano anche le fattispecie di responsabilità oggettiva in cui si risponde civilmente semplicemente secondo il criterio di imputazione del rischio dell'attività svolta a prescindere dal dolo o dalla colpa del danneggiante<sup>565</sup>.

Ulteriore ostacolo di natura costituzionale deriva dal principio di legalità di cui all'art. 25.1 della costituzione spagnola<sup>566</sup> che vieta di punire mediante sanzioni penali e amministrative fatti che, al tempo in cui furono commessi, non erano già previsti dalla legge come meritevoli di sanzione. Alcuni autori hanno osservato che i *punitive damages*, assimilabili sul piano funzionale a delle vere e proprie "pene", qualora irrogati da corti civili fuori dai casi previsti dalla legge e senza le garanzie del processo penale, possono condurre alla elusione dei principi costituzionali posti a tutela dei diritti fondamentali dell'autore dell'illecito. L'applicazione di condanne a fatti non previsti dalla legge ri-

---

<sup>563</sup> Anche in Spagna, come in Italia, la traduzione letterale della espressione *punitive damages* non può ritenersi corretta e precisa; osserva OTERO CRESPO, op. cit., 285, che il termine *damages* corrispondente alla locuzione risarcimento, in spagnolo si traduce come *compensación* e non come *daño*. Le peculiarità dell'istituto anglosassone hanno indotto una dottrina a proporre di utilizzare la differente nozione di *indemnizaciones punitivas* oppure quella di *compensaciones punitivas* così LLAMAS POMBO, *Nuevo debate sobre los punitive damages*, in *Práctica Derecho de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, 2012, 4 ss.

<sup>564</sup> Così BLÀZQUEZ, op. cit., 242.

<sup>565</sup> Così PANTALEÓN, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)*, in J.A. Moreno Martínez, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, 439 ss.

<sup>566</sup> Secondo cui "no one may be convicted or sentenced for any act or omission which at the time it was committed did not constitute a felony, misdemeanour or administrative offence according to the law in force at the time".

schia perciò di tradursi nella violazione del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, del divieto di *bis in idem* e della presunzione di innocenza<sup>567</sup>.

La dottrina spagnola ha anche evidenziato che l'eventuale attribuzione al danneggiato di una somma che superi il pregiudizio subito, finirebbe per generare un ingiustificato e inaspettato guadagno per il destinatario del risarcimento, incompatibile con le regole della responsabilità civile vigenti<sup>568</sup> e che, per superare tale criticità, non è sufficiente destinare l'eccedenza allo Stato perché, attraverso un simile meccanismo, si finirebbe per configurare una vera e propria sanzione amministrativa o penale – a seconda dei casi – che dovrebbe soggiacere allo statuto di diritto pubblico e non alle regole di diritto comune<sup>569</sup>.

Un rimedio ultracompensativo come i *punitive damages* non può allora trovare ingresso in Spagna perché elude regole pubblicistiche che altrimenti dovrebbero trovare applicazione e si risolverebbe soltanto in un incentivo per gli avvocati dei danneggiati, ove abilitati a stipulare validamente i patti di quota lite, a conseguire ampi margini di guadagno<sup>570</sup>.

Per converso, altra parte della dottrina sostiene che non appare decisiva l'ipotizzata violazione delle garanzie fondamentali del giusto processo che sono configurabili soltanto nell'ambito di quello penale e non anche in caso di accertamento degli illeciti civili<sup>571</sup> e che la funzione preventiva della responsabilità civile non può essere esclusa nel quadro normativo vigente sia soltanto perché la minaccia del risarcimento è certamente idonea a scoraggiare la commissione di illeciti che espongono a conseguenze riparatorie<sup>572</sup>.

Lo stesso vale per la funzione sanzionatoria come si desume, in ambito contrattuale, dal testo dell'art. 1107<sup>573</sup> c.c. secondo cui se il debitore non adempie per mera negligenza,

---

<sup>567</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, op. cit., 66 ss.; ROCA-NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6, Valencia, 2011, 22 – 23; DEL OLMO, *Punitive Damages in Spain*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, op. cit., 139.

<sup>568</sup> DEL OLMO, *Punitive Damages in Spain*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, op. cit., 139; DÍEZ – PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, 2000, 46 ss.; PENÀ LOPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, 2002, 196 ss.

<sup>569</sup> BLÁZQUEZ, op. cit., 245; PANTALEÓN, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)*, op. cit., 441 osserva altresì che al risarcimento del danno non si applica la regola, vigente per gli illeciti penali, della irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole.

<sup>570</sup> BLÁZQUEZ, op. cit., 245.

<sup>571</sup> La Corte costituzionale spagnola nella decisione 8 aprile 1991 RTC 1991, ha escluso che la regola della presunzione di innocenza si applichi ai processi civili.

<sup>572</sup> OTERO CRESPO, op. cit., 283 ss.

<sup>573</sup> Tale disposizione sancisce che “*the damages for which the debtor in good faith shall be liable are those which are foreseen or which could have been foreseen at the time of contracting the obligation and which are a necessary consequence of his failure to perform. In the event of wilful misconduct the debtor shall be liable for all damages which are known to have arisen from the failure to perform the obligation*”.

risponde dei danni prevedibili e se, invece, l'inadempimento è frutto di mala fede, risponde anche di quelli imprevedibili. Ad avviso del citato orientamento, la disposizione codicistica in esame avrebbe natura sanzionatoria perché modula le conseguenze risarcitorie in ragione della gravità della condotta<sup>574</sup>. All'obiezione secondo cui l'indicata disposizione, dettata per la responsabilità contrattuale, non può costituire un indice normativo a sostegno della tesi della ammissibilità dei *punitive damages* in ambito extracontrattuale<sup>575</sup> si è replicato che l'art. 1107 c.c. è estensibile anche alla responsabilità aquiliana<sup>576</sup>.

Inoltre, ad avviso della dottrina in commento, le corti di merito sovente finiscono per considerare tra i parametri di quantificazione del danno risarcibile, sebbene in un'ottica formalmente compensativa, anche la gravità e serietà della condotta del danneggiante così introducendo surrettiziamente delle venature sanzionatorie al risarcimento<sup>577</sup>. Non può negarsi difatti che, soprattutto per la liquidazione del danno non patrimoniale, in difetto di precisi e prevedibili parametri legislativi vincolanti, i giudici siano spesso portati ad adottare tecniche di liquidazione sostanzialmente punitive considerando fattori come la gravità della condotta, l'intensità dell'offesa arrecata a terzi o gli utili conseguiti dal danneggiante<sup>578</sup>.

Altra parte della dottrina favorevole all'introduzione dei *punitive damages* sottolinea che esistono situazioni in cui la semplice riparazione del pregiudizio subito non fornisce una adeguata tutela per la vittima dell'illecito come si può riscontrare sia in caso di condotta particolarmente odiosa e repressibile del danneggiante tenuta con dolo o colpa grave sia in caso di conseguimento, da parte del danneggiante, di profitti che superano notevolmente il pregiudizio risarcibile ottenuti in base a un deliberato calcolo di convenienza economica<sup>579</sup>.

---

<sup>574</sup> OTERO CRESPO, op. cit., 283 ss. a cui si rinvia per la bibliografia in argomento e per gli orientamenti di segno contrario; nel medesimo senso del testo, DE COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Granada, 2005, 81 ss.; REGLERO CAMPOS, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, in *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2014, 3 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, *La dignidad de las víctimas de delitos*, in *Aranzadi Civil*, 6, 2010.

<sup>575</sup> BLÁZQUEZ, op. cit., 247.

<sup>576</sup> DE COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Granada, 2005, 81 ss. Per ulteriori riferimenti ai profili problematici sottesi alla disposizione in esame e ai diversi orientamenti dottrinali sul punto, cfr. anche OTERO CRESPO, op. cit., 289.

<sup>577</sup> Si tratta di un criterio di liquidazione del danno cui si ricorre per assicurare una piena compensazione della vittima dell'illecito così, DíEZ – PICAZO, *Derecho de Daños*, cit., 237. Ciò non esclude che in caso di manifesta irragionevolezza del *quantum* le corti non possano riformare la decisione precedentemente adottata sul punto DE ÁNGEL Y ÁGÜEZ, op. cit., 66 ss.

<sup>578</sup> DíEZ – PICAZO, *El escándalo de daños moral*, Madrid, 2008, 99 ss.

<sup>579</sup> REGLERO CAMPOS, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, in *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2014, 3 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, *La dignidad de las víctimas de delitos*, in *Aranzadi Civil*, 6, 2010.

E' stato anche osservato che la responsabilità civile dovrebbe assicurare non soltanto la piena compensazione dell'interesse del danneggiato, ma anche dei costi sociali che l'illecito ha procurato e che i danni punitivi potrebbero costituire una valida e flessibile forma di tutela alternativa alle sanzioni penali e amministrative in presenza di lacune e rigidità di tali branche del diritto pubblico<sup>580</sup>.

Non va poi trascurato che lo stesso legislatore spagnolo ha previsto specifiche ipotesi di risarcimenti non compensativi.

Si pensi al risarcimento del danno da infortuni sul lavoro o malattia professionale di cui all'art. 164<sup>581</sup> della legge generale sulla sicurezza sociale<sup>582</sup>; secondo la legislazione spagnola, quando l'evento dannoso derivi da mancata manutenzione o assenza di adeguati dispositivi di protezione e prevenzione dei rischi per la sicurezza e l'igiene sui luoghi di lavoro, il giudice, valutata la gravità della condotta dell'imprenditore, può assegnare al danneggiato un risarcimento superiore al danno effettivamente patito, in misura compresa tra il 30 e 50 per cento<sup>583</sup>.

La natura sostanzialmente personale e punitiva di tale responsabilità è confermata dall'art. 162.2<sup>584</sup> della medesima legge che sancisce la responsabilità diretta del datore di lavoro per il pagamento di tale somma e l'esclusione di qualsiasi forma di copertura assicurativa.

In tale fattispecie, sembrano ricorrere tutti gli elementi necessari per configurare una vera e propria sanzione civile punitiva assimilabile ai *punitive damages*. Al lavoratore viene infatti corrisposta una somma di denaro che eccede l'entità del pregiudizio subito realmente; la somma aggiuntiva, entro il *range* predeterminato, è modulata in funzione della gravità della condotta del responsabile il quale non può traslarne il costo sull'assicuratore.

Tuttavia, ad avviso di altri autori, l'indicata misura non sarebbe pienamente assimilabile al rimedio di matrice anglosassone. Si tratta, indatti, di una previsione settoriale, non su-

---

<sup>580</sup> BLÀZQUEZ, op. cit., 247 – 248 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>581</sup> Il primo paragrafo dell'indicata disposizione sancisce “*all benefits paid out following a labour accident or professional illness will be increased by 30 – 50 %, depending on the gravity of the wrong-doer's fault, whenever the said harm was caused: by engines, machines and pieces of equipment; in centres and workplaces that do not have precautionary devices established by regulatory law; or where these devices are in a unusable state; or when the safety and hygiene practices or the elementary salubrity or the adequacy between employee and his position have been violated; or those of personal suitability for each job, bearing in mind its characteristics and the age, gender and other conditions of the worker*”.

<sup>582</sup> Così come emendato dal decreto legislativo 30 ottobre 2015, n. 8.

<sup>583</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, op. cit., 111 ss.; FERNÁNEZ – GREGORACI, *Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de punitive damages*, in *Anuario de Derecho Civil*, 2008 113 ss. FELLIU REY, op. cit., 37.

<sup>584</sup> Secondo cui “*the employer is directly accountable for the liability that arises under the previous section. He cannot insure against it and any contract made to transfer or set it off will be deemed void*”.

scettibile di applicazione estensiva generalizzata all'intera responsabilità extracontrattuale, caratterizzata dal fatto che, a differenza di quanto accade per i *punitive damages*, il legislatore, ne ha previsto *ex ante* la misura massima e ridotto notevolmente la discrezionalità del giudice rendendola prevedibile. Si è poi osservato che l'indicata misura viene comunque accertata e irrogata nell'ambito di un procedimento amministrativo e non secondo le regole del processo civile<sup>585</sup>.

Anche il danno da aggravamento dell'insolvenza societaria compiuto in pregiudizio dei creditori sociali di cui all'art. 172, terzo comma, della legge fallimentare assume valenza punitiva<sup>586</sup> così come il risarcimento del danno da indebito utilizzo delle opere di ingegno<sup>587</sup>.

La legge sui marchi e quella sui brevetti prevedono che tra i criteri di quantificazione del risarcimento dovuto per la violazione dei diritti su tali beni immateriali - previsti rispettivamente dall'art. 74, secondo comma, LP e dall'art. 43, secondo comma, LM - vengano in rilievo non solo il pregiudizio patrimoniale realmente sofferto dal danneggiato - e in particolare il lucro cessante corrispondente ai guadagni che il titolare del diritto avrebbe presumibilmente conseguito in assenza dell'illecito - ma anche i profitti che l'autore della violazione ha indebitamente realizzato.

Pertanto, anche in difetto di danno patrimoniale o di mancato assolvimento del relativo onere probatorio, il danneggiato potrà sempre chiedere la retroversione dei profitti illeciti e conseguire anche il risarcimento del danno non patrimoniale (a prescindere dall'esistenza di pregiudizi economici)<sup>588</sup>.

Le indicate disposizioni sono state criticate da alcuni autori sul rilievo che, anziché compensare la vittima dell'illecito di un danno effettivamente subito, determinano soltanto un ingiustificato spostamento patrimoniale<sup>589</sup>; da altri si dubita che la disciplina in esame abbia realmente finalità punitive perché è priva di un qualsiasi riferimento alla gravità della condotta che, nei *punitive damages*, è sanzionata indipendentemente dal profitto conseguito dal danneggiante<sup>590</sup>.

---

<sup>585</sup> BLÁZQUEZ, op. cit., 251.

<sup>586</sup> PANTALEÓN - FERNÁNDEZ GREGORACI, *Responsabilidad de los administradores sociales t calificación in Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, Madrid, 2010, 711 ss.

<sup>587</sup> Art. 66.2 legge 30 marzo 1986, n. 11 sui brevetti (LP), art. 43 della legge 7 dicembre 2001, n. 17 sui marchi (LM), art. 140 decreto legislativo reale 12 aprile 1996, n. 1 sulla proprietà intellettuale (LPI), art. 55 della legge 7 luglio 2003, n. 20 sulla protezione dei disegni industriali (LPJDI). Le indicate disposizioni sono state modificate in sede di trasposizione della Direttiva 2004/48/CE.

<sup>588</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, op. cit., 73 ss.

<sup>589</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, op. cit., 71 ss.

<sup>590</sup> BLÁZQUEZ, op. cit., 253.

Anche le cd. *indemnizaciones coercitivas* sembrano costituire ipotesi di risarcimenti ultracompensativi<sup>591</sup>. In particolare, dopo che il giudice civile ha ordinato la cessazione dell'indebito utilizzo delle opere di ingegno, dispone il pagamento di un'ammenda non inferiore a 600 euro per ogni giorno successivo alla emanazione del provvedimento e fino alla cessazione definitiva degli effetti dell'illecito. Si tratta di vere e proprie multe civili la cui quantificazione è rimessa alla discrezionalità della corte entro i limiti fissati dalla legge per favorire l'esecuzione spontanea della decisione inibitoria da parte dell'indebito utilizzatore dell'altrui marchio o brevetto.

Trattasi di misure coercitive indirette, simili a quelle previste dall'art. 614 *bis* c.p.c. italiano, con finalità preventiva che prescindono dalla prova dell'esistenza di un pregiudizio attuale e concreto da risarcire<sup>592</sup>.

Analoghe misure ultracompensative sono contenute nella legge in materia di proprietà intellettuale (LPI)<sup>593</sup> nella quale il legislatore ha previsto tre diversi rimedi: il risarcimento del danno patrimoniale (da lucro cessante che segue le regole ordinarie), la retroversione dei profitti e la presunzione del danno morale, anche in assenza di pregiudizi economici<sup>594</sup>.

Secondo alcuni autori le indicate disposizioni costituirebbero ipotesi di risarcimenti punitivi diretti a sanzionare comportamenti illeciti in considerazione della gravità della condotta e degli indebiti profitti conseguiti dal danneggiante e avrebbero come finalità quella di evitarne la reiterazione attraverso la privazione dell'arricchimento ingiustamente conseguito<sup>595</sup>.

---

<sup>591</sup> Trattasi delle previsioni contenute negli articoli 44, lett. a) LM, 73, comma 4, LP, art. 55, comma 6 della legge 7 luglio 2003, n. 20.

<sup>592</sup> BLÁZQUEZ, *op. cit.*, 252 sostiene che forse si tratta di sanzioni civili indirette previste dal legislatore perché si possa garantire alla decisione adottata un certo margine di effettività.

<sup>593</sup> Real Decreto Ley 1/1996, del 12 aprile 1996, tramite il quale si approva il Texto Refundido de la LPI. Il citato art. 140 (Indemnización) dispone: «1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. 2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión»

<sup>594</sup> Cfr. FELIU REY, *op. cit.*, 36 – 37.

<sup>595</sup> FELIU REY, *op. cit.*, 37 e ivi ulteriori riferimenti alla letteratura sul punto.

Secondo altra dottrina, invece, la retroversione dei profitti avrebbe carattere puramente restitutorio e non punitivo in quanto diretta non a punire, bensì soltanto a neutralizzare l'ingiustificato arricchimento conseguito dal danneggiante<sup>596</sup>

Così come accaduto nelle esperienze giuridiche degli altri principali Paesi di *civil law* precedentemente esaminate, anche in Spagna sembrano sussistere segnali di apertura verso i risarcimenti ultracompensativi nel campo della lesione dei diritti della personalità.

L'art. 9.3 della *Ley Organica 1/1982*<sup>597</sup>, de 5 de mayo, de *Proteccion Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen* dispone che in caso di lesione dei diritti ivi protetti, “*l'esistenza del pregiudizio si presume sempre che si verifichi un'intromissione illegittima. L'indennizzo si estende al danno morale, che si stima tenendo conto delle circostanze del caso e della gravità delle lesioni effettivamente prodotte, della diffusione o rilevanza del mezzo attraverso cui sono state prodotte*”.

Nella descritta fattispecie, il legislatore riconnette all'accertamento della condotta anti-giuridica la presunzione assoluta di un danno non patrimoniale il quale prescinde da un pregiudizio patrimoniale che, a sua volta, è risarcibile in applicazione delle regole ordinarie.

Significativi sono i parametri indicati *ex lege* per la quantificazione del risarcimento in discorso che attengono esclusivamente alla sfera giuridica del danneggiante e non a quella del danneggiato al punto che parte della dottrina definisce la previsione legislativa in esame come una sorta di risarcimento punitivo *civilizados*<sup>598</sup>.

Anche in Spagna, in occasione della delibazione di sentenze straniere contenenti condanne a *punitive damages*, si è posto il problema dell'osservanza del limite dell'ordine pubblico.

---

<sup>596</sup> DE ANGEL YÀGUEZ, *Dañ~os Punitivos*, Editorial Thomson Reuters, Madrid, 2012, 77.

<sup>597</sup> La norma in commento è stata modificata dalla LO 22 giugno 2010, n. 5 che ha soppresso tra i criteri di liquidazione del danno in esame anche quello del beneficio ottenuto dal danneggiante per effetto della lesione che avrebbe consentito di annullare gli ingiusti arricchimenti conseguiti dall'autore dell'illecito.

<sup>598</sup> FELIU REY, op. cit., 32. L'autore richiama sul punto le riflessioni già condotte a proposito del danno morale da DIEZ - PICAZO, *El escandalo del dan~o moral*, Cizur Menor, Civitas, Madrid, 2008, 100 ss.



Sul punto la giurisprudenza spagnola<sup>599</sup> è orientata in senso favorevole a condizione che la condanna punitiva si riveli non eccessiva alla luce del diritto interno spagnolo, ovvero, in caso contrario, che sussistano concrete circostanze che la giustifichino.

Incide sulla valutazione di riconoscibilità anche l'esistenza o meno di un collegamento speciale con lo stato del foro sicchè via via che la fattispecie presenta minori collegamenti significativi con l'ordinamento spagnolo, aumenta la probabilità di concedere il riconoscimento dei *punitive damages*.

E' stato così affermato che *“una legge straniera che ammette la condanna a pagare i danni punitivi potrà applicarsi in Spagna se tali danni punitivi non sono eccessivi o, nel caso in cui lo siano, sempre che concorrano circostanze obiettive che lo consentano e se, inoltre, l'ipotesi da cui trae origine il danno punitivo in questione ha un legame debole o inesistente con la Spagna. In tal caso l'applicazione della legge straniera da parte di un Giudice spagnolo non viola l'ordine pubblico internazionale spagnolo, dovendo quindi essere accettata”*<sup>600</sup>.

Ancora una volta sembra potersi affermare che le regole della responsabilità civile vigenti nella codificazione spagnola non permettono di configurare risarcimenti punitivi.

Il compito di sanzionare e prevenire la commissione degli illeciti è attribuito al diritto pubblico (diritto penale e amministrativo) sebbene non sia da escludere che, in determinati e specifici settori, il legislatore, come nelle fattispecie esaminate, possa attribuire ai rimedi civilistici una configurazione non puramente riparatoria.

Ciononostante, per quanto osservato, non si tratta di istituti pienamente assimilabili ai *punitive damages* anglosassoni che, come in precedenza notato, contrastano, qualora fossero generalizzati, con specifiche disposizioni di diritto sostanziale e processuale interno.

Il legislatore spagnolo sembra abbia accolto, nelle ipotesi esaminate, il modello dei risarcimenti restitutori per scongiurare il rischio di ingiustificati arricchimenti facilmente conseguibili dall'autore dell'illecito sulla base di un calcolo di convenienza economica<sup>601</sup>.

Non sembrano invece sussistere insormontabili ostacoli al riconoscimento di sentenze straniere recanti condanne ultracompenso se in sede di *exequatur* il giudice dello

---

<sup>599</sup> *Tribunal Supremo* 13 novembre 2001, n. 2039 (RJ 2002, 608) ha riconosciuto e reso esecutivo in Spagna a una sentenza passata in giudicato in *Texas* che aveva condannato una società domiciliata in Spagna a pagare i *punitive damages* in relazione alla violazione della proprietà intellettuale.

<sup>600</sup> CARRASCOSA GONZALEZ, *Dañ os punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español*, disponibile in [http://www.accursio.com/private/uploads/111\\_UMU\\_\\_\\_Punitive\\_Damages\\_by\\_J\\_Carrascosa.pdf](http://www.accursio.com/private/uploads/111_UMU___Punitive_Damages_by_J_Carrascosa.pdf)

<sup>601</sup> OTERO CRESPO, op. cit., 289.

Stato richiesto assegni al limite dell'ordine pubblico portata internazionale (e non solo interna) e sempre che si tratti di una somma proporzionata così come indicato anche dalle Corti Supreme degli altri Paesi di *civil law*.

A differenza di questi ultimi, il *Tribunal Supremo* spagnolo sembra mostrare segnali di maggiore apertura attraverso la valorizzazione delle circostanze del caso concreto che, anche in ipotesi di sproporzione, siano idonee a giustificare la somma liquidata.

## **CAP. II**

**I RISARCIMENTI PUNITIVI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA  
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E DELLA  
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI.**

**I TENTATIVI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DELLA RE-  
SPONSABILITA' CIVILE.**



## 1. Premessa introduttiva.

In Europa continentale l'orientamento tradizionale, fondato sulla dicotomia pubblico – privato, ha determinato l'esclusiva ascrizione ai pubblici poteri del compito di prevenire e sanzionare comportamenti antisociali (diritto penale e/o diritto amministrativo)<sup>602</sup>.

La valorizzazione dei cd. risarcimenti punitivi, – anche in parte – configurati sul modello anglosassone, o di risarcimenti con funzione di deterrenza e prevenzione degli illeciti<sup>603</sup>, si ricollega alla esigenza di assegnare alla responsabilità civile un compito di supplenza nei limiti in cui, in presenza di situazioni peculiari, sussistano inadeguate forme di protezione di interessi giuridicamente rilevanti e il diritto pubblico non sia già intervenuto o abbia fornito una risposta ordinamentale non adeguata allo scopo di tutela.

Si è notato, del resto, che questa dicotomia si fa sempre meno netta e che, in connessione con la crisi fiscale e del *welfare State*, con l'apertura dell'ordinamento interno alle fonti sovranazionali - internazionali e la globalizzazione dei mercati, vi è un tendenziale spostamento dell'area dell'intervento pubblico verso forme di tutela privatistiche che perseguano anche obiettivi generali<sup>604</sup> (persino nel diritto penale si tende a rifuggire dalla pena verso discipline differenti, anche in parte civilistiche<sup>605</sup>).

---

<sup>602</sup> V. *retro* Cap. I, Parte II, par. 1.

<sup>603</sup> È opportuno ribadire che i risarcimenti punitivi configurati sul modello anglosassone dei *punitive – exemplary damages*, nella configurazione prevalente, presentano funzione di *punishment* e di *deterrence* sicché l'entità di tale prestazione pecuniaria è commisurata principalmente alla gravità della condotta, all'intensità dell'elemento psicologico del responsabile e talora anche alle condizioni patrimoniali del danneggiante. A rigore, l'indicata porzione ultracompensativa dell'obbligazione pecuniaria prescinde dalle perdite patrimoniali e/o non patrimoniali subite dal danneggiato tanto è vero che i *punitive damages* vanno tenuti distinti dai *compensatory damages* e soggiacciono a una disciplina sostanziale e processuale differente – anche se si è osservato che le pronunce della Corte di *Washington* hanno istaurato un legame, per mezzo del principio di proporzionalità, con i *compensatory damages* –. La risposta ordinamentale conseguente alla commissione di illeciti particolarmente gravi e riprovevoli sul piano sociale è rappresentata dalla “punizione” del responsabile/i sia in prospettiva sanzionatoria *ex post* che preventiva *ex ante* – monito per gli altri consociati dall'astenersi da simili condotte e per lo stesso autore dell'illecito –.

Quando, invece, si tende a valorizzare la funzione di deterrenza del risarcimento in Europa continentale, l'obiettivo regolatorio perseguito è quello di prevenire il rischio, di creare incentivi per spingere i consociati *ex ante* (e non *ex post*) a prevenire i danni ovvero a stabilire la corretta proporzione tra entità del risarcimento e tipologia di interesse leso dall'illecito (si pensi ai danni alla persona). Si rinvia diffusamente a AA.VV. *La funzione deterrente della responsabilità civile*, in SIRENA (a cura di), Milano, 2011.

Funzione sanzionatoria e funzione deterrente del risarcimento non sono dunque pienamente sovrapponibili come si vedrà diffusamente nel capitolo seguente. Cfr., senza pretese di esaustività, BUSNELLI-PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 276; BIANCA, *La responsabilità civile*, vol. V, Milano, 2012, 557; ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Milano, 2018, 41 ss.; CRICENTI, *I principi della responsabilità civile*, Bari, 2018, 17 ss.; R. SIMONE, *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai danni punitivi*, in *Quest. giust.*, 1, 2018, 136 ss.; VOLPE, *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi*, in *I danni punitivi*, cit., 84 – 93.

<sup>604</sup> Per il cd. “diritto privato regolatorio” da intendersi, in ambito europeo, volto perseguimento di obiettivi generali mediante istituti privatistici o al trasferimento di poteri regolatori dal diritto pubblico al diritto privato cfr., senza pretese di esaustività, CAFAGGI, *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, *EUI Law Working Paper No. 2006/13*; ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv.*

Chiave di volta, come suggerito da talune decisioni adottate dalla Corte di Strasburgo e di Lussemburgo per cui v. *infra* – seppure in contesti diversi e con ruoli istituzionali differenti<sup>606</sup> –, parrebbe essere costituita dalla valorizzazione del principio di effettività (artt. 24 cost., 19.1 TUE, 47 Carta Europea dei Diritti Fondamentali – da ora CDFUE – e 13 CEDU)<sup>607</sup>, non più esaminato esclusivamente dalla prospettiva della teoria degli ordinamenti giuridici, ma attratto alla dimensione dei diritti individuali<sup>608</sup>.

---

*dir. civ.*, 3, 2016, 712 ss. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017, 216 ss.; ID, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2019, 6 ss. ove l'autrice, con specifico riferimento alla responsabilità civile, osserva «non ci si può, dunque, sottrarre dal valutare se il modello della responsabilità improntato alla giustizia consenta di dare spazio a una qualche funzione preventiva e in che misura possa delinearsi una funzione deterrente capace di coniugare efficienza e giustizia e di consentire una funzione regolatoria generale a uno strumento di natura privatistica, come la responsabilità civile».

<sup>605</sup> Cfr. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private"*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 36 ss. che, già nel lontano 1985, affermava come la tutela civile sanzionatoria per la lesione dei diritti della personalità – complementare o esclusiva rispetto a quella penale –, anche a fronte di istanze votate alla depenalizzazione, può rivelarsi più adeguata perché il diritto penale, fondato sul principio di tipicità, finisce per lasciare scoperti interessi giuridicamente rilevanti emergenti che invece meritano la dovuta protezione. Si pensi, ad esempio, al caso delle discriminazioni razziali su cui v. SIZIA, *Discriminazione razziale e ultracompensazione*, in *I danni punitivi*, cit., 132 ss.; BILLOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2018, 77 ss. Si veda il terzo Capitolo, Parte II, par. 6.

<sup>606</sup> Osserva VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*, 4, 2017, 196 ss. che la Corte di Giustizia si occupa di garantire l'effetto utile delle fonti del diritto europeo, di favorire la realizzazione degli obiettivi fissati da parte degli Stati membri (es. mercato, consumatori, ambiente e così via), la Corte EDU controlla che l'attività degli Stati assicuri una tutela effettiva dei diritti umani e la Corte costituzionale garantisce piena ed effettiva tutela dei diritti fondamentali garantiti direttamente o indirettamente dalla Carta fondamentale.

Secondo NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, cit., 6 ss. il riconoscimento di nuovi interessi giuridicamente rilevanti reclama tutele sostanziali e processuali effettive. In ambito CEDU la spinta verso l'effettività della tutela dei diritti fondamentali ivi garantiti deriva dall'adempimento degli obblighi positivi e negativi di fonte costituzionale assunti dagli Stati parte della Convenzione. In ambito europeo la distanza tra interessi riconosciuti a livello sovranazionale e rimedi disciplinati dal diritto nazionale, rende necessario funzionalizzare l'interpretazione delle disposizioni sostanziali e processuali interne a garantire tutela piena ed effettiva ai diritti riconosciuti a livello europeo.

In questo contesto, secondo le citate dottrine, la responsabilità civile assumerebbe un ruolo di centrale importanza quale «*incubatore di una tecnica rimediale effettiva*» cfr. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir. Ann.*, 2017, 281 ss. v. anche DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 5, 2015, 703 ss.

Per l'orientamento critico cfr. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2014, 1191 ss.; ID, *Danno*, Dizionario di diritto privato, a cura di N. IRTI (Milano 2011), 533 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 191 ss.; ID, *Spigolature da Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 711; cfr. anche BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, ivi, 681 ss.; NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2015, 583 ss.; PLAIA, *Giurisprudenza per principi ed effettività delle tutele*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di MAZZAMUTO - NIVARRA Torino, 2016, 159 ss.; LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. e dir. priv.*, 4, 2018, 1071 ss.

<sup>607</sup> Nell'economia del presente scritto non è possibile affrontare compiutamente tutte le diverse declinazioni del principio di effettività; dopo un breve inquadramento generale, ci si limiterà ad analizzarlo per i profili rilevanti ai fini della presente ricerca.

<sup>608</sup> Così LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., 1071 ss. il quale, discorrendo di una sorta di «moto circolare», osserva che «*la tutela giurisdizionale piena ed effettiva degli interessi protetti dalle norme non è altro che la proiezione soggettiva della piena ed effettiva attuazione delle norme stesse. Si ritorna così all'effettività dell'ordinamento nella sua interezza*».

Sul piano normativo, l'effettività va tenuta distinta sia dalla efficacia della norma giuridica (fatto idoneo a produrre effetti giuridici) sia dal concetto di efficienza (migliore rapporto tra mezzi impiegati e obiettivi raggiunti)<sup>609</sup> e, sul piano della tutela giurisdizionale, non incide sull'*an* della situazione giuridica preesistente, ma sul *quomodo* ovvero sulla modalità della protezione dell'interesse protetto accordata dalla norma<sup>610</sup>.

Il principio di effettività serve a qualificare la riuscita del rimedio «*nel confronto fra ciò che l'ordinamento assicura al titolare della situazione sostanziale sul piano astratto e ciò che egli riesce ad ottenere in concreto quando sia costretto a ricorrere ai rimedi che l'ordinamento gli mette a disposizione per soddisfare il proprio bisogno di tutela*<sup>611</sup>»; si declina come diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, come diritto di avere strumenti processuali che si conformino alla situazione da tutelare e come diritto ad ottenere la tutela in tempi ragionevoli<sup>612</sup> e, secondo parte della dottrina, svolge una funzione valutativa, integrativa e correttiva delle tutele civili per assicurare massima protezione agli

---

L'autore avverte che il principio di effettività non deve condurre alla semplicistica idea secondo cui qualsiasi lesione di interessi giuridicamente protetti debba dar luogo a un risarcimento fortemente soddisfacente o deterrente e tradursi così nel rischio di *overprotection* i cui inconvenienti sistemici sono stati esaminati diffusamente nel capitolo precedente. Per gli ulteriori profili di criticità si rinvia agli altri autori citati in nota 605.

<sup>609</sup> Cfr. ampiamente IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009. Per ulteriori riferimenti di teoria generale del diritto v. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, in *Enc. dir.*, Milano 1953; ID, voce *Effettività* (principio di), in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 420 ss.; GAVAZZI, voce *Effettività* (principio di), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 11 ss.

Osserva ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di GRISI, Napoli, 2019, 53 ss. che l'effettività, punto di scontro nella scienza giuridica tra opposte concezioni normativiste e giusrealiste, considerando la struttura della norma, in realtà «*non si risolve né s'identifica nel dover essere, che è il precetto rivestito dell'imperatività, né può dirsi coincidente con la datità del fatto materiale, che è in quanto tale inespressivo di qualsiasi valenza deontica. L'effettività postula, infatti, una valutazione – ab externo – dell'effetto materiale alla luce del portato teleologico della norma e del fatto produttivo di effetti. Una valutazione che, proprio perché invoca il confronto tra un fatto e un valore, sottende una scelta, un'assunzione assiologica che va oltre il singolo comando imperativo*».

<sup>610</sup> BENEDETTI, «*Ritorno al diritto*» ed ermeneutica dell'effettività, in *Persona e mercato*, 2, 2017, in particolare 11 ss. La tutela processuale è costruita in ragione alle diverse situazioni sostanziali lese e dei bisogni di tutela che derivano dalla lesione subita.

<sup>611</sup> CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2019, 1 ss. Sul rapporto tra effettività della tutela e adeguatezza del rimedio v. P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 4 ss.

<sup>612</sup> Per la prospettiva processualistica si veda anche PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, 355 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. L'autrice, richiamando gli insegnamenti chiovendiani, evidenzia il processo deve accordare tutte le utilità che il diritto sostanziale riconosce e massima protezione all'interesse leso rilevante giuridicamente. Il principio di effettività si traduce in diritto a un rimedio effettivo che può essere bilanciato con esigenze generali sottese all'efficienza processuale. Il diritto a un rimedio effettivo – più adeguato alla situazione sostanziale – diviene dunque parametro costituzionale, da bilanciare con quello di efficienza, per valutare la legittimità di previsioni restrittive o di disposizioni lacunose e incomplete rispetto alla pienezza e adeguatezza della tutela delle posizioni giuridiche riconosciute dal diritto sostanziale.

interessi giuridicamente rilevanti e se ne impone l'osservanza sia da parte del legislatore, sia della PA sia per dell'interprete al fine di rendere "giusto" il diritto dei privati<sup>613</sup>.

A livello convenzionale il principio di effettività della tutela è sancito dall'art. 13 CEDU per garantire protezione piena, reale e non meramente teorica ai diritti umani degli individui<sup>614</sup>. Gli Stati, non si sono limitati a vietarne la violazione, ma hanno assunto l'impegno ad adottare adeguate tutele sostanziali e processuali. Pertanto, la Corte di Strasburgo verifica che, in singoli casi concreti, il contesto legislativo interno assicura adeguata protezione ai diritti garantiti dalla CEDU, soprattutto in presenza del rischio di disfunzioni di determinati settori<sup>615</sup>.

Ne deriva l'esigenza di una tutela rafforzata per la natura inviolabile del diritto stesso nei confronti dello Stato sia come obbligo positivo che si impone al legislatore nazionale, sia all'interprete<sup>616</sup>.

Gli Stati Parte della Convenzione di Roma hanno difatti assunto obblighi positivi, oltre che negativi, per assicurare tutela effettiva dei diritti fondamentali garantiti a livello convenzionale, la cui osservanza è presidiata, nel contesto del diritto privato, anche dalle regole della responsabilità civile<sup>617</sup>.

La CEDU impone agli Stati e a tutte le loro articolazioni pubbliche *ex art. 1* di garantire tutela piena ed effettiva ai diritti umani di fonte convenzionale, ma tradizionalmente non incide – se non indirettamente – sull'osservanza degli stessi nei rapporti orizzontali tra

---

<sup>613</sup> VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2018, 1341 ss.; v. anche ID, *La forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Persona e mercato*, 1, 2019, 5 ss. Sul punto v. anche ZOPPINI, *Il diritto privato e "le libertà fondamentali" dell'Unione europea. Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in AA. VV. *Le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea e il diritto privato*, a cura di F. MEZZANOTTE, Roma, 2016, il quale sottolinea «il ruolo dei principi quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione» con una pluralità di funzioni: «una funzione interpretativa, quando contribuiscono a lumeggiare i precetti esistenti; una funzione suppletiva e integrativa quando favoriscono la produzione di regole o tutele; una funzione correttiva, quando son evocati per vagliare ed emendare i processi ermeneutici»; cfr. anche NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 ss.

Per ulteriori riferimenti sul principio di effettività nei rapporti con il diritto costituzionale, diritto europeo e la CEDU v. diffusamente SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012; NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 3 ss.; MAZZAMUTO – PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 24 ss.; VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 283 ss.; ID, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, cit., 281 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. V. anche LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 131 ss.

In precedenza, nel contesto nazionale, per tutti, AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, voll. I e II, Napoli, 1989; di recente, si veda il citato AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di GRISI, Napoli, 2019.

<sup>614</sup> VETTORI, *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2017, 676.

<sup>615</sup> Cfr. quanto sancito al Protocollo n. 15 della CEDU; v. anche VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit. pag. 281 ss.

<sup>616</sup> NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, op. cit., Introduzione, XIV, v. anche a p. 32 e, diffusamente, da pp. 131 a 155.

<sup>617</sup> V. diffusamente NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, 132 ss.



soggetti interamente privati. Tuttavia, è solo nei rapporti verticali che la Corte di Strasburgo può sindacare la violazione compiuta dallo Stato e dagli altri soggetti pubblici che ne rispondono direttamente e immediatamente verso il soggetto leso; trattasi, dunque, delle azioni pubbliche come ad esempio le politiche legislative interne e le attività amministrative che devono necessariamente tenere conto della protezione dei diritti fondamentali per come interpretati e garantiti a livello convenzionale<sup>618</sup>.

Tale sindacato si svolge in via sussidiaria, soltanto se il diritto nazionale non abbia offerto una adeguata protezione all'interesse leso dopo che il ricorrente abbia esaurito tutti i rimedi interni.

Lo Stato, al contempo, è tenuto ad assicurare, mediante adozione di misure positive, che le garanzie convenzionali poste a presidio dei diritti fondamentali siano in concreto esercitabili e garantite anche nei rapporti interamente privatistici (e non solo verticali con i poteri pubblici). Occorre perciò che siano introdotte misure interne adeguate per proteggere i diritti riconosciuti sul piano sostanziale, e, sul piano processuale, adeguate discipline che consentano di accertare le responsabilità correlate lesione diritto garantito a livello convenzionale<sup>619</sup>.

Nell'ambito della Convenzione EDU, la Corte di Strasburgo ha elaborato la teoria degli

---

<sup>618</sup> Allo stesso tempo, rilevano le attività compiute da soggetti privati che svolgano funzioni e attività di rilievo pubblicistico (anche per i rapporti di diritto privato di cui sia parte un soggetto *lato sensu* pubblico cfr., ad esempio, Corte EDU, 20 ottobre 2009 *Valluri v. Italia* – in ambito universitario –; Corte EDU, 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia* – in tema di servizi sanitari –; Corte EDU, Corte EDU, 16 giugno 2005, *Stork c. Germania* – per la raccolta dei rifiuti –; Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Di Sarno c. Italia* –, per le sanzioni e istruzione scolastica –).

Il sindacato della Corte EDU, in tali ipotesi, non coinvolge il profilo dell'*an*, ma del *quantum* e del *quomodo* delle misure attuative dei diritti fondamentali come già ricordato *supra* cfr. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, 186 che richiama sul punto FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Roma – Bari, 2008, 33 ss.

<sup>619</sup> In tale ultima evenienza si discorre di efficacia indiretta e orizzontale della CEDU. Quando si ricorre alla Corte di Strasburgo per denunciare l'inadeguata protezione dei diritti fondamentali nell'ambito di controversie esclusivamente privatistiche (nelle quali vengono in rilievo normalmente diritti fondamentali di pari rango contrapposti), la Corte EDU può ascrivere la responsabilità allo Stato soltanto se la giurisprudenza interna abbia disatteso in maniera arbitraria e irragionevole gli orientamenti fissati a livello convenzionale o la legislazione interna rilevante. La Corte non può sostituirsi ai giudici nazionali nell'ambito dei rapporti orizzontali, ma su questi ultimi vige l'obbligo di interpretare la disciplina interna in maniera conforme alla CEDU (nel caso *Pla e Puncernau c. Andorra*, sentenza 13 luglio 2004, § 59, la Corte di Strasburgo ha infatti affermato «nell'esercizio del controllo europeo che le spetta, non può rimanere passiva laddove l'interpretazione da parte di un tribunale interno di un atto giuridico, sia esso una disposizione testamentaria, un contratto privato, un documento pubblico, una disposizione di legge o una prassi amministrativa, appaia illogica, arbitraria, discriminatoria o, più in generale, incompatibile con i principi sottostanti alla Convenzione»; successivamente v. anche Corte EDU, 16 dicembre 2008, *shid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, par. 33; Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Vulakh e altri c. Russia*; Corte EDU, 12 marzo 2014, *Zagrebačka banka d.d. c. Croazia*; Corte EDU, 31 maggio 2016, *Vukušić c. Croazia*; Corte edu, 30 agosto 2016, *Mindek c. Croazia*, 77).

obblighi positivi<sup>620</sup> che, come per quelli a carattere negativo, implica l'adozione da parte degli Stati di misure strumentali idonee a garantire il pieno ed effettivo esercizio dei diritti di fonte convenzionale<sup>621</sup> osservando che quanto più l'interesse protetto assume un rilievo prioritario, tanto più la discrezionalità degli Stati tende a ridursi. In virtù del predetto orientamento, il potere giudiziario dei singoli Stati è tenuto a garantire nei casi giudicati l'osservanza delle normative più congrue alla protezione all'interesse fondamentale tutelato a livello convenzionale<sup>622</sup>.

Qualora difetti una normativa interna o si riveli inadeguata alla protezione dei diritti CEDU nonostante gli obblighi positivi assunti dagli Stati, nelle materie di competenza dell'Unione in cui, per il combinato disposto degli artt. 6 TUE e 52 e 53 CDFUE le disposizioni della CEDU hanno rilevanza di principi generali del diritto unionale, il giudice nazionale non può applicare direttamente la disposizione della convenzione e disapplicare la norma di diritto interno eventualmente in contrasto con essa, ma dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 cost.<sup>623</sup>.

Fuori dalle materie di competenza dell'Unione Europea, si pone il problema del rapporto tra obblighi positivi ed efficacia dei diritti CEDU le cui disposizioni hanno carattere interposto tra norme costituzionali e ordinarie<sup>624</sup>.

L'interpretazione conforme alla normativa CEDU postula che vi sia una norma interna

---

<sup>620</sup> Sentenze *Marckx v. Belgio*, 13 giugno 1979, par. 31; *Airey v. Irlanda*, 8 ottobre 1979, parr. 24 – 28; *Webster v. Uk*, 13 agosto 1981, par. 49; *Lopez Ostra v. Spagna*, 9 dicembre 1994; *Osman v. Uk*, 28 ottobre 1998; *Guerra v. Italia*, 19 febbraio 1998.

<sup>621</sup> La Corte EDU compie un bilanciamento tra interessi del ricorrente, della collettività nel suo insieme e delle finalità contemplate dalla norma CEDU invocata in giudizio (cfr. Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari e altri v. Italia*, punti 160 e ss.).

<sup>622</sup> Cfr. Corte EDU, 30 novembre 2004, *Oneryildiz v. Turchia*.

<sup>623</sup> La CGUE ha escluso il potere di disapplicazione dei giudici ordinari nelle sentenze 24 aprile 2012 C-571/10, 7 maggio 2013, C-617/10 riconoscendo una rilevanza solo indiretta della CEDU nel senso che i principi in essa contenuti possono operare negli ambiti di competenza europea solo mediante la previa adozione di atti di diritto europeo e possono avere solo valenza interpretativa per i diritti riconosciuti dalla CDFUE. Sulla necessità dell'incidente di costituzionalità della norma interna, *ex multis*, Cass., 19 febbraio 2013, n. 975 che richiama quanto già sostenuto sul punto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 80/2011.

In termini generali, la riscontrata difformità della disciplina nazionale rispetto alle garanzie convenzionali richiede di adottare una interpretazione convenzionalmente orientata, purchè fondata su precedenti consolidati della Corte di Strasburgo e su sentenze pilota (corte cost. 26 marzo 2015, n. 49). Solo l'insanabile contrasto tra norme e rimedi interni posti a presidio di quegli interessi fondamentali da tutelare e le garanzie CEDU, impone al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa interna anticonvenzionale. Se il sindacato certamente può intervenire nell'ambito di misure positive inadeguate adottate dal legislatore o dalle autorità pubbliche, l'inerzia del legislatore ed eventuali condotte incolpevoli non acquistano rilievo giuridico interno.

La ineffettività, oltre che da ragioni giuridiche (inadeguatezza legislativa) può dipendere anche da ragioni fattuali (come quelle economiche e sociologiche).

<sup>624</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317; Corte. cost., 11 marzo 2011, n. 80; Corte. cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

preesistente da adeguare alle garanzie convenzionali.

Secondo alcuni autori<sup>625</sup>, l'eventuale lacuna legislativa interna che assume rilevanza costituzionale *ex art. 117, primo comma, cost.*, può essere colmata dall'interprete attraverso l'attività interpretativa e ricostruttiva in raccordo con i principi costituzionali e con solida motivazione della decisione.

Per l'orientamento prevalente, invece, il giudice è soggetto soltanto alla legge e in nessun caso i principi CEDU potrebbero avere efficacia diretta e immediata nei rapporti orizzontali<sup>626</sup>.

Gli obblighi di fonte internazionale si combinano con il principio costituzionale di effettività della tutela (art. 24 cost.) e ne rafforzano la portata applicativa, inteso in senso verticale.

In mancanza di rimedi interni adeguati ed effettivi, che compete alla Corte di Strasburgo accertare in relazione ai singoli casi concreti esaminati e al contesto di riferimento, lo Stato inadempiente è condannato al pagamento di una equa indennità in favore del ricorrente (art. 41 CEDU) la quale, avendo finalità educativa ed esemplare, in specifiche situazioni, potrebbe non essere determinata secondo parametri puramente riparatori del danno sofferto dall'istante.

La Corte EDU, in talune occasioni, richiamando il principio di effettività della tutela, ha chiarito che la discrezionalità degli Stati nel definire le regole interne risarcitorie incontra un duplice concorrente limite; il divieto di introdurre una disciplina talmente rigorosa a livello probatorio (soprattutto per il danno non patrimoniale) da rendere eccessivamente complesso, se non impossibile il conseguimento del ristoro per il danneggiato e il divieto di accordare un risarcimento puramente simbolico o comunque sproporzionato rispetto alla gravità della violazione accertata rendendo, in tal modo, del tutto illusoria e teorica la protezione dei diritti umani.

Sotto altro profilo, nel sistema CEDU, il problema della generale configurabilità di ri-

---

<sup>625</sup> NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, 150 – 151.

<sup>626</sup> Evidenzia RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 325 ss. che gli enunciati della CEDU, i quali si occupano soltanto dei cd. diritti di prima generazione, hanno natura programmatica e non precettiva sicchè le lacune dell'ordinamento nazionale non possono essere colmate dal giudice. Sulla non applicabilità diretta dei principi costituzionali con argomentazioni che possono estendersi a maggior ragione alle disposizioni CEDU quali fonti di rango subcostituzionale cfr. ampiamente D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)* in *Giust. civ.*, 3, 2016, 443 ss. In precedenza autorevolmente, per tutti, v. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 261 ss.; RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001, 62.

Per la tesi contraria, senza pretese di esaustività, PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1980.

sarcimenti non puramente riparatori (punitivi, deterrenti e/o restitutori) deve misurarsi con gli eventuali limiti posti dalle disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti Umani, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo, laddove siano reputate applicabili estensivamente anche a fattispecie tipiche previste dal diritto nazionale concernenti misure civilistiche *lato sensu* sanzionatorie<sup>627</sup>.

Nei settori di competenza dell'Unione Europea, il principio di effettività gioca un ruolo centrale nel processo di attuazione del diritto sovranazionale da parte degli Stati membri – quale corollario della volontaria cessione di quote di sovranità alle Istituzioni sovranazionali *ex artt.* 11 e 117, primo comma, cost. e 5 TUE, salvi i controlimiti – e la CGUE assume il ruolo di Giudice “di scopo” deputato a garantire il massimo effetto utile delle direttive e delle altre fonti europee, accertando che sia data piena ed effettiva tutela ai diritti e agli obblighi previsti a livello sovranazionale.

E' stato osservato<sup>628</sup> che a livello europeo il principio di effettività, oltre a rilevare sul piano della tutela dei diritti, presidia le norme sovranazionali che disciplinano quei diritti e perseguono determinate finalità assicurando che siano effettivamente eseguite e attuate dagli Stati membri in virtù degli obblighi sovranazionali assunti.

L'esigenza di dovere dare attuazione piena ed effettiva agli obiettivi fissati dalle fonti europee tramite il diritto nazionale e l'attività interpretativa dei giudici interni – delegati dalla CGUE ad assicurare l'armonizzazione e uniformità del diritto europeo –, ha determinato l'utilizzo di importanti tecniche interpretative; l'interpretazione conforme e la eventuale non applicazione del diritto nazionale incompatibile, la responsabilità civile dello Stato per mancata o inesatta attuazione delle direttive non autoapplicative e, talora, anche l'utilizzo delle libertà fondamentali garantite a livello europeo per sindacare gli atti di autonomia privata<sup>629</sup>.

---

<sup>627</sup> Si intende alludere, come si vedrà *infra*, soprattutto alla osservanza del principio di legalità e relativi corollari previsti dalla CEDU con particolare riferimento alla nozione di *matière pénale* e ai relativi rapporti con le previsioni tipiche interne di misure civilistiche restitutorie (con ampia e prevalente finalità deterrente – ad esempio la reversione degli utili) e quelle con prevalente funzione punitiva (ad es. art. 96, terzo comma, c.p.c.). V. ampiamente il capitolo successivo sul punto.

<sup>628</sup> NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, op. cit., 29.

<sup>629</sup> Ulteriore elemento di complessità, a livello europeo, è dato dalla garanzia dei diritti fondamentali all'interno della CDFUE che ha lo stesso rango dei Trattati Istitutivi *ex art.* 6 TUE. L'Unione Europea assume così il compito, oltre che di regolare il mercato efficientemente secondo il modello *ordo* – liberale, di assicurare protezione piena ed effettiva (art. 47 CDFUE) ai diritti fondamentali della persona umana garantiti anche dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU. Cfr. sul punto diffusamente RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, 95 ss.; SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

In questa prospettiva, come osserva, TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2010, 361 ss. «in una prima fase i

Più precisamente, la Corte di Lussemburgo opera su tre fronti, uno negativo e due positivi<sup>630</sup>; censura le restrizioni poste dal diritto nazionale per assicurare congrua tutela sostanziale e processuale ai diritti conferiti dalle fonti europee – facendo leva appunto sui principi di competenza, effettività ed equivalenza – (v. artt. 19 TUE e 47 CDFUE)<sup>631</sup>, utilizza, in positivo e con il medesimo scopo, l’effettività come criterio interpretativo per potenziare l’effetto utile e gli obiettivi fissati nelle fonti del diritto europeo<sup>632</sup> (v., ad esempio, in materia di risarcimento *antitrust*, sentenza *Manfredi* su cui *infra*) e, dialogando con i giudici nazionali, richiede, sempre in positivo, di perfezionare i rimedi in-

---

*giudici europei si servono di alcuni principi strutturali della costruzione comunitaria, in particolare del principio degli effetti diretti, per trasformarli in realtà processuale e fare della «vigilanza dei singoli» un efficace strumento per garantire, insieme alla salvaguardia dei diritti individuali, l'effetto utile delle norme del sistema comunitario. In una seconda fase, che inizia con l'apertura dell'ordinamento comunitario ai diritti fondamentali e la individuazione-rilevazione di un diritto-principio generale di effettiva tutela giurisdizionale, la Corte, attraverso un «uso alternativo» della competenza pregiudiziale si apre la strada per intervenire con le proprie elaborazioni sulle discipline processuali dei singoli ordinamenti e per disegnare, essa stessa, il tipo di tutela - ora come forma di tutela o rimedio, ora come tecnica di tutela - che va accordato dai giudici degli Stati membri ai diritti di fonte comunitaria. Peraltro, come vedremo, di fronte ad alcuni temi di particolare delicatezza, la Corte sa anche circoscrivere saggiamente il proprio intervento al caso concreto - riformulando, eventualmente, gli stessi termini della questione sollevata - per presentare al giudice della causa principale il risultato da ottenere in termini di effettiva applicazione del diritto comunitario senza enunciare nel contempo regole valide in ogni caso ed incidere così sulle strutture dei sistemi nazionali» sicchè «Ad una stagione dell'esperienza europea caratterizzata dal riconoscimento della «soggettività comunitaria» dei singoli e dall'affermazione di un ampio corpus di diritti (soggettivi) in capo ad essi, tutelabili dinanzi alle magistrature nazionali - diritti originanti dall'efficacia diretta di norme comunitarie primarie e derivate o «ricostruiti» in via di «interpretazione conforme» della normativa domestica in vista dell'ottenimento di un risultato coerente con la finalità del diritto comunitario - segue così una stagione in cui un'attenzione particolare è rivolta alle forme di tutela delle situazioni giuridiche di origine comunitaria e alle loro concrete modalità di attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali: «What [becomes] important is the establishment of effective remedies for the protection of Community law rights».*

<sup>630</sup> REICH, *General Principles of EU civil law*, Intersentia, 2014, 91 ss.; VETTORI, *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2017, 673 ss.

<sup>631</sup> In tale dimensione negativa, il principio di effettività insieme al principio di equivalenza si traduce nella non applicazione della normativa interna che fornisca non adeguata tutela sostanziale e processuale ai diritti riconosciuti a livello sovranazionale i quali non devono avere un trattamento meno favorevole rispetto agli ordinamenti nazionali Cfr., tra le tante, CGUE, 13 marzo 2007, C-432/05, punti nn. 43, 47, 82; CGUE, 29 ottobre 2009, C-63/08; CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, punti 43 e 63.

<sup>632</sup> In primo luogo, in caso di direttive non attuate contenenti disposizioni sufficientemente precise, incondizionate e preordinate al conferimento di diritti (cd. direttive *self executing*), il principio di effettività ne consente l’applicazione diretta nei rapporti verticali tra Stato e privati, ma non nei rapporti orizzontali tra consociati. La mancata trasposizione di direttive che incidano su rapporti privatistici dà luogo, tuttavia, a inadempimento e alla conseguente responsabilità dello Stato per il mancato riconoscimento dei diritti attribuiti a livello europeo.

Sempre con riferimento alle direttive non aventi effetti orizzontali, il giudice nazionale è tenuto alla interpretazione della disciplina interna in maniera conforme agli obiettivi fissati a livello europeo con il limite del divieto di procedere a una interpretazione *contra legem* e dell’osservanza dei principi generali del diritto. Ove ciò non sia possibile, sarà configurabile la responsabilità civile dello Stato.

In secondo luogo, per le direttive aventi effetti orizzontali che non recano una disciplina completa del rimedio o non lo contemplano affatto, il principio di effettività consente di individuare la più appropriata disciplina interna da ascrivere all’apparato rimediabile o di completare la disciplina sovranazionale sul punto mancante.

In terzo luogo, il principio di effettività può limitare gli atti di autonomia privata che abbiano valenza regolatoria e possano incidere sul mercato unico influenzando sulle competenze europee. Diffusamente NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, 42 ss.

terni in modo tale che assicurino adeguate forme di protezione all'interesse leso *ex artt.* 19 TUE incidendo non sull'*an*, ma sul *quomodo* della tutela.

Sul piano della responsabilità civile, al di là della responsabilità dello Stato per mancata attuazione delle Direttive e altre fonti europee non aventi efficacia orizzontale, il principio di effettività rileva su altri fronti.

Si è detto già che gli scopi perseguiti a livello sovranazionale debbono essere presidiati da un apparato rimediale interno realmente effettivo e, in alcuni settori, secondo il legislatore europeo, anche sufficientemente dissuasivo.

Ciò significa, come si vedrà, che esso può tradursi in notevoli semplificazioni probatorie per il danneggiato e anche eventualmente nel sindacato sulla congruità della misura del risarcimento.

Il perseguimento di un obiettivo regolatorio di portata generale tramite l'impiego di istituti privatistici potrebbe in astratto influire anche sulla determinazione del danno risarcibile e ricollegarsi alla valorizzazione della finalità deterrente del risarcimento<sup>633</sup> (anche se questa tendenza è oggi respinta in materia *antitrust*).

Mentre la CGUE tollera i risarcimenti punitivi se previsti a livello nazionale ed entro il limite della non manifesta eccessività, la disciplina del risarcimento *antitrust*, che persegue la massima efficienza economica, superando le aperture manifestate in passato dalla stessa Corte di Lussemburgo e dalla Commissione Europea, sancisce una posizione di netta chiusura rifacendosi al modello risarcitorio prevalente negli Stati membri di natura riparatoria (a sua volta, fondato sul modello della giustizia commutativa e sulla divisione di competenze tra *public enforcement* e *private enforcement*).

---

<sup>633</sup> Si è osservato che nei settori di competenza del diritto europeo si potrebbe realizzare una interpretazione funzionale del diritto civile interno per certi versi paragonabile a quanto accaduto in materia contrattuale; così come in ambito contrattuale si afferma sempre più la teorica del contratto "giusto", così per la responsabilità civile potrebbe affermarsi una disciplina diretta ad assicurare protezione sempre più piena ed effettiva alle situazioni giuridiche soggettive lese, protette dal diritto sovranazionale, per realizzare gli obiettivi fissati a livello europeo. L'alternativa dovrebbe essere quella di una riforma legislativa che miri specificamente a garantire maggiore prevenzione e controllo degli illeciti cfr. BUSNELLI, *Danno e responsabilità*, cit., 104.

NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 48 ss., con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale discorre di funzione individual – deterrente per condotte particolarmente gravi e deplorabili.

Nel senso che il principio di effettività della tutela dei diritti fondamentali possa spingere verso risarcimenti "ultracompensativi" interni v. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile in Danno e resp.*, 1, 2019, 89 ss., nota a commento di Cass., Sez. III, 12 aprile 2018, n. 9059. L'autore richiama anche Cass., 22 gennaio 2015, n. 1126 a sostegno dell'indicato orientamento in materia di discriminazioni sul lavoro per ragioni di sesso.

Maggiori aperture verso risarcimenti realmente “dissuasivi” si registrano, invece, in ambito giuslavoristico e di tutela della proprietà intellettuale seppure in vista del perseguimento di obiettivi differenti<sup>634</sup>.

Prima di soffermarsi diffusamente sui citati orientamenti giurisprudenziali, giova preliminarmente dare conto dei tentativi di armonizzazione del diritto della responsabilità civile condotti a livello sovranazionale.

---

<sup>634</sup> Si vedrà specificamente che sono ammesse semplificazioni probatorie in tutte quelle ipotesi in cui sarebbe eccessivamente difficoltoso se non impossibile dimostrare, per il danneggiato, di avere subito un pregiudizio risarcibile secondo le regole interne.

Diversa sembra la *ratio* di tale disciplina di derivazione sovranazionale. Mentre nel caso dei diritti dei lavoratori vi è l’esigenza di garantire – da parte del legislatore europeo – massima protezione ai diritti fondamentali della persona (contro il rischio di gravi discriminazioni ovvero di abusi nella contrattazione a termine, anche in relazione alla libertà di accesso al mercato lavoristico) nell’ambito del risarcimento del danno non patrimoniale, altrimenti difficilmente risarcibile, nel caso della tutela della proprietà intellettuale le semplificazioni probatorie dettate per il danneggiato sono previste in conseguenza delle considerevoli difficoltà probatorie del danno da lucro cessante perché sarebbe estremamente complesso ricostruire in giudizio un mercato alternativo ipotetico che si sarebbe verificato in assenza dell’illecito. Gli utili del danneggiante diventano un parametro per quantificare il danno risarcibile e, in tale misura, si registra un condivisibile equilibrio, in termini di regolazione generale, tra efficienza del mercato e giustizia commutativa. In tal senso NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 50 – 51. Per l’analisi delle problematiche relative all’illecito *antitrust* v. diffusamente il successivo par. 4.1.

## 2. Risarcimenti punitivi, *Principles of European Tort Law* e *Draft Common Frame of Reference*

Frutto degli studi promossi dall'*European Group on Tort Law*<sup>635</sup>, i principi di diritto europeo della responsabilità civile (PETL) individuano, nell'ambito di un atto di *soft law* e nella prospettiva di favorire l'armonizzazione giuridica, la natura e gli scopi del risarcimento (art. 10:101)<sup>636</sup>. Ribaditane la funzione compensativa che corrisponde alla regola generale fissata nel precedente art. 1:101<sup>637</sup>, l'art. 10:101 cit. fa riferimento anche a uno scopo preventivo che, tuttavia, non rinviene ulteriori specificazioni.

All'interno dei PETL, non è dato riscontrare alcun riferimento alla funzione punitivo/sanzionatoria del risarcimento sicchè, in sede di commento della previsione da ultimo citata, taluni autori hanno osservato che sarebbe stata implicitamente rifiutata l'idea dei *punitive-exemplary damages* e condivisa soltanto quella dei risarcimenti compensativi<sup>638</sup>.

Nello stesso senso depongono i Principi<sup>639</sup> redatti in ambito europeo dallo *Study Group on a European Civil Code* inseriti nel *Draft Common Frame of Reference*.

L'art. 6:101<sup>640</sup> sancisce che l'obiettivo del risarcimento è quello di ripristinare lo *status quo ante* che si sarebbe avuto in assenza dell'illecito; di prevenzione, si discorre con riferimento all'azione inibitoria ex art. 6:102 (4). Quale alternativa alla riparazione attuata tramite le regole della responsabilità civile, si prevede soltanto la reversione degli utili. Quest'ultima, però, costituisce una tutela civile diversa da quella risarcitoria (di natura

---

<sup>635</sup> Istituito nel 1999 in corrispondenza dell'*European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL)*. I PETL risalgono al 19 - 20 maggio 2005 e sono stati pubblicati con relativo commento nel volume AA.VV., EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Springer, 2005.

<sup>636</sup> Così art. 10:101 «Il risarcimento dei danni consiste nel pagamento di una somma di denaro per rimettere il danneggiato nei limiti in cui il denaro possa, nella posizione che avrebbe occupato se l'illecito non fosse stato commesso. Il risarcimento dei danni ha anche per scopo la prevenzione del danno». La traduzione italiana, a cura dei Proff. BUSNELLI e COMANDÈ, è reperibile sul sito ufficiale <http://www egtl.org/Principles/index.htm>.

<sup>637</sup> Così art. 1:101: «Il soggetto a cui un danno subito da altri è a lui giuridicamente imputabile dal diritto è tenuto a risarcirlo. Il danno è imputabile in particolare al soggetto: la cui condotta colposa o dolosa ha causato il danno; o la cui attività straordinariamente pericolosa ha causato il danno; o i cui ausiliari hanno causato il danno nell'ambito delle proprie attribuzioni».

Per il relativo commento KOZIOL, Art. 1:101, *Basic Norm*, in *Principles of European Tort Law*, cit. 19 ss.

<sup>638</sup> Così MAGNUS, Art. 10:101. *Nature and purpose of Damages*, in *Principles of European Tort Law*, cit., 150 ss. V. anche BUSNELLI, *Danno e responsabilità*, cit., 221.

<sup>639</sup> Pubblicati nel volume *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Monaco, 2009.

<sup>640</sup> Art. 6:101, rubricato *Aim and forms of reparation*, prevede che il diritto alla *reparation* di cui all'art. 1:101, consiste nel «reinstatement of the person suffering the legally relevant damage in the position that the person would have been in had the legally relevant damage not occurred».



restitutoria) giacchè protesa alla restituzione dell'arricchimento senza causa conseguito dell'autore del fatto dannoso<sup>641</sup>.

Nel commento alla disposizione sopra citata, si è osservato che la funzione di *punishment* non è attribuibile alle regole di responsabilità civile poichè connaturata al diritto penale sicchè non sono ammissibili i *punitive damages* anglosassoni<sup>642</sup>.

Le ambiguità persistono per il danno non patrimoniale.

Si legge, infatti, al secondo comma dell'art. 10:301 PETL «*Di norma, nella valutazione di tali danni devono essere prese in considerazione tutte le circostanze del caso, compresa la gravità, la durata e le conseguenze del torto. La colpa del danneggiante deve essere presa in considerazione solo ove contribuisca in modo significativo alla offesa subita dalla vittima*». Sembra quindi che nel risarcimento dei pregiudizi legati alla lesione di interessi non economici della persona sussista un collegamento tra commisurazione dell'entità della obbligazione risarcitoria e gravità soggettiva della condotta del danneggiante, qui accentuata dall'utilizzo della locuzione «*significantly*». Il riferimento alle altre circostanze del caso concreto, ivi comprese quelle relative alla sfera giuridica dell'autore del fatto lesivo, esclude la possibilità di ascrivere al risarcimento in discorso una esclusiva funzione compensativa.

Per il danno non patrimoniale è proprio l'impossibilità di misurare in termini economici certi il pregiudizio cagionato alla persona a suggerire che il risarcimento sia proporzionato alla gravità della lesione alla luce delle obiettive circostanze del caso concreto, delle specificità e peculiarità della vittima sicchè il problema non è tanto quello di "compensare" (e quindi di sostituire per equivalente ad una perdita un surrogato economico che per definizione non esiste con riguardo ai beni della persona umana), ma di assicurare piena soddisfattività alla vittima del torto in prospettiva solidaristica. Non deve stupire che alla funzione compensativa concepita per il danno patrimoniale, possa affiancarsi per il risarcimento del danno non patrimoniale uno scopo deterrente o addirittura sanzionatorio in senso lato<sup>643</sup>. Per ulteriori riferimenti si rinvia al Cap. III, Parte II, Paragrafi. 5.5, 5.6, 5.7.

---

<sup>641</sup> Così BUSNELLI, *Danno e responsabilità*, cit., 222.

<sup>642</sup> VON BAR, C. & CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume 4, Monaco: Sellier European Law Publishers, 2009, 3724. L'autore che ha coordinato il progetto in altra occasione ha affermato la possibilità di riconoscere i risarcimenti punitivi anche in Europa sebbene con specifico riferimento ai soli risarcimenti dei danni non patrimoniali (*damages for pain and suffering*) v. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, II, Oxford – New York, 2000, 372.

<sup>643</sup> Il primo comma dell'art. 10:301 PETL cit., sancisce che «*la lesione di un interesse può giustificare il risarcimento del danno non patrimoniale in considerazione dell'ambito della sua tutela*» rinviando

### 3. I cd. risarcimenti punitivi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il problema della l'equa riparazione, dell'esistenza di rimedi effettivi interni e della estensione delle garanzie sottese alla nozione di *matière pénale*.

#### 3.1. L'equa riparazione e l'esistenza di rimedi effettivi interni

Nella giurisprudenza EDU l'ammissibilità dei cd. risarcimenti punitivi va esaminata sotto diversi profili muovendo anzitutto da quanto previsto dall'art. 41 CEDU; sul presupposto che sia stata accertata la violazione delle disposizioni convenzionali e/o dei relativi Protocolli, se i rimedi interni accordati dagli Stati Contraenti assicurano una riparazione non adeguata per la lesione dei diritti umani garantiti dalla Convenzione, la Corte di Strasburgo può concedere, ove ritenuto necessario, una equa soddisfazione alla vittima<sup>644</sup>.

Occorre comprendere se, per assicurare l'indicata equa soddisfazione, si possa configurare un risarcimento non compensativo o addirittura punitivo<sup>645</sup> e parallelamente se tale risarcimento possa costituire un valido deterrente per indurre gli Stati Contraenti ad osservare, nell'ambito degli obblighi derivanti dal diritto internazionale convenzionale, il

---

all'art. 2:102 – collocato sistematicamente nel titolo II delle «*Condizioni generali della responsabilità*», Capo 2 intitolato al «*Danno*» e all'interno del quale si colloca l'art. 2:101 dedicato al «*Danno risarcibile*» -. L'indicata disposizione, rubricata «*interessi protetti*», fornisce importanti chiarimenti non solo con riguardo al tipo di interesse suscettibile di tutela risarcitoria, ma individua anche una tutela differenziata in ragione della tipologia di interesse leso.

Difatti il citato art. 2:102 cit. esordisce in questi termini «*l'ambito di tutela di un interesse dipende dalla sua natura; quanto maggiore sia il suo valore, la precisione della sua definizione e la sua evidenza, tanto più ampia è la sua tutela*» (1). Riconosce la «*la più ampia tutela*» alla vita, all'integrità psico-fisica, alla dignità umana e alla libertà (2) e, al punto (5) specifica «*l'ambito della tutela può essere influenzato anche dalla natura della responsabilità così che un interesse può trovare tutela più ampia contro lesioni dolose rispetto ad altre ipotesi*». Viceversa, per gli interessi puramente economici o legati a rapporti contrattuali ammette la possibilità di una tutela risarcitoria «*più limitata in estensione*» (4) e precisa, in ogni caso, che «*nel determinare l'ambito della tutela devono essere presi in considerazione gli interessi del soggetto agente, specialmente in ordine alla libertà di agire e all'esercizio dei propri diritti, così come gli interessi pubblici*» (6).

Come si vedrà nel capitolo seguente (Cap. III, parte II, par. 7 e ss.), l'esigenza di distinguere la tutela risarcitoria a seconda che si tratti di danno patrimoniale e non patrimoniale è particolarmente avvertita da alcuni autori v. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 64 ss.; NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino 1996, 354 ss. In precedenza con riguardo al riconoscimento della funzione satisfattiva del risarcimento del danno non patrimoniale v. per tutti R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, 76 ss. Per la funzione punitiva v. diffusamente BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

<sup>644</sup> Così l'art. 41 CEDU, rubricato «*equa soddisfazione*»: «*Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*».

<sup>645</sup> Sul punto MEURKENS, *Punitive damages, The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Maastricht, 2014, 250 ss.; WILCOX, *Punitive damages in the armoury of human rights: the arbiters*, in *The Power of Punitive Damages – Is Europe missing out?*, op. cit., 496 ss.

*dictum* contenuto nelle sentenze della Corte di Strasburgo<sup>646</sup> che accertano la violazione dei diritti umani.

Le Istruzioni Pratiche concernenti le domande di equa riparazione - che il Presidente della Corte ha il potere di emanare ai sensi dell'art. 32 del Regolamento della Corte - forniscono importanti chiarimenti a riguardo<sup>647</sup>. L'indennità di cui all'art. 41 CEDU non segue automaticamente all'accertamento della violazione perché il citato art. 41 ne subordina la concessione, da un lato, alla previa valutazione di inadeguatezza del diritto nazionale dello Stato inadempiente ad assicurare adeguate forme di riparazione al ricorrente e, dall'altro, alla ritenuta necessità di applicare l'equa soddisfazione perché reputata misura indispensabile per il conseguimento di tale scopo<sup>648</sup>.

La Corte, si specifica, per assicurarne l'equa determinazione - proprio perché l'indennità di cui all'art. 41 CEDU deve essere «*just*» o «*équitable*» -, deve avere riguardo a tutte le circostanze del caso concreto sicché in talune ipotesi potrebbe ritenere che il semplice accertamento della violazione sia già sufficiente ad assicurare l'equa soddisfazione a prescindere dal risarcimento pecuniario; in altre, potrebbe accordare una indennità inferiore al danno subito e ai costi e spese sostenuti dal ricorrente, talora escludendo del tutto l'indennizzo (se, ad esempio, la violazione, i costi e i danni sono imputabili alla condotta del ricorrente)<sup>649</sup>. In altre ancora, come si vedrà, potrebbe riconoscere una indennità che si somma al risarcimento interno conseguito dal ricorrente e persino in assenza della relativa domanda giudiziale.

---

<sup>646</sup> FIKFAK, *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, vol. 29, n. 24, 2018, 1091 – 1125 ricorda che in base ai dati forniti dal Consiglio d'Europa di marzo 2018, su oltre 60 anni di attività della Corte di Strasburgo, ben 7.500 sentenze sono rimaste prive di esecuzione da parte degli Stati Contraenti. L'autrice afferma che, sebbene prevalga una giurisprudenza di segno contrario, l'apertura verso i risarcimenti punitivi di elevato valore potrebbe indurre gli Stati a una reazione di fronte alle violazioni sistematiche dei diritti umani sulla base di un'analisi costi – benefici.

<sup>647</sup> Le indicate Istruzioni Pratiche sono state adottate il 28 marzo 2007 e sono liberamente accessibili sul sito istituzionale della Corte di Strasburgo [https://www.echr.coe.int/Documents/PD\\_satisfaction\\_claims\\_ITA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ITA.pdf).

<sup>648</sup> Così art. 1, par. 1, delle Istruzioni Pratiche cit. ove si specifica che l'art. 41 CEDU utilizza infatti l'espressione inglese «*if necessary*» e quella francese «*s'il y a lieu*».

Del resto l'art. 46 CEDU, rubricato «*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*», al par. 1, stabilisce che «*Le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte*». Tale ultima disposizione privilegia una forma di *restitutio in integrum* (ex riapertura del giudizio) per porre rimedio alla violazione accertata a livello Convenzionale e non per equivalente (rispetto all'art. 41 CEDU), ma sono i singoli Stati Contraenti a dovere definire i rapporti tra artt. 41 e 46 CEDU, «*a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure generali e/o, se del caso individuali, da adottare nel suo ordinamento giuridico interno*» (così sentenza EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro v. Italia*, par. 239) per riparare il pregiudizio, cessare l'illecito ed evitare la reiterazione della violazione. Come si vedrà meglio in seguito, questa scelta discrezionale degli Stati non è illimitata e la Corte, per garantire una tutela effettiva dei diritti lesi, può condannare gli Stati inadempimenti al pagamento di una equa indennità qualora le misure interne siano reputate inadeguate e la tutela dei diritti umani rischi di risultare meramente teorica e apparente.

<sup>649</sup> Così art. 1, par. 2, delle Istruzioni Pratiche cit.

Nel quantificare l'ammontare dell'indennità in discorso, la Corte di Strasburgo gode di ampi poteri discrezionali; può tenere conto delle posizioni del ricorrente e dello Stato Contraente, compresa la situazione economica in cui versa il Convenuto e decidere di riferirsi alle norme nazionali, pur non essendone vincolata<sup>650</sup>.

In ogni caso, la domanda di equa riparazione deve rispettare i requisiti formali e sostanziali specificati dalle medesime Istruzioni Pratiche (art. 2 e 3).

Ai fini della presente ricerca è importante evidenziare che, sul versante sostanziale, *«l'obiettivo dell'indennizzo riconosciuto dalla Corte è quello di risarcire il ricorrente per le conseguenze dannose derivanti da una violazione e non di punire la Parte Contraente responsabile.*

*Per questo la Corte ha rigettato fino ad ora le domande di equa soddisfazione etichettate come "punitive", "aggravate", o "esemplari"».* (così testualmente Istruzioni Pratiche, art. 3, par. 1, punto 9).

Sembrerebbe quindi respinta in radice qualsiasi valenza sanzionatoria e l'equa soddisfazione dovrebbe computarsi avendo riguardo ai soli danni materiali e morali subiti, nonché alle spese e agli onorari<sup>651</sup> esborsati dal ricorrente per adire la Corte di Strasburgo (così art. 3, punti 6 e ss. delle Istruzioni Pratiche).

Almeno in linea di principio, dunque, dovrebbero essere esclusi risarcimenti punitivi perché l'equa soddisfazione, che può intervenire soltanto se i rimedi interni non sono in grado di garantire pieno ristoro alla vittima della violazione, non contemplerebbe l'ipotesi di condanne ultracompensative<sup>652</sup>. E, in effetti, l'analisi della giurisprudenza

---

<sup>650</sup> Così art. 1, parr. 2 e 3 delle Istruzioni Pratiche cit.

<sup>651</sup> Così art. 3, punto 6. I costi e le spese si riferiscono non solo a quelli sostenuti per il giudizio dinanzi alla Corte EDU, ma anche a tutte le attività giudiziali nazionali poste in essere in conseguenza della violazione compiuta dallo Stato Convenuto. Devono avere, infatti, il carattere della necessità nel senso che il ricorrente ha dovuto sostenerli per impedire la violazione o ottenere una riparazione. Gli esborsi sostenuti vanno documentati dall'interessato e la Corte potrebbe ritenere equa una liquidazione inferiore se eccessivi. Su tale somma sono calcolati anche gli interessi.

<sup>652</sup> Netta la posizione di segno contrario di WILCOX, *Punitive damages in the armoury of human right's the arbiters*, op. cit., 500; cfr. anche ID, *Punitive and Nominal Damages*, in AA.VV., *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court*, 2011, 726 e ss. GORI, *Risarcimento danni e diritti socioeconomici: la tutela avanti alla CEDU*, Milano, 2016, 53 ss. ricorda che la posizione di chiusura della Corte di Strasburgo verso risarcimenti punitivi sembra potersi desumere anche dalla giurisprudenza EDU in materia di occupazione acquisitiva ed espropriazione indiretta ove il danno era inizialmente quantificato avendo riguardo al valore attuale dei terreni occupati dalla PA più quello degli edifici illecitamente costituiti al di sopra di essi (danno da mancato godimento del bene) – con ciò introducendosi surrettiziamente una forma di risarcimento punitivo – a partire dal caso *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, No. 14556/89, (equa soddisfazione) 31 ottobre 1995 –. Successivamente, però, la giurisprudenza EDU ha adottato un diverso criterio di quantificazione espressamente escludendo l'ammissibilità di risarcimenti punitivi. Nel caso *Guiso - Gallisay c. Italia*, No. 58858/00, [GC] (equa soddisfazione) 22 dicembre 2009 § 103 la Grande Camera afferma espressamente: «(...) secondo la Corte quantificare automaticamente le perdite subite dai ricorrenti in maniera corrispondente al valore lordo delle opere realizzate dallo Stato non trova giustificazione. Questo metodo può introdurre delle disparità di trattamento tra i ricorrenti in funzione della natura dell'opera pubblica costruita dall'amministrazione, che non necessariamente è collegata al valore

più risalente della Corte depone chiaramente in tal senso<sup>653</sup>. Non mancano anche precedenti più recenti che rispecchiano questo indirizzo di netta chiusura verso condanne non compensative o animate da intenti sanzionatori<sup>654</sup>.

---

*potenziale del terreno nella sua qualità originaria. Per di più questo metodo di risarcimento conferisce all'indennizzo per danno materiale uno scopo punitivo o dissuasivo nei confronti dello Stato convenuto, in luogo di una funzione compensativa per i ricorrenti».* Anche la giurisprudenza EDU sull'equa riparazione per irragionevole durata del processo confermerebbe, secondo l'autore, questa tendenza (v. ad esempio Scordino c. Italia (No.1), No.36813/97, [GC] 29 marzo 2006, § 176).

MEURKENS, *Punitive damages, The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, op. cit. 250 ss., invece, dà conto di alcune aperture giurisprudenziali.

<sup>653</sup> Nel primo caso *Silver e altri v. Regno Unito*, ric. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, la Corte di Strasburgo, con decisione del 24 ottobre 1983, accertò la violazione degli artt. 8 e 10 CEDU perché la polizia penitenziaria aveva impedito ai ricorrenti di potere recapitare e inviare delle missive dal carcere. Si trattava di una palese violazione del diritto alla segretezza della corrispondenza e della libertà di espressione. I ricorrenti lamentavano, inoltre, che fosse stato leso il loro diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU e anche l'art. 6, par. 1, CEDU. Chiedevano una equa soddisfazione per i *general damages* conseguenti alle violazioni dei diritti fondamentali e per i costi e le spese del processo. Il sig. *Silver* e altri due ricorrenti richiedevano anche il pagamento di danni non compensativi che furono negati (così par. 120 – 122 della motivazione).

Tra le tante, successivamente, v. le sentenze *Gaygusuz v. Austria*, 16 settembre 1996, ric. no. 17371/90, - ma cfr. *dissenting opinion* del giudice *Matscher* favorevole ai danni punitivi -; *Akdivar c. Turchia*, 1 aprile 1998, ric. no. 21893/93, (par. 38); *Selçuk e Asker contro Turchia*, 24 aprile 1998, ric. no. 23184/94 e 23185/94, (par. 119); *Mentes e altri contro Turchia*, 24 luglio 1998, ric. no. 23186/94, (par. 21); *Hood e altri contro Regno Unito*, 18 febbraio 1999, ric. no. 27267/95, (par. 88-89); *B.B. v. Regno Unito*, 10 Febbraio 2004, ric. no. 53760/00, (par. 36); *Ikinciso v. Turchia*, 27 luglio 2004, ric. no. 26144/95, (par. 149); *Wainwright v. Regno Unito*, 26 settembre 2006, ric. no. 12350/04, (par. 60); *Varnava e altri v. Turchia*, 18 settembre 2009, ric. no. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, (par. 223); *Greens e M.T. v. Regno Unito*, 3 novembre 2010, ric. no. 60041/08 e 60054/08, (par. 97); *Hadzhiev v. Bulgaria*, 23 ottobre 2012, ric. no. 22373/04, (par. 65); *López Guió v. Slovacchia*, 3 giugno 2014, ric. no. 10280/12, (par. 120).

<sup>654</sup> Interessante è la sentenza *Avares De Almeida Fernandes e Almeida Fernandes v. Portogallo*, 17 gennaio 2017, ric. 31566/13 che affronta il caso di una aspra critica giornalistica rivolta contro il neo eletto Presidente della Corte Suprema portoghese indicato come lato oscuro del sistema giudiziario nazionale. In base al diritto interno il giudice e la moglie ottenevano in sede civile un risarcimento complessivo di 60.000 euro per la diffamazione in esame, ma il *reporter* ricorreva alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 10 CEDU. Nella citata decisione la Corte EDU, dopo avere accolto il ricorso, ha censurato la decisione nazionale alla luce della eccessività della condanna in quanto espressione di un chiaro intento punitivo. Una cifra reputata ingiustificata anche perché l'articolo censurato non aveva avuto ripercussioni negative sulla carriera del Presidente della Corte Suprema. Nonostante l'accertamento della violazione, la Corte EDU non ha liquidato alcuna indennità per i danni non patrimoniali patiti dal giornalista perché quest'ultimo non aveva formulato alcuna domanda. Rispetto ai danni patrimoniali, non ha concesso alcun indennizzo al ricorrente unicamente perché l'editore aveva versato i 60 mila euro di cui alla precedente condanna.

Nel precedente caso *Krone Verlag GMBH v. Austria* 19 giugno 2012, ric. no. 27306/07, invece, il quotidiano *Kronen* aveva pubblicato 13 articoli con alcune fotografie che ritraevano i litigi intercorsi tra i genitori per l'affidamento del piccolo *Christian* rivelando tutti i dati personali e dettagli della sua vita familiare, della sua salute e del suo stato emotivo. Le corti austriache condannarono il convenuto a pagare 130.000 euro per la violazione del diritto di riservatezza della vittima secondo le disposizioni dell'*Austrian Media Act*. L'editore si difese in giudizio sostenendo che in tal modo le corti nazionali avevano infranto il diritto alla libertà di espressione della stampa garantito dall'art. 10 CEDU. La Corte europea, pur avendo esclusa qualsiasi violazione convenzionale e ritenuto che l'ammontare del risarcimento accordato dai giudici nazionali fosse obiettivamente elevato, ha ritenuto che lo stesso non fosse sproporzionato avuto riguardo alla diffusione dello stampato, la reiterazione della pubblicazione e alla sofferenza inferta al danneggiato sottolineando che la legge austriaca in materia già prevede garanzie adeguate ed effettive contro risarcimenti eccessivi.

Si è osservato criticamente che la direttiva sopra menzionata, contenuta nelle Istruzioni Pratiche, risale al lontano anno 2007 e non sarebbe più pienamente in linea con alcune decisioni successive adottate dalla stessa Corte EDU<sup>655</sup>.

Semberebbe che la Corte di Strasburgo abbia talora impiegato il concetto di equa soddisfazione *ex art. 41 CEDU* in particolari circostanze per prevenire ulteriori gravi violazioni dei diritti umani sanzionando gli Stati inadempimenti a titolo esemplare come monito anche per gli altri Stati Contraenti.

Si tratta di pronunce nelle quali la quantificazione della indennità non è parametrata all'esatta entità della sofferenza patita dal ricorrente, ma a fattori diversi non collegati strettamente ad essa (per cui si veda *infra*).

Le situazioni nelle quali questa tendenza sembrerebbe manifestarsi sarebbero essenzialmente tre<sup>656</sup>: plurime e gravi violazioni dei diritti umani reiterate dagli Stati - o comunque una singola violazione che si dilata significativamente nel tempo -, deliberata inesecuzione delle sentenze della Corte EDU e adozione di iniziative volte a impedire o limitare (ad esempio con minacce o altre tecniche differenti) il ricorso della vittima ai Giudici di Strasburgo<sup>657</sup>.

Le indicate aperture verso indennità non totalmente compensative in sede di applicazione dell'art. 41 CEDU possono ricondursi alle valutazioni ampiamente discrezionali che la Corte compie sulla necessità di ricorrere alla equa soddisfazione<sup>658</sup>, sulla esistenza del danno – per la quale occorre valutare tutte le peculiari circostanze del caso concreto – e

---

<sup>655</sup> SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, 3 ed., Oxford University Press, 2015, 412 ss.; PINTO DE ALBUQUERQUE – VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, in *The European Convention on Human Rights and General International Law*, a cura di Anne van Aaken e Iulia Motoc, Oxford University Press, 2018, 230 ss.

<sup>656</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE – VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, op. cit., 245 ss.

<sup>657</sup> Sul punto v. in particolare vedi caso *Oferta Plus SRL v. Moldavia*, 12 febbraio 2008, ric. no. 14385/04, par. 76.

<sup>658</sup> SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2005, 366 ss. L'autrice sottolinea che il concetto stesso di soddisfazione è molto ampio e quindi «*may be any measure that the author of a breach is bound to take including: (a) apologies or other acknowledgment of wrongdoing; (b) prosecution and punishment of the individuals concerned; (c) taking measures to prevent a recurrence of the harm; and (d) performing symbolic acts of atonement. [...] The most common types of satisfaction are apologies, punishment of the guilty, assurances as to the future, and pecuniary satisfaction*» sicché «*The retributive interest in some form of punitive measure remains and suggests the possibility of an award of punitive or exemplary damages in appropriate cases*» (così a pag 78 – 79). Aggiunge, inoltre, «*Even if the accepted rationale for measures of satisfaction is compensatory, to repair moral injury, the measure of the damages most likely will involve an element of condemnation that will vary according to the nature of the wrong. The greater the wrong, the greater the moral outrage and the greater the indemnity awarded to express disapproval of the act*» (così a pag. 80).

Pertanto, l'ampia gamma di misure di soddisfazione che possono essere astrattamente concepite conferisce significato al termine "soddisfazione" nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e suggerisce che la Corte di Strasburgo ha poteri più ampi di quelli finora utilizzati come dimostrano i precedenti che si esamineranno successivamente nel corso del presente paragrafo.

sull'assenza di criteri certi nella quantificazione del pregiudizio (soprattutto non patrimoniale)<sup>659</sup> – che incide sotto il profilo della prevedibilità della relativa misura –.

La Corte, nell'esercizio del proprio potere equitativo, dà grande risalto alle peculiarità della singola violazione, del contesto in cui è avvenuta e ai propri precedenti spesso liquidando l'indennità in un'unica voce senza distinguere chiaramente i danni patrimoniali da quelli non patrimoniali.

Se per la liquidazione del danno patrimoniale (comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e anche del danno da perdita di *chance*), non sussistono particolari difficoltà interpretative<sup>660</sup> perché ancorata a parametri oggettivi di quantificazione, per il danno morale<sup>661</sup> legato ai pregiudizi non economici subiti dal ricorrente per la violazione dei diritti umani perpetrata dallo Stato Contraente, la Corte EDU adotta motivazioni sintetiche sulla esistenza del pregiudizio e sovente non indica neppure con precisione i criteri adottati per la relativa quantificazione<sup>662</sup>, rilevando che *«tali elementi non consentono un calcolo esatto o una precisa quantificazione. Né è il ruolo della Corte di*

---

<sup>659</sup> Cfr. sul punto LAFFRANQUE, *Can't Get Just Satisfaction*, in A. SEIBERT-FOHR - M. VILLIGER (a cura di), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, 2014, 88 e ss.

<sup>660</sup> L'equa soddisfazione, con riferimento al danno patrimoniale subito dal ricorrente, comprende il danno emergente, il lucro cessante e anche il danno da perdita di *chance* ed è diretta a garantire la *restitutio in integrum*. La giurisprudenza EDU richiede naturalmente la dimostrazione del pregiudizio da parte dell'interessato, oltre che del nesso causale con la violazione compiuta dallo Stato convenuto. Se il danno effettivo non può essere calcolato precisamente, la Corte utilizzerà una valutazione di tipo equitativo basandosi sull'analisi dei fatti a sua disposizione e nulla esclude che il ristoro sia inferiore alla perdita del ricorrente (così art. 3, par. 2, numeri 10, 11, 12 delle Istruzioni pratiche cit.).

In talune occasioni si è ritenuto provato il danno sulla base della mancata contestazione specifica delle violazioni e anche mediante il ricorso a un principio di prova ricavato dalla gravità del tipo di violazione e dal fatto notorio (ad esempio sentenza *Bektas e Ozalp v. Turchia*, 20 aprile 2010, ric. no. 10036/03, § 74). Nella quantificazione si tiene conto in alcuni casi anche dell'arricchimento del danneggiante (sentenza *Guiso - Gallisay v. Italia*, 22 dicembre 2009, ric. no. 58858/00, §§ 102 per le opere pubbliche costruite illegittimamente sul terreno privato).

<sup>661</sup> In assenza di specifiche disposizioni sul punto, il danno non patrimoniale, è stato riconosciuto dalla Corte di Strasburgo solo a seguito della propria evoluzione giurisprudenziale.

Nelle Istruzioni Pratiche cit. l'art. 3, par. 3, si esprime in questi termini:

«13. Il risarcimento riconosciuto dalla Corte a titolo di danno morale è finalizzato a fornire una riparazione del danno non patrimoniale, per esempio la sofferenza mentale o psichica.

14. Per sua natura, il danno morale non si presta a un preciso calcolo. Se l'esistenza del danno è accertata e se la Corte ritiene che un risarcimento pecuniario sia necessario, essa procederà a una valutazione in via equitativa, in base ai criteri che emergono dalla sua giurisprudenza.

15. I ricorrenti che chiedono la riparazione di un danno morale sono invitati a precisare la somma che ritengono equa. Coloro i quali si reputino vittime di più di una violazione possono chiedere una somma forfettaria che ricopra tutte le violazioni lamentate o una somma separata per ogni singola violazione».

<sup>662</sup> Chiaramente anche per il danno non patrimoniale occorre la specifica dimostrazione da parte del ricorrente della esistenza del pregiudizio, il quale normalmente produrrà delle perizie *ad hoc* da cui si possano evincere le conseguenze pregiudizievoli subite ad esempio per la propria salute, fermo restando che la Corte potrebbe discrezionalmente decidere di nominare di ufficio consulenti tecnici, anche se di regola ciò accade raramente. In effetti l'allegato al Regolamento della Corte, art. A1, par. 2 prevede espressamente che *«La camera può anche invitare persone o istituzioni di sua scelta ad esprimere un parere o a farle un rapporto scritto su questioni che giudica pertinenti alla causa»*. Nominato il CTU, le parti dovrebbero avere poi il diritto di nominare propri consulenti di parte garantire l'osservanza del principio del contraddittorio.

*operare come un tribunale civile nazionale che applica il meccanismo del risarcimento del danno distribuendo le proporzioni della responsabilità e liquidando danni compensativi tra le parti. Il suo principio guida è l'equità, che sopra ogni cosa comporta flessibilità ed una obiettiva valutazione di ciò che è equo, corretto e ragionevole tenuto conto di tutte le circostanze concrete del caso, inclusa non solo la valutazione della posizione del ricorrente ma di tutto il contesto in cui è occorsa la violazione. I danni non patrimoniali riconosciuti costituiscono un riconoscimento del fatto che il danno morale occorso è il risultato della lesione di un diritto umano fondamentale e riflette, nei termini più ampi la gravità del danno; non sono, né devono essere, intesi come composizione economica o indennizzo compensativo alle spese dello Stato membro responsabile»<sup>663</sup>.*

Non rientra dunque tra le competenze istituzionali della Corte di Strasburgo quella di dovere risarcire i danni subiti dalla vittima della violazione, dovendo invece soltanto assicurare che gli Stati adempiano agli impegni convenzionali ai sensi dell'art. 19 CEDU<sup>664</sup>.

L'esecuzione della decisione che ha accertato la violazione impone, infatti, agli Stati convenuti di dovere rimuovere gli effetti della violazione (art. 46 CEDU) e ripristinare nel miglior modo possibile la situazione prima esistente. Rientra nel potere discrezionale degli Stati stabilire le misure più adeguate mediante le quali rimuovere la violazione riscontrata al fine di garantire l'osservanza dei diritti fondamentali (art. 1 CEDU).

Tale valutazione discrezionale, tuttavia, non è priva di limiti e la Corte può intervenire per impedire che il diritto interno non garantisca protezione effettiva ai diritti tutelati in sede convenzionale.

Ebbene, la circostanza che la Corte EDU svolga il ruolo di un giudice quasi costituzionale che si occupa di promuovere e garantire una protezione concreta ed effettiva ai diritti umani tutelati a livello convenzionale<sup>665</sup> – e non invece di un giudice civile che considera solamente il rapporto interindividuale tra danneggiante e danneggiato ai fini del risarcimento civilistico –, potrebbe giustificare, in peculiari circostanze concrete, la previsione di una equa indennità che abbia funzione preventiva e sanzionatoria per lo Stato inadempiente e funga da monito per gli altri Stati Contraenti nel contesto delle relazioni di diritto internazionale al fine di impedire la reiterazione di simili violazioni<sup>666</sup>.

---

<sup>663</sup> Sentenza *Cipro v. Turchia*, 12 maggio 2014, ric. no. 25781/94, [GC] (equa soddisfazione), par. 56.

<sup>664</sup> Sentenza *Salah v. Olanda*, ric. no. 8196/02, par. 70, ECHR 2006-IX.

<sup>665</sup> Sentenze *Karner v. Austria*, ric. no. 40016/98, par. 26, ECHR 2003-IX e *Jeronovičs v. Lettonia* [GC], ric. no. 44898/10, par. 109, 5 luglio 2016.

<sup>666</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE – VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, op. cit., 235 ss. precisa che è proprio il concetto stesso di «*just satisfaction*» che può indurre a ritenere la Corte che in peculiari circo-



Come ricordato in precedenza, sembrerebbe che in alcuni casi la Corte di Strasburgo abbia compiuto valutazioni equitative, sottese all'applicazione dell'art. 41 CEDU, che seguono siffatta logica non riparatoria<sup>667</sup>.

In primo luogo tale situazione può verificarsi se, riscontrata la violazione di un diritto della persona dotato di valore assoluto - ad esempio artt. 2 e 3 CEDU (cd. *absolute character*) -, in considerazione del carattere *particolarmente grave della violazione*, della *gravità delle violazioni*, della *fondamentale importanza di tale diritto*, del contesto normativo e fattuale di riferimento, la Corte di Strasburgo commini comunque una condanna allo Stato convenuto pur in assenza di domanda di parte<sup>668</sup>.

Interessante è la vicenda esaminata nel caso *Nagmetov v. Russia*<sup>669</sup> in cui il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 2 CEDU sia sotto il profilo sostanziale che procedurale

---

stanze del caso concreto la piena riparazione può essere conseguita soltanto attraverso la prevenzione delle violazioni e la sanzione di quelle già compiute dallo Stato sicché la semplice compensazione ancorata alla domanda di parte e alle perdite subite potrebbe rilevarsi insufficiente. Gli autori citati ritengono che già esistono dei precedenti in tal senso seppure la Corte EDU non lo abbia dichiarato formalmente.

<sup>667</sup> In effetti, alla luce del testo delle Istruzioni Pratiche sopra citate, sembra potersi affermare che ai fini della determinazione dell'indennità in discorso il ricorso alla equità sia elemento costitutivo del diritto all'indennizzo fatto valere dinanzi alla Corte di Strasburgo ed è per questa ragione che essa può ancorarsi a parametri non riparatori a differenza delle tradizionali regole della responsabilità civile. Per comprendere tale distinzione, basti considerare quanto disposto dall'art. 1226 richiamato in materia di responsabilità aquiliana dall'art. 2056 c.c. per garantire uniformità di criteri nella liquidazione del danno risarcibile indipendentemente dalla fonte dell'obbligazione (sul punto RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profili comuni, in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Milano, 1984, 81 ss.). Nel codice civile nazionale la valutazione equitativa del danno richiede due presupposti: l'esistenza del pregiudizio (*an debeatur*) e l'impossibilità o eccessiva difficoltà per il danneggiato di determinarne l'esatto ammontare (*quantum debeatur*). La valutazione equitativa ha quindi portata residuale e sussidiaria ed esige comunque la prova certa dell'esistenza danno - seppur non esattamente quantificabile - e ha sempre come presupposto e limite di operatività l'esatta riparazione del pregiudizio (cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. IUDICA-ZATTI, Milano, 1991, 653). Si tratta pur sempre di un giudizio secondo diritto con il ricorso alla cd. equità correttiva o integrativa e non già sostitutiva (v. ad esempio Cass. 4 marzo 2014, n. 5019).

La valutazione equitativa compiuta dalla Corte EDU, invece, considera, tra le altre, anche le conseguenze pregiudizievoli subite dal ricorrente nell'ambito di una più ampia prospettiva e può trascendere dalle stesse. Si veda *infra*.

<sup>668</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE – VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, op. cit., 233 ss.

<sup>669</sup> Sentenza Grande Camera 30 maggio 2017, ric. no. 35589/08. Nel 2006 il figlio del ricorrente *Murad Nagmetov* partecipò a una manifestazione pubblica. Centinaia di persone accusavano di corruzione i funzionari pubblici locali e, nel primo pomeriggio, gli agenti speciali circondarono i partecipanti e iniziarono ad esplodere alcuni colpi di avvertimento. *Murad Nagmetov* fu ferito da una granata lacrimogena e morì per le ferite riportate. Lo stesso giorno fu avviato il processo penale ancorché con esiti contraddittori e tempi estremamente lunghi.

Il ricorrente, dopo avere esaurito i rimedi interni, si rivolgeva alla Corte di Strasburgo lamentando che il figlio era deceduto a causa dell'uso illecito e sproporzionato della forza pubblica e che le indagini effettuate in Russia erano del tutto insufficienti e inadeguate ai sensi dell'art. 2 CEDU. Nel ricorso alla Corte, però, non aveva formulato alcuna richiesta di equa soddisfazione per il danno patito, né offerto alcuna indicazione sul relativo ammontare.

L'avvocato del ricorrente con comunicazione del 24 maggio 2012, veniva chiamato a rendere delle osservazioni e richieste a proposito della domanda di equa soddisfazione, ma non rendeva alcun chiarimento entro il termine indicato dal Presidente della Sezione giudicante. Il difensore sostenne che, nel passaggio al nuovo studio, non aveva ricevuto le comunicazioni precedenti e il Presidente consentì eccezionalmente, alla luce di tali giustificazioni, di potere presentare nuove osservazioni fuori termine, ma nulla fu nuovamente dedotto.

sostenendo che il Governo russo, con uso illegittimo e sproporzionato della forza pubblica, aveva cagionato la morte del proprio figlio e, a seguito di essa, non erano state compiute adeguate e tempestive indagini penali.

Con una prima decisione del 5 novembre 2015, la quinta sezione della Corte EDU, rilevata l'esistenza sia di violazioni sostanziali che procedurali dell'indicata disposizione e l'assenza di una richiesta formale in atti di equa soddisfazione, riteneva comunque di dovere concedere in via equitativa la somma di euro 50.000 a titolo di riparazione per i danni non patrimoniali subiti dal ricorrente. Il Governo russo impugnava la decisione sul punto ai sensi dell'art. 43 CEDU.

Nella successiva pronuncia resa sul gravame, la Grande Camera EDU, pur rilevando che nessuna domanda era stata ritualmente proposta dal ricorrente, confermava la precedente decisione alla luce delle particolari circostanze del caso.

In motivazione si è chiarito che la Corte di Strasburgo ha il compito di accertare se le misure adottate dallo Stato inadempiente agli obblighi convenzionali siano tali da assicurare una equa soddisfazione al ricorrente ben potendo intervenire nell'ipotesi in cui la riparazione concessa sia totalmente o parzialmente inadeguata ai sensi dell'art. 41 CEDU. Tale verifica di adeguatezza non richiede apposita domanda di parte, anche se formalmente indicata nelle regole procedurali di cui al Regolamento della Corte (v. in particolare art. 60, terzo paragrafo, Regolamento)<sup>670</sup>.

---

Nella decisione del 5 novembre 2015, la Corte Europea, pur in assenza di domanda di parte, alla luce dei propri precedenti, della particolare gravità della violazione, dell'assenza di alcuna forma di compensazione ottenuta in Russia e delle incerte prospettive di successo di una azione risarcitoria successiva, ritenne comunque necessario liquidare equitativamente 50.000 euro a titolo di danno non patrimoniale (oltre le imposte dovute).

Il Governo russo però ribatteva che, alla luce delle regole procedurali adottate dalla Corte e della prassi consolidata sopra menzionata, l'indicazione del richiedente di un'eventuale compensazione monetaria espressa nella fase iniziale non contenziosa del procedimento dinanzi alla Corte – che pure vi era stata in concreto ed era risalente al 2008 –, non equivaleva a un "reclamo" ai sensi dell'articolo 60 del Regolamento della Corte, letto insieme alla sua Regola 71 § 1 nel contesto della presente causa sicchè nessuna equa soddisfazione avrebbe potuto essere concessa in assenza di domanda dell'interessato.

Era poi pacifico che nessuna richiesta fu formulata durante la richiesta di osservazioni nel 2012.

Tale domanda veniva presentata per la prima volta dinanzi alla Grande Camera, ma né l'art. 41 CEDU, né il Regolamento della Corte specificano se potesse essere formulata tardivamente perché la prassi fino ad allora seguita consentiva soltanto di richiedere per la prima volta dinanzi alla Grande Camera il pagamento dei costi e delle spese sostenute in tale fase processuale dovendosi presupporre che la richiesta di equa soddisfazione fosse già stata effettuata in precedenza.

<sup>670</sup> Così *Nagmetov v. Russia* cit. in particolare ai paragrafi 64 e ss. Sono richiamati sul punto alcuni precedenti in cui, ai sensi dell'art. 41 CEDU cit., l'equa soddisfazione è stata concessa per il pregiudizio non patrimoniale subito dal ricorrente anche in assenza della domanda di parte, di tardività della richiesta e comunque in presenza di circostanze eccezionali come la assoluta importanza del diritto di libertà leso (in particolare, per la violazione dell'art. 2 CEDU, v. sentenza 18 dicembre 2008, *Kats e altri v. Ucraina*, ric. no. 29971/04, par. 149. Per la violazione dell'art. 3 CEDU v. sentenze 12 ottobre 2004, *Bursuc v. Romania*, ric. no. 42066/98, par. 124; 20 gennaio 2005, *Mayzit v. Russia*, ric. no. 63378/00, par. 88; 27 luglio 2006, *Davtyan v. Georgia*, ric. no. 73241/01, par. 71; 7 giugno 2007 *Igor Ivanov v. Russia*, ric. no. 34000/02, par. 50-51; 18 ottobre 2007, *Babushkin v. Russia*, ric. no. 67253/01, par. 62; 31 luglio

Nel caso di specie la Corte di Strasburgo ha evidenziato, peraltro, che il ricorrente aveva comunque manifestato l'intenzione di ottenere in via stragiudiziale una soddisfazione monetaria per la morte del figlio, seppure non ritualmente proposta in giudizio (così par. 38 e 52 della motivazione) e che, avendo la Federazione Russa compiuto una grave violazione del diritto alla vita ex art. 2 CEDU, essa non poteva rimanere priva di conseguenze. Il ricorrente non avrebbe avuto alcuna possibilità di ottenere la *restitutio in integrum* (data la morte del proprio figlio) (par. 88), nè vi sarebbero state altre serie prospettive di ottenere un'adeguata tutela alla luce della disciplina nazionale (gli anni già trascorsi dal fatto senza alcun esito positivo per il ricorrente e la mancanza di appropriate indagini).

In mancanza di idonee forme di riparazione per le violazioni riscontrate, come anche accaduto in altri casi precedenti decisi dalla Corte EDU per violazioni imputabili alla Federazione Russa<sup>671</sup>, l'unica forma di tutela soddisfacente per il ricorrente non poteva che essere costituita dalla indennità determinata su basi puramente equitative<sup>672</sup>.

Sebbene alcuni autori abbiano sostenuto che l'indicato precedente possa costituire un'apertura verso i risarcimenti punitivi - perché l'indennità accordata al ricorrente prescinde dai pregiudizi specificamente domandati in giudizio e sarebbe concepita soltanto per punire la grave violazione statale<sup>673</sup> -, dalla menzionata motivazione sembrano potersi ricavare conclusioni differenti. La Corte di Strasburgo, difatti, ha accertato il con-

---

2008, *Nadrosov v. Russia*, ric. no. 9297/02, par. 54; 21 giugno 2011, *Chudun v. Russia*, ric. no. 20641/04, par. 129; 6 novembre 2012 *Borodin v. Russia*, ric. no. 41867/04, par. 166. Per la violazione dell'art. 5 CEDU v. sentenze, 2 ottobre 2008, *Rusu v. Austria*, ric. no. 34082/02, par. 62; 25 febbraio 2010 *Crabtree v. Repubblica Ceca*, ric. no. 41116/04, par. 60).

Nulla esclude, per converso, che in altre situazioni l'accertamento della sola violazione del diritto costituisca già di per sé una equa soddisfazione (tra le tante v. sentenze 26 aprile 2016, *Murray v. Olanda* [GC], ric. no. 10511/10, par. 131; 13 settembre 2016 *Ibrahim e altri v. UK* [GC], ric. nn. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, par. 315 e ivi ulteriori richiami ai precedenti sul punto).

Del resto quando si tratta di danni non patrimoniali la Corte conserva un'ampia discrezionalità, essendo guidata dal principio equitativo in virtù del quale stabilisce in concreto cosa possa ritenersi giusto, ragionevole e proporzionato rispetto alle peculiari circostanze del caso considerando non solo la posizione del ricorrente, ma più in generale il contesto complessivo in cui la violazione è stata riscontrata (sentenze *Varnava e altri*, cit., par. 224; 7 luglio 2011, *Al-Jedda v. UK* [GC], ric. no. 27021/08, par. 114)

Ebbene tra le circostanze che la Corte EDU ha considerato ai fini della valutazione della equa soddisfazione del ricorrente nel caso in esame vi sono: la particolare gravità della violazione, l'impatto della violazione e il contesto complessivo del caso concreto (par. 81), l'esistenza e l'accessibilità di una adeguata forma di riparazione concessa dal diritto statale (par. 82) dopo il giudizio EDU.

<sup>671</sup> V. ad esempio sentenze 17 dicembre 2009, *Denis Vasilyev v. Russia*, ric. no. 32704/04, par. 136; 30 aprile 2015, *Islamova v. Russia*, ric. no. 5713/11, par. 73.

<sup>672</sup> Sono proprio le specifiche circostanze della fattispecie in esame che hanno consentito di confermare la decisione precedentemente adottata (50.000 euro in assenza di domanda di parte); come detto, la grave violazione dei diritti fondamentali della persona associata ai ritardi e inadeguatezze delle indagini interne, agli oltre 9 anni trascorsi senza che alcuna compensazione monetaria sia stata concessa a livello nazionale, sono tutti elementi da cui derivano inevitabilmente sofferenza e dolore particolarmente intensi per il ricorrente che non possono essere riparati mediante il semplice accertamento della violazione (v. paragrafi 69, 73 e 81 e 82 in particolare).

<sup>673</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE – VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, op. cit., 245 ss.

creto impatto che le violazioni riscontrate e il contesto di riferimento hanno prodotto nella sfera giuridica del ricorrente e reputato che la gravità delle stesse abbia finito solo per aggravare il danno non patrimoniale sofferto dal danneggiato («*moral suffering and distress sustained by the applicant*») ragionando pur sempre in una logica riparatoria<sup>674</sup>. Altro caso interessante è *Cipro v. Turchia* nel quale lo Stato ricorrente ha domandato alla Corte EDU una somma forfettaria a titolo di equa soddisfazione per tutti gli eredi di 1.456 persone scomparse e per tutti i greco – ciprioti residenti nella regione di *Karpas* tra il 1974 e il 2001, data in cui la Gran Camera EDU è intervenuta sul merito della controversia interstatale<sup>675</sup>.

La Grande Camera nel 2014<sup>676</sup> ha stabilito che, per l'applicazione dell'art. 41 CEDU, non era necessario individuare il numero esatto delle vittime e ha fissato due importi forfettari a beneficio di tali gruppi di danneggiati con l'obbligo degli Stati richiedenti di distribuirli tra le vittime o i loro eredi.

Non ha previsto alcun criterio per distribuire l'indennità così riconosciuta tra i vari beneficiari sulla base di specifiche circostanze individuali, né ha dettato puntuali disposizioni per il caso in cui costoro non fossero stati ritrovati - sicché lo Stato, in mancanza di indicazioni contrarie, ne avrebbe direttamente beneficiato -.

La natura punitiva della condanna in esame emerge chiaramente dal fatto che, nonostante le vittime delle azioni dello Stato Convenuto non siano state identificate, le azioni risarcitorie siano ormai prescritte - se proposte dalle rispettive famiglie - e non vi sia alcuna certezza che le indennità così liquidate andranno a vantaggio degli individui inte-

---

<sup>674</sup> FIKFAK, *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, cit., 1120 - 1122. L'autrice ricorda peraltro che anche se si volesse riconoscere natura implicitamente punitiva all'indennità accordata nel caso in esame, essa non avrebbe verosimilmente un reale effetto di *punishment* e di *deterrence*. Anzitutto l'esigua somma di 50.000 euro è presente e simile a quella accordata per altre precedenti violazioni dell'art. 2 CEDU (quindi risulterebbe difficile discorrere di una condanna esemplare per lo Stato convenuto), è poi concepita e formulata in termini compensativi (del danno non patrimoniale) ed è prevedibile come chiarito dalla stessa Corte al par. 5.

<sup>675</sup> La vicenda riguarda l'invasione dell'isola di Cipro da parte della Turchia e le atrocità che furono compiute a partire dal mese di luglio 1974 sul terreno isolano da parte delle truppe turche contro la popolazione greco – cipriota. Nel 2001 la Corte EDU ha riscontrato ben 14 violazioni dei diritti umani avvenute nella parte settentrionale dell'isola. Dal 2001 al 2012 però non si è proceduto a rimediare alla situazione o quantomeno accordare una indennità alle vittime o ai propri eredi. Di conseguenza lo Stato cipriota nel 2012 ha presentato un nuovo ricorso contro la Turchia per il pagamento di una equa indennità. Lo Stato convenuto in giudizio eccepeva che la domanda era infondata poiché era impossibile identificare i residenti nella regione a partire dal 1974, il numero delle persone scomparse indicate era meramente ipotetico e molti potrebbero non avere lasciato eredi. Il numero delle vittime è variato nel tempo e anche quello delle persone scomparse.

<sup>676</sup> *Cipro v. Turchia*, sentenza 12 maggio 2014, (GC), ric. no. 25781/94. La Grande Camera EDU, in accoglimento della domanda, ha riconosciuto allo Stato cipriota 30 milioni di euro da destinare ai parenti delle 1.456 persone scomparse e 60 milioni di euro per i danni subiti dai residenti della penisola di *Karpas*.

ressati, i Giudici di Strasburgo hanno comunque sanzionato lo Stato Convenuto per le sue azioni illecite e le relative conseguenze perpetratesi nel tempo con importi notevoli (rispettivamente 30 e 60 milioni di euro).

Nella giurisprudenza EDU è dato riscontrare anche casi in cui la Corte di Strasburgo ha assegnato al ricorrente un importo superiore a quello richiesto per il danno non patrimoniale sofferto; anche in tali evenienze si potrebbe ritenere che lo scopo di quella condanna non sia più tanto quello di reintegrare il danneggiato della perdita subita, ma di punire lo Stato per la violazione compiuta e impedire che il Convenuto possa ripetere la stessa violazione<sup>677</sup>.

Così, d'altro canto, è accaduto che spesso si fosse condannati a un risarcimento puramente simbolico che chiaramente non ha funzione compensativa, ma semmai educativa o esemplare per l'autore della violazione e gli altri Stati contraenti<sup>678</sup>.

Altre volte ancora, la Corte EDU ha concesso l'equa soddisfazione in casi in cui il ricorrente non lamentava alcun pregiudizio, ma soltanto l'esistenza di una legge nazionale che non gli consentiva di avere una adeguata compensazione. In questa evenienza la condanna costituisce una sanzione per lo Stato che ha legiferato in maniera incompatibile con la Convenzione<sup>679</sup>.

L'equa compensazione è stata riconosciuta anche per il semplice rischio di una potenziale violazione della Convenzione - e quindi di nuovo indipendentemente dalla esistenza attuale del danno risarcibile -<sup>680</sup> o anche con il dubbio<sup>681</sup> che la violazione riscontrata potesse potenzialmente produrre un danno al ricorrente.

In ulteriori ipotesi la Corte ha concesso l'equa soddisfazione pur in mancanza di prova (ancorchè presuntiva) del pregiudizio e la totale discrezionalità nella relativa determinazione, a prescindere da specifiche prove sull'*an* e sul *quantum debeatur*, potrebbe celare chiare venature punitive<sup>682</sup> così come accade quando la Corte, in casi di interesse gene-

---

<sup>677</sup> Nella sentenza *Stradovnik v. Slovenia*, 13 aprile 2006, ric. no. 24784/02, par. 23-25, ad esempio, la Corte ha concesso 6.400 euro per la durata eccessiva del processo a fronte dei 5.000 che aveva richiesto il ricorrente.

<sup>678</sup> V. ad esempio sentenze *Engel e altri v. Paesi Bassi*, 23 novembre 1976, (art. 50), par. 10, Series A ric. no. 22 (100 fiorini olandesi); *Vaney v. Francia*, 30 novembre 2005, ric. no. 53946/00, par. 57 (1 euro).

<sup>679</sup> *S.L. v. Austria*, ric. no. 45330/99, par. 52.

<sup>680</sup> *Mokrani v. Francia*, 15 luglio 2003, ric. no. 52206/99, par. 43; *Gürbüz v. Turchia*, 10 novembre 2005, ric. no. 26050/04, par. 75.

<sup>681</sup> *Sporrong and Lönnroth v. Svezia*, 18 dicembre 1984, par. 25, ric. serie A no. 88; *Bönisch v. Austria* 1 giugno 1986, par. 11, ric. serie A no. 103; and *Sara Lind Eggertsdóttir v. Islanda*, 5 luglio 2007, ric. no. 31930/04, par. 59.

<sup>682</sup> *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spagna*, 13 giugno 1994, (Article 50), parr. 18-20, ric. serie A no. 285- C

rale, determina la giusta soddisfazione tenendo conto dell'effetto esemplare complessivo del ristoro<sup>683</sup>.

In tutte le ipotesi sopra esaminate l'equa soddisfazione non viene concessa per riportare la vittima nella situazione antecedente all'illecito (sulla base di una domanda di parte e nei limiti del pregiudizio risarcibile allegato e provato in giudizio), quanto piuttosto per sanzionare condotte gravi degli Stati inadempienti.

Sotto altro profilo, va sottolineato che la Corte EDU, per garantire tutela piena ed effettiva ai diritti garantiti dalla Convenzione, talvolta è intervenuta a valutare la stessa adeguatezza dei risarcimenti concessi dalle corti nazionali.

Emblematica la vicenda del caso *Trévalec v. Belgio*<sup>684</sup> nella quale la Corte di Strasburgo ha accertato se potesse reputarsi "adeguata" l'entità della obbligazione risarcitoria definita dai giudici interni.

In particolare, il *reporter* francese *Trévalec* era stato ferito da due poliziotti mentre effettuava una ripresa della loro unità in azione. Pur avendo ottenuto il permesso per riprenderli, gli agenti, a causa di grave e inescusabile negligenza, non erano stati informati della presenza del giornalista e hanno aperto il fuoco.

Nel caso di specie il ricorrente chiedeva alla Corte di Strasburgo il riconoscimento di oltre 1 milione di euro per la lesione del diritto alla vita di cui all'art. 2 CEDU nonostante le corti nazionali gli avessero già riconosciuto 435.400 euro (di cui 270.000 a titolo di danni patrimoniali e la parte restante a titolo di danno morale). Nel giudizio dinanzi ai giudici EDU il governo belga sosteneva, invece, che il risarcimento interno fosse già più che soddisfacente e null'altro doveva essere attribuito al ricorrente.

La Corte di Strasburgo, dopo avere accertato la violazione dell'art. 2 CEDU, con sentenza del 14 giugno 2011<sup>685</sup>, ha riconosciuto al ricorrente, in sede di determinazione dell'equa soddisfazione, ulteriori 50.000 euro per il danno morale patito che, per espres-  
sa previsione della sentenza in esame, si sarebbe dovuta aggiungere al risarcimento già concesso a livello nazionale. Si tratta di un chiaro esempio di risarcimento punitivo che è stato applicato per garantire l'equa soddisfazione dei diritti umani violati<sup>686</sup>.

---

<sup>683</sup> *Xenides-Arestis v. Turchia*, 7 dicembre 2006, ric. no. 46347/99; *Ananyev e altri v. Russia*, 10 gennaio 2012, ric. no. 42525/07 e 60800/08.

<sup>684</sup> Sentenza 25 giugno 2013, *Trévalec v. Belgique*, ric. no. 30812/07.

<sup>685</sup> *Trévalec v. Belgique*, 14 giugno 2011, ric. no. 30812/07, par. 55-61 e 71-87.

<sup>686</sup> Molto interessante notare che nell'opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque – il quale discorre apertamente di danno/interesse punitivo – si specifica che la Corte EDU non ha tra i propri compiti quello di occuparsi della responsabilità civile e di accordare risarcimenti derivanti dalle violazioni CEDU; essa è un giudice con funzioni quasi costituzionali e deve occuparsi delle "violazioni" dei diritti umani e non dei risarcimenti interpretando le disposizioni convenzionali sicché «*la questione della equa soddisfazione accordata è di fondamentale importanza poiché in parte permette di superare le difficoltà*

Anche in caso di violazione delle disposizioni contenute nei primi quattro paragrafi dell'art. 5 CEDU e dunque di illegittima detenzione o arresto da parte di uno Stato Contraente, la Convenzione Europea dei diritti umani assicura il diritto alla riparazione e al risarcimento dei danni patiti comprensivo tanto dei danni patrimoniali che non patrimoniali conseguenti alla privazione illegittima della propria libertà personale<sup>687</sup>.

Si è chiarito che l'indicata disposizione non vieta agli Stati contraenti di subordinare il risarcimento alla prova della effettiva esistenza del danno subito (sia esso patrimoniale o non patrimoniale)<sup>688</sup>, a meno che vi sia una disciplina talmente rigorosa a livello probatorio (soprattutto per il danno non patrimoniale) da renderne eccessivamente complesso, se non impossibile il conseguimento<sup>689</sup>.

La Convenzione non impone che il risarcimento abbia uno specifico ammontare<sup>690</sup> la cui quantificazione è rimessa alle autorità giurisdizionali nazionali secondo il proprio diritto interno. Ben potrebbe accadere l'ipotesi in cui esso risulti inferiore a quello che la Corte europea assegna in casi simili<sup>691</sup> anche se la previsione di risarcimento meramente simbolico o comunque sproporzionato rispetto alla gravità della violazione non

---

*che possono sorgere in merito all'applicazione del diritto internazionale dei diritti umani, in particolare nei confronti degli Stati recalcitranti. I diritti garantiti dalla Convenzione devono ottenere una protezione concreta e non virtuale e, proprio da questo punto di vista, la possibilità di accordare un'equa soddisfazione risulta di significativa importanza. Non solo rispetto alla vittima, specie in riferimento al mancato risarcimento in ambito interno, ma anche nei confronti dello Stato resistente, che deve essere responsabile dell'integrale riparazione del pregiudizio causato [...]L'equa soddisfazione deve essere accordata nel caso in cui l'ordinamento interno non ha permesso una riparazione integrale, ma il punto è che una riparazione per essere "integrale" deve soddisfare esigenze sia preventive sia repressive, ovviamente rispetto alle circostanze del caso. È solo in questo modo che la soddisfazione può dirsi veramente equa. [...] Diverse circostanze riguardanti il caso di specie giustificano l'accordo di un'equa soddisfazione che implichi anche fini preventivi e repressivi, allo scopo di sottolineare senza mezzi termini la natura fondamentale del diritto violato, il comportamento negligente assolutamente condannabile dei poliziotti, la gravità delle loro azioni e le drammatiche conseguenze che hanno comportato. Ancorchè l'ammontare dell'equa soddisfazione deciso dalla Corte è indipendente da qualsiasi altra somma già versata, la Corte può tenerne conto, anche conformemente al principio di proporzionalità. Ed è questo ciò che è stato fatto nel caso di M. Trévalec».*

Pur riconoscendo che la Corte in passato ha più volte rigettato le domande dirette ad ottenere una equa soddisfazione a titolo di danni punitivo o esemplari, ricorda che si tratta di un indirizzo non più in linea con la evoluzione della prassi della Corte. In effetti, in alcuni casi, la Corte ha innestato entro l'indennizzo morale quello punitivo, condannando lo Stato resistente alla riparazione nell'ambito del danno morale risarcimenti e cita i casi *Ouranio Toxo e Altri v. Grecia*, n. 74989/01, 20 ottobre 2005; *Aktas v. Turchia*, n. 24351/1994, del 24 aprile 2003; *S.L. v. Austria*, n. 45330/99, 9 gennaio 2003; *Holomiov v. Moldavia.*, n. 30649/05, 7 novembre 2006; *Hutten – Czapska v. Polonia*, n. 35104/07, 22 febbraio 2005.

<sup>687</sup> Corte EDU, terza sezione, sentenza *Sahakyan v. Armenia*, 10 novembre 2015, par. 29 e *Teymurazyyan v. Armenia*, 15 marzo 2018, ric. no. 17521/09, nei quali invece la legge nazionale escludeva il risarcimento dei danni non patrimoniali.

<sup>688</sup> così *Wassink v. Paesi Bassi*, 27 settembre 1990, ric. no. 185-A, v. par. 38.

<sup>689</sup> *Danev v. Bulgaria*, no. 9411/05, 2 settembre 2010, par. 34 e 35.

<sup>690</sup> *Damian-Burueana and Damian v. Romania*, no. 6773/02, par. 89, 26 maggio 2009, and *K.W. v. Svizzera*, no. 26382/95, Commission decision of 3 December 1997

<sup>691</sup> *Cocchiarella v. Italia* [GC], ric. no. 64886/01, par. 80, 2006.

rispetterebbe il quinto paragrafo del citato art. 5 CEDU perché renderebbe la tutela del diritto umano garantito dall'art. 5 del tutto illusoria e teorica<sup>692</sup>.

In altri termini, la Corte Europea verifica che gli effetti conseguenti alla interpretazione e applicazione delle discipline nazionali in punto di risarcimento del danno siano compatibili con la garanzia effettiva dei diritti umani di cui al Trattato.

Il Giudice di Strasburgo non rinuncia a qualsiasi forma di controllo del risultato ottenuto ricorrendo a rimedi interni perché, in caso contrario, i diritti garantiti dalla Convenzione europea sarebbero privi di qualsiasi sostanza e rimarrebbero pure declamazioni teoriche<sup>693</sup>.

Il risarcimento accordato dalle autorità giurisdizionali nazionali non può quindi essere significativamente inferiore a quello concesso dalla Corte in casi simili guardando alla prassi seguita in applicazione dell'art. 41<sup>694</sup> e alla luce degli elementi fattuali concreti (come ad esempio la durata della detenzione illegittima)<sup>695</sup>.

---

<sup>692</sup> *Cumber v. UK*, ric. no. 28779/95, sentenza 27 novembre 1996; *Attard v. Malta* (dec.), ric. no. 46750/99, sentenza 28 settembre 2000; *Vasilevskiy e Bogdanov v. Russia*, sentenza 10 luglio 2018, par. 22 e 26.

<sup>693</sup> *Principe Hans-Adam II del Liechtenstein v. Germania* [GC], 42527/98, § 45, CEDU 2001-VIII.

<sup>694</sup> *Damian-Burueana e Damian*, cit., par. 89; *Cristina Boicenco v. Moldavia*, ric. no. 25688/09, par. 43, 27 settembre 2011; *Ganea v. Moldavia*, ric. no. 2474/06, par. 22, 17 maggio 2011; *Selami e altri v. Repubblica di Macedonia*, ric. no. 78241/13, par. 102, 1 marzo 2018.

<sup>695</sup> V. *Vasilevskiy e Bogdanov v. Russia* cit. par. 23; cfr. anche *Ganea v. Moldavia*, no. 2474/06, 17 maggio 2011 par. 30; *Cristina Boicenco v. Moldavia*, ric. no. 25688/09, 27 settembre 2011, par. 43; *Borg v. Malta* (dec.), no. 39783/15, par. 37, 5 settembre 2017; *Ganea* cit. § 30; *Shilyayev v. Russia*, ric. no. 9647/02, par. 21, 6 ottobre 2005; *Attard v. Malta* (dec.), ric. no. 46750/99, 28 settembre 2000.

Nel caso *Vasilevskiy e Bogdanov v. Russia* cit. la Corte EDU ha evidenziato l'esistenza di una evidente sottocompensazione; nonostante la grave violazione subita dai ricorrenti le Corti russe hanno loro riconosciuto rispettivamente 3.320 euro per 472 giorni e euro 324 per i 119 giorni di detenzione illegale. Il pregiudizio subito dal sig. *Vasilevskiy* per la illegittima privazione della propria libertà personale è stato quindi valutato in un ammontare pari a soli 7 euro per ogni giorno di illegittima detenzione e quello subito dal sig. *Bogdanov* a soli 2,70 euro.

Tale livello di risarcimento si è mostrato inferiore alle condanne rese dalla Corte in casi simili e anche sproporzionato rispetto alla durata della detenzione dei ricorrenti e trascurabile in termini assoluti.

Nella stessa decisione si è avuto cura di precisare che comunque l'esistenza del pregiudizio non patrimoniale (sofferenza psicofisica) va comunque provata per ottenere tale risarcimento.

Alla fine però la Corte Europea ha finito per riconoscere ai ricorrenti soltanto la somma di 5.000 ciascuno a titolo di risarcimento del danno morale.

L'opinione parzialmente dissenziente del giudice *Serghides* osserva che per garantire l'effettività del diritto (alla libertà personale) leso il riconoscimento dell'equa soddisfazione di cui all'art. 41 CEDU avrebbe richiesto un ammontare ben più elevato dei soli 5.000 euro accordati dalla opinione di maggioranza.

In altri termini, l'effettività della tutela del diritto umano richiede che l'indennità di cui all'art. 41 CEDU accordato alle due vittime dell'illecito debba essere rispettoso del principio di proporzionalità e del principio di eguaglianza. Il giusto è il proporzionato che implica la ragionevole eguaglianza nel trattamento di diversi rapporti.

In termini assoluti, però, l'indennizzo di 5.000 euro è notevolmente ridotto e non è giustificato neppure in termini relativi perché il primo ricorrente è stato detenuto per maggior tempo rispetto al secondo, ma ha ottenuto la medesima somma.



Anche in prospettiva giuseconomica si è osservato che potrebbe essere opportuno ricorrere ai *punitive damages* per garantire effettività alle disposizioni internazionali poste a tutela dei diritti umani.

Invero, i Trattati internazionali come la CEDU costituirebbero incentivi per indurre gli Stati a prevenire la violazione dei diritti fondamentali della persona umana; il rischio di incorrere in gravi responsabilità per le violazioni accertate dovrebbe spingere lo Stato ad adottare misure interne adeguate per difendere i diritti garantiti a livello CEDU nel regolare determinate attività umane.

Naturalmente il rischio di incorrere in una condanna meramente compensativa può funzionare come adeguato deterrente soltanto se lo Stato, in un mondo ideale, risarcisse sempre e comunque tutte le vittime per le violazioni compiute; viceversa, se il risarcimento puramente compensativo non corrisponde ai “costi sociali” e quindi al maggior guadagno del Convenuto derivante dalla violazione, allora sarebbe opportuno prevedere una sanzione ultracompensativa.

Nel mondo reale sono molteplici i fattori che potrebbero indurre le vittime a non tutelare i propri diritti nonostante le violazioni statali (ad esempio i costi troppo elevati di accesso alla giustizia, l'esiguità del danno, l'ostilità verso l'azione giudiziale e così via) così determinandosi una situazione di *undercompensation* anche perché il sistema di accesso alla Corte EDU ha natura sussidiaria e postula l'inutile esperimento di tutti i rimedi interni.

I risarcimenti punitivi dovrebbero allora costituire uno strumento per prevenire ed evitare violazioni sistemiche e diffuse dei diritti umani e per internalizzare tutti i costi sociali derivanti dalle azioni statali che li violano<sup>696</sup>.

In conclusione, in peculiari circostanze e in presenza di violazioni particolarmente gravi, per garantire una protezione effettiva ai diritti umani, il concetto di equa soddisfazione di cui all'art. 41 CEDU potrebbe implicare l'adozione di condanne non strettamente compensative; secondo alcuni autori, la previsione di misure ultracompensative non necessariamente dovrebbe essere destinata alla vittima, ben potendo la Corte europea prevedere la costituzione di un fondo fiduciario sull'esempio della prassi seguita dalla Corte interamericana dei diritti umani; un fondo che sarebbe utile per tutti coloro che abbiano subito simili violazioni<sup>697</sup>.

---

<sup>696</sup> Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE – VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, op. cit., 241 ss.

<sup>697</sup> SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2005, 366 ss. Per l'autrice le violazioni più gravi dovrebbero essere sanzionate più severamente al fine di avere una protezione credibile ed efficace soprattutto a livello internazionale.

### 3.2. *Segue: il problema della estensione delle garanzie sottese alla nozione di *matière pénale**

La compatibilità dei risarcimenti ultracompensativi o di altre misure civilistiche interne connotate dal carattere punitivo/deterrente previste dai legislatori nazionali rispetto al sistema EDU va indagata anche sotto il profilo dell'osservanza delle garanzie sottese agli artt. 6 e 7 CEDU; occorre comprendere se sia possibile estendere ai processi e alle misure civilistiche *de quibus* le garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 e quelle di natura sostanziale di cui all'art. 7 CEDU – e relativi corollari<sup>698</sup> – concepite specificamente per i processi e per i fatti di rilevanza penale.

Il tema è noto e concerne una tra le principali obiezioni elaborate dalla tradizione giuridica dei Paesi dell'Europa continentale contro la generale configurabilità dei risarcimenti punitivi disciplinati sul modello anglosassone; se la misura ultracompensativa viene applicata nel processo civile secondo le regole sue proprie, vi è il rischio della possibile elusione delle garanzie sostanziali e procedurali previste dal diritto penale attesa la natura solo formalmente civilistica dei *punitive – exemplary damages* che nella sostanza celerebbero una sanzione assimilabile, sul piano funzionale, a una vera e propria pena criminale.

Si è già visto come l'indicato profilo è stato affrontato dalla Corte Suprema degli USA<sup>699</sup>, in un ordinamento che conferisce centrale importanza alla garanzia costituzionale della *due process of law*. Il sistema statunitense ancora oggi, a distanza di secoli,

---

<sup>698</sup> È noto infatti che misure attratte nel perimetro della materia penale intesa ai sensi CEDU soggiacciono a una serie di garanzie fondamentali: oltre ai citati artt. 6 e 7 CEDU, si fa riferimento all'art. 2, Prot. n. 7 CEDU – sul diritto del condannato per illecito penale al doppio grado di giudizio –, all'art. 3 Prot. n. 7 CEDU – sul diritto al risarcimento del danno per errore giudiziario – e all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU sul principio del *ne bis in idem* in ambito penale.

Le indicate disposizioni, viceversa, non trovano applicazione per misure che non rientrano nella materia penale fermo restando che possono sussistere altre limitazioni convenzionali per gli Stati Contraenti (si pensi ad esempio alle misure limitative o ablativo della proprietà privata per cui opera comunque, anche se non si tratta di fattispecie di rilevanza penalistica, l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e lo stesso dicasi nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione Europea per gli artt. 6 e 17 CDFUE).

<sup>699</sup> La Corte Suprema degli USA continua ancora oggi a ritenere pienamente sovrapponibili condanne penali e condanne ai *punitive damages* per la stessa fattispecie concreta a meno che l'azione in sede civile sia stata esercitata dallo Stato e non dal privato – danneggiato.

Anche SCOLETTA, *Il Double Jeopardy Principle come limite alle moltiplicazioni punitivi nell'ordinamento statunitense*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di PALIERO, VIGANÒ, BASILE e GATTA, Milano, 2018, pag. 451, ricorda che nell'ordinamento statunitense la garanzia costituzionale del V Emendamento vieta il cumulo punitivo in un numero limitato di ipotesi con riguardo all'illecito para – penale, sotto il profilo del *ne bis in idem* sostanziale – con un orientamento per certi versi equiparabile alle decisioni della Corte di Strasburgo nel caso *A B contro Norvegia* –. È necessario infatti che il procedimento penale e quello civile/punitivo costituiscano due versanti “di un'accusa unica e coordinata” e con elevato *standard* probatorio per la comminazione della sanzione non intrinsecamente penale. Come già ricordato, si richiede che sia lo Stato a dover promuovere la successiva azione punitiva per potersi discorrere di *bis in idem* v. pag. 454. Per ulteriori approfondimenti v. *retro* Cap. I.

continua a ritenere pienamente sovrapponibili condanne penali e condanne civili ai *punitive damages* nella stessa fattispecie a meno che l'azione in sede civile sia stata esercitata dallo Stato e non dal privato – danneggiato. Altro è il rimedio ultracompensoativo civilistico, altro sono le sanzioni penali; altro è il *double punishment*, altro è il *multiple punishment*. Né le disposizioni costituzionali relative al principio di irretroattività sfavorevole, alla presunzione di innocenza e alla proporzionalità delle sanzioni possono trovare applicazione alla misura civilistica *de qua*.

Per i Paesi aderenti al sistema CEDU, però, bisogna chiarire se il risarcimento punitivo - che formalmente rientra nella *tort law* secondo il diritto nazionale - possa essere riqualificato dalla Corte di Strasburgo alla stregua di una sanzione obiettivamente penale la quale soggiace a una disciplina ben diversa e più rigorosa a livello convenzionale. Stesso problema si pone ovviamente anche per le altre prestazioni pecuniarie di stampo sanzionatorio e/o deterrente che dovessero essere previste dai legislatori nazionali - anche se non inquadrare strettamente nell'alveo della responsabilità civile -.

Mentre le garanzie sottese al primo paragrafo dell'art. 6 CEDU trovano applicazione per tutti i processi civili e penali<sup>700</sup>, quelle previste nel secondo e nel terzo paragrafo, invece, riguardano solo i processi penali (si tratta essenzialmente della presunzione di innocenza e del diritto di difesa)<sup>701</sup>.

---

<sup>700</sup> Così art. 6, primo paragrafo CEDU: «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 sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. 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 possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

<sup>701</sup> Così art. 6, parr. 2 e 3:

«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 di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata 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 e 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 in udienza».

È noto che i termini «*criminal*» e «*charge*» utilizzati nell'art. 6 CEDU sono stati interpretati estensivamente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo criteri propri<sup>702</sup> e autonomi rispetto a quelli definiti dal diritto nazionale<sup>703</sup> (cd. criteri *Engel*).

---

<sup>702</sup> Ci si riferisce ai tre criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo a partire dalla sentenza *Engel v. Paesi Bassi* 8 giugno 1976, ricc. numeri 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. Anzitutto il punto di partenza è la qualificazione formale della misura data a livello nazionale alla quale seguono due criteri alternativi e non cumulativi ossia quello della natura della infrazione e la severità e la natura della sanzione. Il secondo criterio tiene conto della struttura della norma violata e, come si vedrà, si scompone in una pluralità di sotto criteri elaborati nel tempo dalla giurisprudenza di Strasburgo (in particolare, occorre accertare se la sanzione sia correlata o meno alla violazione di un dovere di carattere generale imposto su tutti i consociati e la significatività della violazione, anche considerando la procedura utilizzata per accertare l'illecito e applicare la misura e quanto previsto negli altri Stati Contraenti per cui v. *infra*. Sulla natura di corrispondenti sanzioni e della qualifica di offese simili v. *caso Öztürk v. Germania*, Plenaria, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, par. 52 e 53) –. Il terzo criterio - il grado di severità e la natura della sanzione - viene in rilievo se il carattere penale della sanzione non è già emerso in base ai primi due e ha natura “confermativa” rispetto ai primi.

Illuminante sul punto la sentenza *Engel* cit. (relativa a un caso di sanzioni detentive disciplinari-militari) ai paragrafi 81 e 82:

«La Convenzione indubbiamente consente agli Stati, nell'esercizio della loro funzione di custodi del pubblico interesse, di mantenere o stabilire una distinzione tra diritto penale e diritto disciplinare, e di determinare il relativo confine, ma solo a certe condizioni. La Convenzione lascia gli Stati liberi di designare come un illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisca normale esercizio di uno dei diritti da essa protetto. Ciò è reso particolarmente chiaro dall'art. 7. Tale scelta, che ha l'effetto di rendere applicabili gli artt. 6 e 7, non è, in linea di principio, soggetta a scrutinio da parte della Corte. L'opposta scelta è tuttavia soggetta a più stringenti limiti. Se agli Stati contraenti fosse concesso di classificare a loro discrezione un illecito come disciplinare invece che penale, o di perseguire l'autore di un illecito di carattere misto sul piano disciplinare invece che penale, l'applicabilità di disposizioni fondamentali quali gli artt. 6 e 7 risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una tale ampia possibilità di scelta risulterebbe incompatibile con gli obiettivi e il contenuto della Convenzione. La Corte dunque, ai sensi degli artt. 6 nonché 17 e 18, ha competenza a stabilire da sé se la materia disciplinare non invada in realtà la sfera del penale. In breve, l'autonomia del concetto di penale opera a senso unico [...] In tale prospettiva, occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme. Ciò tuttavia non rappresenta che un punto di partenza. Le indicazioni così fornite hanno solo un valore formale e relativo e vanno esaminate alla luce di un comune denominatore ricavabile dalle legislazioni dei vari stati contraenti. La natura intrinseca dell'illecito è un fattore di maggior importanza. Quando un militare si ritrova accusato di un atto o di un'omissione che in tesi violano le regole che governano l'attività delle forze armate, lo Stato può in linea di principio impiegare contro di lui il diritto disciplinare invece che quello penale. Sotto questo profilo, la Corte concorda con il Governo. Tuttavia, il sindacato della Corte non si ferma qui. Tale sindacato risulterebbe in linea generale illusorio se non prendesse anche in considerazione il livello di severità della sanzione che l'accusato rischia di subire. In una società conformata al principio di legalità, appartengono alla sfera del diritto penale tutte le privazioni della libertà che siano applicate quali sanzioni, con l'eccezione di quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione non siano significativamente afflittive [...]».

Sempre sul rapporto dei tre criteri v. Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e Altri v. Italia*, parr. 94-96:

«La Corte rammenta la sua consolidata giurisprudenza ai sensi della quale, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione» (*Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6, § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale»

<sup>703</sup> V. oltre alle decisioni citate nella nota precedente, sentenza Grande Camera EDU, 23 marzo 2016, *Bokhin v. Russia*, ric. n. 47152/2006, par. 179; Grande camera EDU, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors v.*

Il problema della qualificazione per il sistema CEDU di una misura civilistica interna di natura ultracompenzativa si è posto in materia contrattuale solo nel caso *Blake v. UK*<sup>704</sup> in cui il ricorrente contestava la legittimità della retroversione dei profitti (*account of profits*)<sup>705</sup> ordinata dalla *House of Lords* per l'inadempimento accertato sulla premessa che la misura interna avesse natura sostanzialmente penale e fosse stata applicata nel processo civile in difetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU<sup>706</sup>, ma la Corte di Strasburgo ha ritenuto che si trattasse di una conseguenza civilistica dell'inadempimento e non di *criminal charge* ex art. 6 CEDU<sup>707</sup>.

---

Regno Unito, par. 82; sentenza 2 settembre 1998, *Lauko c. Repubblica slovacca*, par. 56-58; sentenza 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, par. 6; Grande Camera EDU, 26 marzo 1982, *Adolf v. Austria*, ric. n. 8269/1978, par. 30; MEURKENS, *Punitive damages, in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe, Maastricht*, cit. pag. 179.

<sup>704</sup> Per la ricostruzione dei tratti salienti del caso *Blake v. Regno Unito* si rinvia *retro* alla nota n. 131.

Il ricorrente, dopo avere esaurito tutti i rimedi interni, agiva dinanzi alla Corte di Strasburgo contestando allo Stato convenuto plurime violazioni delle disposizioni convenzionali.

La sentenza EDU 25 ottobre 2005, Quarta Sezione, ric. No. 68890/01 qui rilevante, è una pronuncia che dichiara inammissibili tutti i motivi di ricorso proposti – compreso quello sopra citato, sul rilievo che l'*account of profits* fosse misura civilistica non penalmente rilevante sicchè doveva considerarsi irricevibile il ricorso per la parte contenente censure relative a parametri afferenti alla materia penale – con l'unica eccezione del profilo riguardante la eccessiva durata del processo interno che veniva deciso con la successiva sentenza 26 dicembre 2006 – .

<sup>705</sup> Il Governo Inglese chiedeva alla *House of Lords* di dichiarare inesigibile il credito di cui *Blake* – ex funzionario dei servizi segreti inglesi fuggito in Russia – era titolare nei confronti della Casa editrice che aveva pubblicato e divulgato un'autobiografia nella quale svelava informazioni riservate trattandosi di profitto illecito conseguente alla violazione delle norme che impongono all'agente di non divulgare segreti per tutta la sua vita. La sentenza ordinò al debitore di riversare tutti i crediti per i diritti di autore conseguenti alla citata pubblicazione in favore del Governo inglese. Per ulteriori riferimenti v. *retro* nota n. 140.

<sup>706</sup> V. sul punto sentenza *Blake v. UK*, 25 ottobre 2005, cit. par. 89.

<sup>707</sup> Nell'applicare i criteri *Engel* alla fattispecie concreta la Corte EDU ha affermato:

«97. *As to the domestic classification, the Court notes that the first two instances were held in exclusively civil courts: the High Court and the Civil Division of the Court of Appeal. It further recalls that, although a new claim was introduced before the House of Lords, that claim (for breach of contract) was, as the applicant admitted, a private law claim. The Court considers it clear that the causes of action were classified as civil in domestic law. However, that classification is of only formal or relative value.*

98. *Secondly and as to the nature of the offence, the applicant alleged that the proceedings in question involved the determination of a charge under section 1 of the 1989 Act. However, no such charges were ever brought against the applicant. It is true, that in the course of the proceedings the AG, the Court of Appeal and the House of Lords made statements that the applicant was guilty of the said offence (see paragraphs 46 and 66 above). However, although such statements of guilt in civil proceedings may give rise to an issue under Article 6 § 2 when they are sufficiently closely linked to criminal proceedings (see below), they will not of themselves transform the nature of civil proceedings, so that they become criminal (see Hammern v. Norway, no. 30287/96, § 42-46, 11 February 2003). The fact remains that the ultimate decision of the House of Lords to order an account of profits against the applicant was based on his breach of contract (see paragraph 66 above), a cause of action clearly civil in character.*

99. *Thirdly and as regards the severity of the penalty in this case, the Court recalls that an account of profits is a standard remedy in civil proceedings such as breach of confidence and breach of fiduciary duty (Relevant domestic Law and Practice above). It was limited to preventing the applicant obtaining the remaining royalties due to him following the publication of his book rather than a fine requiring him to disburse monies. There was, in addition, no potential penalty of detention and no possibility of his being imprisoned in default of payment. In such circumstances, the Court does not consider that the present penalty renders criminal the action against the applicant» (così sentenza 25 ottobre 2005 *Blake v. UK* cit., par. 97 - 99).*

La Corte EDU, al di fuori di tale precedente, non si è ancora pronunciata nello specifico sulle sanzioni civili ultracompensoative previste in sede extracontrattuale e non è escluso che possa seguire un orientamento diverso rispetto a quello appena citato reputando necessaria l'applicazione estensiva dei paragrafi 2 e 3 dell'art. 6 CEDU cit. anche in materia civilistica.

Per cercare di dare risposta al quesito in esame, si può tentare di applicare i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU ai risarcimenti e/o prestazioni pecuniarie sanzionatorie configurati sul modello dei *punitive - exemplary damages*; il primo, di natura formale (qualificazione interna della misura), escluderebbe la natura penale della sanzione civile perché rientrante nel diritto privato e non nel diritto pubblico all'interno del sistema nazionale<sup>708</sup>.

Desta maggiori problematiche interpretative il secondo criterio (natura dell'offesa)<sup>709</sup>, perché i *punitive damages*, perlomeno nella configurazione iniziale e prevalente (ad esempio nella maggior parte degli Stati federati USA)<sup>710</sup>, hanno funzione deterrente e punitiva. Se concepiti come sanzioni afflittive che censurano condotte fortemente riprovevoli e antisociali potrebbero, sotto questo profilo, essere riqualificati come misure intrinsecamente penali per il sistema CEDU<sup>711</sup>.

---

<sup>708</sup> Il primo criterio formale non è decisivo nel senso che la qualificazione interna non esime la Corte dal dovere applicare gli ulteriori e successivi criteri *Engel*, altrimenti se fosse vincolante il dato nazionale vi sarebbe il rischio di incorrere agevolmente nell'elusione della disciplina di protezione garantita a livello convenzionale (v. *retro* motivazione della sentenza *Engel* cit.). Il primo criterio è invece vincolante solo in senso unidirezionale ove la misura sia già qualificata sul piano formale dal diritto interno come una sanzione penale; in tal caso non si fa luogo agli altri criteri *Engel*. Per ulteriori riferimenti v. *amplius* LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009.

<sup>709</sup> Nella valutazione del secondo criterio la Corte EDU ha riguardo ai seguenti fattori:

se l'imposizione della sanzione è ricollegata all'accertamento della colpevolezza (*Benham v. UK*, 8 febbraio 1995, par. 56); se la misura ha uno scopo punitivo e deterrente – solo se persegue entrambi si può discorrere di misura penale – (*Öztürk v. Germania*, cit., par. 53; *Bendenoun v. Francia*, 24 febbraio 1994, ric. no. 12547/1986, par. 47; *Kadubec v. Repubblica Slovacca*, 2 settembre 1998, par. 52); se la misura persegue l'obiettivo di proteggere interessi della società normalmente protetti dal diritto penale (*Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. v. Slovenia*, 23 ottobre 2018, ric. no. 47072/2015, par. 42); se la misura riguarda un gruppo specifico oppure ha carattere generale – e non settoriale come accade per esempio per gli ordini professionali – (*Bendenoun v. Francia*, cit., par. 47); se il processo è concepito con un apparato di *enforcement* pubblicistico o comunque ha elementi pubblicistici e quali siano i poteri dell'autorità pubblica che istruisce la procedura (*Benham v. UK*, cit., par. 56). Come analoghe procedure e fattispecie sono state disciplinate negli altri Stati membri del Consiglio d'Europa – in particolare se da misure penali o meno – (*Öztürk v. Germania*, cit., par. 53).

<sup>710</sup> V. *retro* Restatement (Second) of Torts § 908.

<sup>711</sup> MEURKENS, *Punitive damages, in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Maastricht, cit. pag. 183 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Accedendo a questa tesi, però, occorrerebbe svolgere riflessioni differenti in tutti quei casi in cui invece i *punitive damages* non hanno funzione deterrente e punitiva (lo si è visto in alcuni Stati USA per cui v. *retro* Cap I), o hanno una prevalente funzione educativa ed esemplare. In questa prospettiva anche gli *aggravated damages* inglesi non avrebbero prevalente funzione sanzionatoria e quindi probabilmente non ricadrebbero all'interno di tale disciplina convenzionale, così come anche la "sovracompensoazione" che in Germania i giudici concedono invocando il principio di soddisfattività per il risarcimento del danno non patrimoniale. Nell'uno come nell'altro caso da ultimo citati, ci si troverebbe pur sempre dinanzi a misure

Si è visto, tuttavia, che negli USA il problema è stato risolto sottolineando che mentre le sanzioni penali riguardano la violazione di doveri di comportamento per il torto arrecato alla società nel suo complesso (vengono richieste dal PM, sono destinate a vantaggio della collettività e incidono sulla libertà della persona), nel caso dei *punitive damages* avremmo un illecito che genera conseguenze ultracompensative, ma pur sempre nell'ambito di una controversia interprivatistica. La sanzione è imposta per il torto compiuto dal convenuto nei confronti del singolo attore – danneggiato; egli soltanto è legittimato a chiederla al giudice civile che non può disporla di ufficio, ne è destinatario e non incide sulla libertà personale, neppure indirettamente, del danneggiante<sup>712</sup>.

Dato che il secondo criterio (natura dell'offesa) e il terzo (natura e grado di severità della sanzione)<sup>713</sup> *Engel* sono alternativi (e non necessariamente cumulativi)<sup>714</sup> diviene centrale comprendere chiaramente quale sia lo scopo della misura interna<sup>715</sup> caso per caso. L'assenza del carattere di severità di cui al terzo criterio non sarebbe infatti deci-

---

concepite per assicurare una piena ed effettiva compensazione (soprattutto dei danni non patrimoniali anche per le relative difficoltà probatorie). Allo stesso modo potrebbe escludersi che i risarcimenti restitutori possano in teoria essere riqualificati come pena criminale (v. *infra*) anche perché, al di là di tali differenze funzionali, non sussisterebbero gli ulteriori indici delineati dalla giurisprudenza EDU per configurare sanzioni sostanzialmente penali di cui alla precedente nota 686.

In sostanza più i risarcimenti o le misure interne ultracompensative sono attratti al sistema privatistico, più sono compatibili con le garanzie convenzionali e non presentano profili di problematicità. Negli USA una connotazione maggiormente "privatistica" dei *punitive damages* sembra emergere dopo le ultime sentenze della Corte Suprema che si sono pronunciate sulla compatibilità dei *punitive damages* rispetto al XIV Emendamento. V. *retro*.

<sup>712</sup> È significativo notare che il citato *Restatement (Second) of Torts* § 908 esordisce in questi termini « *Punitive or exemplary damages are money damages awarded to a plaintiff in a private civil action, in addition to and apart from compensatory damages, assessed against a defendant guilty of flagrantly violating the plaintiff's rights* » (sottolineatura aggiunta).

Per ulteriori approfondimenti v. *retro* Cap. I.

<sup>713</sup> Il terzo criterio fa riferimento all'ammontare massimo della sanzione previsto dal diritto interno v. sentenza *Campbell e Fell v. UK*, 28 giugno 1984, ric. no. 7878/1977, par. 71; *Demicoli v. Malta*, 27 agosto 1991, ric. no. 13057/1987, par. 34.

Per FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato: misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscatio*, Milano, 2018, 259 ss., il terzo criterio *Engel* implica una duplice indagine: anzitutto occorre considerare la tipologia e il contenuto della sanzione (detentiva o pecuniaria) insieme con la relativa entità e poi la natura della stessa e quindi la pertinenzialità rispetto a un reato e la finalità perseguita.

<sup>714</sup> L'accertamento cumulativo si rende necessario se l'applicazione separata dei criteri *Engel* non conduce a una conclusione univoca sulla esistenza della sanzione penale (v. caso *Bendenoun v. Francia*, cit., par. 47; *Garifallou AEBE v. Grecia*, 24 settembre 1997, par. 33). Cfr. sul punto BUZZELLI – CASIRAGHI – CASSIBBA – CONCOLINO – PRESSACO, Art. 6 CEDU, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS e VIGANÒ, Torino, 2016, 134 ss.

<sup>715</sup> Cfr. MAZZACUVA, *Art. 7 Cedu*, Nulla poena sine lege, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS e VIGANÒ, Torino, 2016, 250 ss., secondo cui è di centrale importanza comprendere se le conseguenze dell'illecito perseguano una finalità preventiva, riparativa o punitiva. Occorre distinguere l'ipotesi in cui la misura persegua un obiettivo di contrasto della pericolosità dell'agente (neutralizzazione o trattamento) o uno scopo di punizione (intimidazione e deterrenza).

sivo per escludere la riqualificazione della sanzione interna alla luce del secondo e viceversa<sup>716</sup>.

In difetto di specifici precedenti sul punto, va evidenziato che, secondo un primo indirizzo interpretativo, i citati criteri *Engel* potrebbero condurre alla qualificazione dei *punitive damages* come misure sostanzialmente penali a livello CEDU allorchè svolgano pienamente funzione di *punishment* e di *deterrence*<sup>717</sup>. Stesso problema si porrebbe anche per tutte le altre misure civilistiche nazionali che presentino analoghe caratteristiche funzionali.

Deve tuttavia osservarsi che, pur volendo condividere tale approccio interpretativo, non sarebbe affatto chiaro quale sia il livello di protezione che i danneggiati potrebbero reclamare a livello convenzionale nei processi civili che applichino simili misure.

In alcune decisioni, come nel caso *Jussila v. Finlandia*<sup>718</sup>, la stessa Corte di Strasburgo ha delineato un sistema di protezione meno rigoroso sostenendo che le regole applicabili ai processi penali non devono sempre essere osservate ove si tratti di irrogare misure che non costituiscono una pena in senso tradizionale, così come del resto accade ancora oggi negli USA per i processi civili che concedono i *punitive damages*<sup>719</sup>. L'esistenza di

---

<sup>716</sup> Tale profilo sembra rilevante per quanto concerne la non incidenza della misura punitiva sulla libertà personale del condannato. È importante sottolineare che nella giurisprudenza della Corte EDU l'incidenza della misura sulla libertà personale del destinatario costituisce soltanto un indice sintomatico della severità della sanzione (MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 18 che cita Corte EDU, 15.11.2007, *Galstyan c. Armenia*, §§ 59 ss., e Corte EDU, 17.7.2008, *Ashughyan c. Armenia*, § 51. ). Si è quindi suggerito di utilizzare il criterio dell'analisi delle funzioni delle conseguenze dell'illecito in combinazione con quello della severità per evitare una eccessiva estensione della nozione di pena criminale (AA.VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987, 851 ss.).

<sup>717</sup> MEURKENS, *Punitive damages, in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe, Maastricht*, cit. pag. 182 ss. MANES, *Profili dell'illecito para – penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1002 ss. il quale avverte che di illecito para – penale può discorrersi soltanto ove la misura interna abbia realmente natura punitiva e sia ispirata alla logica del rimprovero. Deve pertanto procedersi per sottrazione; occorre che essa si spinga oltre lo scopo di neutralizzazione della pericolosità sociale o di quello riparatorio e satisfattivo. In caso di misure aventi funzioni miste, per aversi pena criminale, occorrerebbe soffermarsi anche sugli ulteriori indici elaborati dalla giurisprudenza EDU come l'incidenza su beni personalissimi, le forme di accertamento della responsabilità, le modalità di esecuzione delle sanzioni e i relativi criteri di commisurazione. Cfr. anche MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, 57 ss. v. anche la nota precedente.

<sup>718</sup> Sentenza Grande Camera EDU, 23 novembre 2006, ric. N. 73053/01 par 43, relativamente alle imposizioni di sanzioni tributarie, afferma «*Notwithstanding the consideration that a certain gravity attaches to criminal proceedings, which are concerned with the allocation of criminal responsibility and the imposition of a punitive and deterrent sanction, it is self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma. There are clearly “criminal charges” of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a “criminal charge” by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law [...] e prosequer the situation of the [suspect] has been substantially affected*»

<sup>719</sup> Si è visto che negli USA sul piano processuale non sussistono le medesime garanzie del processo penale, ma la natura mista dei *punitive damages* si traduce di regola nella previsione di un onere probatorio più rigoroso rispetto ai *compensatory damages* - salvo che il legislatore statale preveda diversamente - ed eventualmente nella sospensione obbligatoria del processo civile in attesa di definizione del processo pe-



sanzioni che non sono strettamente penali (ancorchè riqualificate come tali dalla Corte EDU) fa sì che ai processi che le applicano non si estendano automaticamente le medesime garanzie fondamentali del diritto processuale penale, potendo essere compatibile con l'art. 6 CEDU anche un regime diverso e meno incisivo se ragionevolmente differenziato<sup>720</sup>.

Ebbene questo trattamento di minore rigore rispetto alle sanzioni che nascono *ab origine* penalistiche dovrebbe riguardare anzitutto le sanzioni civili che sono imposte dal giudice civile<sup>721</sup>, le quali presentano minore afflittività.

Per altri autori i *punitive damages* (e naturalmente le misure interne riconducibili anche parzialmente a tale modello – ci si riferisce alla ampia categoria delle sanzioni civili interne o pene private per cui v. diffusamente il Capitolo successivo –) non potrebbero mai costituire sanzioni penalistiche perché, come in precedenza osservato negli USA, sono domandati in giudizio da una parte privata, vanno ad arricchire il danneggiato (e non la collettività) e non è richiesto alcun intervento del PM nel processo civile, né è prevista alcuna iniziativa processuale obbligatoria<sup>722</sup>. L'assenza del carattere pubblico dei processi di irrogazione ed esecuzione della misura civilistica, il perseguimento di interessi direttamente privatistici e solo di riflesso generali, il difetto di analoghe previsioni nel diritto penale degli altri Stati membri del Consiglio d'Europa, l'imposizione di sanzioni di contenuto ragionevole e la mancanza di pene accessorie interdittive, costituirebbero ulteriori elementi di segno contrario alla equiparabilità dei risarcimenti o sanzioni in commento alle pene criminali<sup>723</sup>.

---

nale pendente per lo stesso fatto MEURKENS, op. ult. cit., 102. Cfr. per ulteriori approfondimenti *retro* Cap., Parte I, par. 4.2.6.

<sup>720</sup> La Corte EDU sostiene questo orientamento non solo per le sanzioni tributarie di cui al precedentemente citato caso *Jussila v. Finland*, ma anche per altre sanzioni amministrative minori v. *Marčan v. Croazia*, 10 luglio 2014, ric. no. 40820/12, par. 37 e *Sancakli v. Turchia*, 15 maggio 2018, ric. 1385/07, par. 43 – 52 allo stesso modo si è detto che le garanzie di tipicità del fatto che costituisce reato e della pena non trovano piena applicazione per le sanzioni stabilite per la violazione del diritto alla concorrenza di matrice europea così *AC-Treuhand AG v. Commissione UE*, 8 luglio 2008, par. 113. Del resto anche gli autori citati nelle note precedenti concordano sull'esigenza di seguire un approccio differenziato ispirato al gradualismo circa l'applicazione delle garanzie convenzionali alle varie misure interne di natura ultracompensativa.

<sup>721</sup> NORDIN, *Private Straffen in het Contractenrecht Beschouwd vanuit het Perspectief van Artikel 6 EVRM*, in *J. Rozie, A. Van Oevelen & S. Rutten* (red.), *Toetsing van Sancties door de Rechter, Antwerp: Intersentia*, 2011, pag. 161 ove si ricorda che il giudice civile non ha gli stessi poteri di investigazione del giudice penale, nel processo civile non vi è obbligatorietà dell'azione penale e vi sono minori rischi di violare la riservatezza del convenuto nel processo che giustificano un minore grado di protezione a livello procedurale.

<sup>722</sup> BOOT, *Privaatrecht & boete. Over double damages bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging*, 2008, 205.

<sup>723</sup> Cfr. sul punto DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie: studio per una teoria dei danni punitivi*, in *studi in onore di Granelli*, Padova, 2018, 189 ss.; ID, *Verso la decisione delle Sezioni Unite sulla questione dei danni punitivi: ostacoli apparenti e reali criticità*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, 1000. L'autrice osserva che, le prestazioni pecuniarie private previste dal diritto nazionale condividono soltanto

Ulteriore rilievo critico alla prima tesi che potrebbe definirsi stipulativamente “panpenalistica” consisterebbe nel non ritenere integrata la nozione di accusa (*charge*) di cui al primo paragrafo dell’art. 6 CEDU cit. che invece richiede la notifica di un atto formale a un individuo da parte della competente autorità nazionale per avere commesso un reato<sup>724</sup>.

Secondo tale orientamento i *punitive damages* rientrerebbero soltanto nella nozione di *civil obligation* di cui al primo paragrafo dell’art. 6 CEDU anche perché le garanzie

---

una finalità punitivo/deterrente analoga a quella delle sanzioni penali, ma non ricorrono gli ulteriori indici delineati dalla giurisprudenza di Strasburgo per assimilarle alle vere e proprie “pene criminali”; difatti, non sono previste direttamente e immediatamente per la tutela di interessi generali, bensì, all’opposto, finalizzate alla tutela di interessi privati e solo di riflesso anche pubblici. Sono sempre applicate nell’ambito di un processo civile, instaurato ad iniziativa di parte, e destinate a vantaggio dell’attore vittorioso in giudizio o, comunque, in sede stragiudiziale da privati nei confronti di altri privati e non sussistono analoghe previsioni nel diritto penale degli altri Stati membri del Consiglio d’Europa. Non sembrano neppure eccessive perché il legislatore/giurisprudenza ne prevede un ammontare proporzionato, oltre a non essere accompagnate anche da pene accessorie di tipo interdittivo.

Conseguentemente non devono essere osservati i rigorosi limiti della legalità penale (cd. tipicità in senso debole) e le ulteriori garanzie processuali specificamente penalistiche.

Secondo MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 141 ss., invece l’iniziativa privata non è decisiva dato che comunque in alcuni ordinamenti si ammette l’esercizio privato dell’azione penale e nei reati procedibili a querela dell’offeso l’eventuale natura privatistica del bene giuridico non trasforma la pena in risarcimento. Neppure assume rilievo secondo l’autore la destinazione pubblicistica piuttosto che privata della sanzione che riguarderebbe soltanto distinzione tra pene private e sanzioni di diritto pubblico.

Decisivo per individuare il fine della misura è la sua modalità di determinazione che non deve essere fondata sul disvalore del fatto o sulla personalità del danneggiante, ma solo sul danno - conseguenza per aversi risarcimento. La funzione punitiva può essere solo collaterale a quella riparatoria sicché sembrerebbe, invece, che i *punitive damages* anglosassoni divergano completamente dalla logica puramente riparatoria degli istituti civilistici.

Lo stesso autore sottolinea, però, che le garanzie sottese ai diversi sistemi sanzionatori ricompresi nella nozione di materia penale ai sensi convenzionale non sono sempre identiche, ma a geometrie variabili ferma l’osservanza del principio di legalità e di proporzionalità di ogni forma di *ius puniendi* (così a pag. 55 e ss.).

Cfr. anche BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, cit., p. 29 ss. L’illustre autore riconduceva le sanzioni civili – obbligazioni pecuniarie non riparatorie ove l’entità della prestazione prescinde dal danno risarcibile o non è commisurata soltanto ad esso – al paradigma dell’art. 23 cost. con la conseguenza che si impone, nell’ordinamento giuridico nazionale, l’osservanza del principio di legalità seppur non declinato in maniera rigorosa come in ambito penale. Escluso il corollario della tassatività per la descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, ammette l’utilizzabilità di clausole generali seppur con definizione dell’ammontare massimo della sanzione, l’attenuazione del principio di colpevolezza e l’esclusione dei principi di materialità e di necessaria offensività. Così a pag. 51 e 52.

Come si vedrà nel successivo capitolo, tale orientamento sembra oggi confermato dalla recente Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139.

<sup>724</sup> Così sentenza *Dweeer v. Belgio*, 27 febbraio 1980, par. 42 e 46 in cui si dice espressamente «*The “charge” could, for the purposes of Article 6 par. 1 (art. 6-1), be defined as the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence.*». Nello stesso senso anche sentenze *Eckle v. Germania* 15 luglio 1982, ric. no. 8130/1978 par. 73; *Ibrahim e altri v. UK*, Grande Camera, 13 settembre 2013, ric. 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, par. 249; *Simenovi v. Bulgaria*, Grande Camera, 12 maggio 2017, ric. no. 21980/2014, par. 110.

Nella stessa pronuncia *Dweeer v. Belgio* cit., però, la Corte EDU precisava che era da preferire una concezione sostanziale, piuttosto che formale di accusa ai sensi dell’art. 6, § 1. Così al par. 44: «*However, the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial ... prompts the Court to prefer a “substantive”, rather than a “formal”, conception of the “charge” contemplated by Article 6, par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.*».

processuali di cui ai paragrafi seguenti del medesimo art. 6 CEDU sarebbero difficilmente adattabili ai processi civili<sup>725</sup>.

Per l'indirizzo di segno contrario, invece, sarebbe decisivo osservare che comunque la penalità privata in questione è imposta dallo Stato (dal legislatore e/o dai giudici) sicché non si tratterebbe di un contesto interamente privatistico<sup>726</sup> e che la nozione di accusa penale va interpretata in senso sostanziale e non formale, come confermato dalla prevalente giurisprudenza EDU<sup>727</sup>.

L'approccio casistico della Corte di Strasburgo, non consente di trarre delle conclusioni certe sul punto<sup>728</sup>; la eventuale astratta applicabilità delle garanzie dell'equo processo ex art. 6, paragrafi 2 e 3, CEDU anche in sede civile (nei processi concernenti l'applicazione dei *punitive damages*), del resto, non implica necessariamente violazione delle disposizioni convenzionali perché il diritto ad un equo processo non presuppone una singola e univoca definizione di regole invariabili posto che la Corte di Strasburgo deve avere riguardo a tutte le peculiarità del singolo caso concreto prima di accertare e dichiarare la violazione<sup>729</sup>.

Va inoltre osservato che il campo di applicazione dell'art. 6 CEDU nella sua dimensione *lato sensu* "penale" include certamente le procedure amministrative (*administrative penalties, customs law, tax surcharges, disciplinary proceedings, competition law proceedings*), ma non sembra essere stato esteso mai ai processi civili tra parti private<sup>730</sup>.

Stesso discorso deve essere svolto con riferimento all'art. 7 CEDU<sup>731</sup> che trova applicazione per le sanzioni penali («*infraction*» o «*criminal offence*» in inglese). Il concetto di *infraction* ex art. 7 CEDU come quello di *matière pénale* ex art. 6 CEDU rinvengono

---

<sup>725</sup> Cfr. MEURKENS, op. ult. cit., 186 osserva che, ad esempio, la presunzione di innocenza è difficilmente compatibile con le presunzioni di responsabilità civilistiche e con le regole di responsabilità oggettiva. Dall'altro lato il diritto al silenzio è una specificità del processo penale e il principio di proporzionalità della sanzione potrebbe già essere stato considerato dal diritto civile sostanziale della responsabilità. Del resto si è visto come di tale profilo si siano occupate le Corti Supreme nazionali che hanno affrontato il problema della eccessività delle condanne punitive negli ordinamenti in cui sono ammesse.

<sup>726</sup> MEURKENS, op. ult. cit., 185.

<sup>727</sup> V. *retro*.

<sup>728</sup> Cfr. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 30.

<sup>729</sup> V. ad esempio *Ibrahim e altri v. UK*, cit., par. 250.

<sup>730</sup> Per l'approccio garantistico ragionevolmente differenziato adottato dalla Corte EDU in materia di sanzioni amministrative *antitrust* rispetto alle sanzioni tradizionalmente penali v. anche WILS, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, WC, 2010, 16 ss.

<sup>731</sup> Art. 7 *Nulla poena sine lege*

«1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

una loro autonoma qualificazione convenzionale<sup>732</sup>. I medesimi criteri *Engel* previsti dall'art. 6 CEDU sono stati utilizzati per definire il campo di applicazione anche delle garanzie dell'art. 7 CEDU<sup>733</sup> e relativi corollari (artt. 2, 3 e 4 del Prot. n. 7). Se infatti la misura non rientra nella materia penale non può essere qualificata come pena in base all'art. 7 CEDU<sup>734</sup>. Anche per l'art. 7 CEDU dunque valgono le medesime considerazioni già svolte *supra*.

Per quanto riguarda le altre misure ripristinatorie/restitutorie civilistiche eventualmente previste negli ordinamenti nazionali, l'assenza del carattere punitivo – o comunque non principalmente punitivo – dei rimedi *de quibus*, rilevante ai fini del secondo criterio *Engel*, non sembrerebbe *ex se* escludere l'attrazione di tali sanzioni civili alla materia penale intesa in senso convenzionale allorchè sia applicabile il terzo criterio; il problema di compatibilità convenzionale potrebbe dunque porsi nel caso in cui la misura ripristinatoria/restitutoria interna presenti particolare severità e persegua anche un interesse pubblico.

Sebbene sia estremamente difficile individuare una chiara soglia al di là della quale si avrebbe una sanzione penale<sup>735</sup>, si potrebbe affermare in astratto che l'indicata misura potrebbe ricadere nel campo di applicazione delle garanzie convenzionali ove i pubblici

---

<sup>732</sup> Recentemente sul punto Grande Camera EDU sentenza 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e altri v. Italia*, ric. n. 1828/06, 34164/07 e 190029/11, par. 210 e 211 ove si afferma:

«La Corte rammenta che il concetto di «pena» contenuto nell'articolo 7 ha portata autonoma. Per rendere efficace la tutela garantita da questa norma, la Corte deve rimanere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura costituisca in sostanza una «pena» nel senso di tale articolo (*Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, § 27, serie A n. 307-A, e *Jamil c. Francia*, 8 giugno 1995, § 30, serie A n. 317 B).

Il testo dell'articolo 7 § 1, seconda frase, indica che il punto di partenza di qualsiasi valutazione relativamente all'esistenza di una «pena» consiste nel determinare se la misura in questione sia stata imposta a seguito di una condanna per un reato. Tuttavia, anche altri elementi possono essere considerati pertinenti in proposito, ossia, la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure connesse alla sua adozione e alla sua esecuzione nonché la sua gravità».

Precisa al par. 215 che «per quanto riguarda il fatto di sapere se le confische siano state imposte a seguito di condanne per reati, la Corte rammenta che essa ha generalmente ritenuto che tale elemento costituisca solo uno dei criteri da prendere in considerazione (*Saliba c. Malta (dec.)*, n. 4251/02, 23 novembre 2004, *Sud Fondi S.r.l. e altri (decisione sopra citata)*, *M. c. Germania (sopra citata)*, *Berland c. Francia*, n. 42875/10, § 42, 3 settembre 2015), senza essere determinante quando si tratta di stabilire il tipo di misura (*Valico S.r.l. c. Italia (dec.)*, n. 70074/01, CEDU 2006-III, e *Società Oxygène Plus (decisione sopra citata)*, § 47). Solo raramente la Corte ha ritenuto questo elemento decisivo per dichiarare l'inapplicabilità dell'articolo 7 (*Yildirim c. Italia (dec.)*, n. 38602/02, CEDU 2003-IV; *Bowler International Unit c. Francia*, n. 1946/06, § 67, e 23 luglio 2009)

(*Welch*, sopra citata, § 28, *Jamil*, sopra citata, § 31, *Kafkaris*, sopra citata, § 142, *M. c. Germania*, n. 19359/04, § 120, CEDU 2009, *Del Río Prada c. Spagna [GC]*, n. 42750/09, § 82, CEDU 2013, e *Société Oxygène Plus c. Francia (dec.)*, n. 76959/11, § 47, 17 maggio 2016)».

<sup>733</sup> Sentenza 9 giugno 2016, *Société Oxygène Plus v. Francia*, ric. n. 76959/11, par. 43; sentenza 4 ottobre 2016, *Žaja c. Croazia*, ric. n. 37462/09, par. 86:

<sup>734</sup> Sentenza 23 luglio 2009, *Bowler International Unit c. Francia*, ric. n. 1946/06, par. 67,

<sup>735</sup> Critica tale criterio per la sua eccessiva vaghezza MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss., spec. 1905 ss.

poteri l'abbiano destinata al perseguimento di interessi generali e presenti un particolare grado di afflittività.

Tuttavia, nel caso dei rimedi restitutori, il discorso è diverso rispetto a quelli strettamente o prevalentemente punitivi perché si tratterebbe pur sempre di misure privatistiche ree nell'ambito di un processo tra privati (come già chiarito dalla Corte EDU nel precedente caso *Blake v. UK* cit.) finalizzate principalmente, non già a punire l'autore dell'illecito, ma a ripristinare la situazione nella quale il danneggiato si sarebbe trovato se fossero stati rispettati i diritti della vittima<sup>736</sup>.

Sembrirebbe peraltro che la Corte di Strasburgo rifiuti l'idea di attrarre alla *matière pénale* la stessa confisca dei profitti illeciti sul rilievo che il concetto di prevenzione della misura è diretto a neutralizzare la pericolosità (reale o personale) del reo<sup>737</sup>. Altro è la logica della prevenzione altro quella della punizione<sup>738</sup>.

Dal concetto di punizione la Corte distingue quello di riparazione e quello di prevenzione sicchè, per i rimedi civilistici di natura restitutoria – ove prevale una componente preventiva e non già sanzionatoria –, a maggior ragione vi sarebbero minori probabilità di incompatibilità convenzionale rispetto ai risarcimenti/sanzioni civili con prevalente funzione di *punishment*.

La soluzione al problema, almeno in termini astratti, potrebbe essere quella di dovere distinguere differenti ipotesi alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale interno. Laddove l'entità del risarcimento superi sia l'ammontare del danno risarcibile sia il profitto illecito conseguito dal danneggiante e ne determini un depauperamento che non si sarebbe verificato in assenza dell'illecito, la misura interna finisce per avere carattere più o meno afflittivo e deterrente e presenta maggiori probabilità di essere attratta alla materia penale per il sistema CEDU allorchè ricorrano in concreto tutti gli indici delineati dalla giurisprudenza EDU.

---

<sup>736</sup> Sul punto si rinvia *retro* anche alle considerazioni già svolte dalla dottrina francese sul punto che accoglie con favore, perché ispirati a logiche equitative, risarcimenti restitutori, ma non quelli punitivi. V. ad esempio i correttivi suggeriti per eliminare i dubbi di costituzionalità sottesi alla *amende civile*.

<sup>737</sup> MAZZACUVA, *Pene nascoste*, op. cit., pag. 31.

<sup>738</sup> MAZZACUVA, *Pene nascoste*, op. cit., pag. 33 e ss. Ricorda MANES, *Profili dell'illecito para – penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, pag. 995 che la giurisprudenza EDU nell'individuare la nozione di materia penale considera 3 diverse conseguenze «*punitive, riparative e preventive: precisando che tutte le sanzioni hanno una portata "afflittiva" sulla posizione del singolo, ma soltanto quelle autenticamente "punitive" – come si evidenzierà – tale effetto è voluto o necessario*». Il confine tra le predette finalità è spesso incerto (per esempio in materia di confisca), molte sanzioni amministrative e settoriali sono certamente punitive. Il problema riguarda quindi soprattutto le sanzioni amministrative ove maggiormente sentita è l'esigenza di garanzia. Sul piano processuale del resto la CEDU ammette forme di garanzia più snelle.

Se invece il legislatore limita la porzione che eccede il danno risarcibile all'arricchimento conseguito dal danneggiante in violazione dell'altrui diritto, prevale la logica restitutoria e la misura non dovrebbe essere attratta al perimetro delle garanzie penalistiche<sup>739</sup> anche in virtù di quanto già affermato nel citato caso *Blake v. UK*.

---

<sup>739</sup> Sul punto sembrano illuminanti le riflessioni svolte da PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di BUSNELLI e SCALFI, Milano, 1985. L'illustre autore sottolinea che, nell'ampio genere delle sanzioni intese come conseguenze negative prospettate e imposte per la violazione di una norma giuridica, occorre distinguere, con specifico riferimento alla ipotesi di inosservanza di norme che impongano un dovere, da un lato le sanzioni restitutorie e dall'altro le sanzioni punitive. Le prime consistono «nel ripristino della situazione giuridica antecedente la commissione dell'illecito» e si traducono nella imposizione di obbligazioni dirette a creare uno stato conforme al diritto (il risarcimento del danno ne costituisce una specie). Le seconde, invece, non mirano al ripristino della situazione anteriore alla lesione, ma mirano più a monte a prevenirla e, ove si sia verificata, colpiscono un bene che non è in rapporto funzionale con quello leso. Aggiungono al male dell'illecito, il male della sanzione e non sono concepite per eliminare le conseguenze della violazione (a differenza del risarcimento che ripara i pregiudizi o delle restituzioni che riguardano gli arricchimenti).

Cfr. di recente sul punto FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato: misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscatio*, Milano, 2018, 429 ss. il quale, occupandosi di confische penalistiche, ritiene che la confisca del profitto netto (che diverge comunque dalle misure restitutorie perché diretta a vantaggio dello Stato e non del danneggiato) potrebbe costituire, riconoscendole la natura civilistica, un idoneo istituto residuale e sussidiario da prevedere in caso di illeciti lucrativi laddove non vi siano già adeguate e prevalenti misure civilistiche. Pur non dovendosi osservare le garanzie sottese al concetto di materia penale, comunque la confisca in commento inciderebbe sul diritto di proprietà privata garantito a livello convenzionale sicché rimarrebbero comunque operanti i principi di legalità – seppure in forma attenuata – e di proporzionalità.

## 4. I risarcimenti punitivi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

### 4.1. Il risarcimento del danno *antitrust* e il regime della responsabilità solidale

Se nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, salve le limitate aperture in precedenza segnalate<sup>740</sup>, si registra una tendenziale chiusura all'ingresso dei cd. risarcimenti punitivi, in tema di violazioni del diritto della concorrenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea, pur affermando costantemente che il risarcimento dovuto dallo Stato membro in caso di violazione del diritto dell'Unione deve essere commisurato al danno subito, non ne ha escluso una possibile applicazione<sup>741</sup> lasciando così aperto uno spiraglio nella parte in cui stabilisce che i risarcimenti punitivi non possono essere esclusi se riconosciuti in un reclamo o in un'azione analoghi fondati sul diritto interno<sup>742</sup>.

In particolare, ha sostenuto che, in difetto di una disciplina sovranazionale in materia sui risarcimenti punitivi, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, anche punitivo, purché siano rispettati i principi di equivalenza da intendersi nel senso che tale risarcimento possa essere richiesto nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno<sup>743</sup> e di effettività secondo cui il risarcimento deve necessariamente comprendere il danno reale (*damnum emergens*), il mancato guadagno (*lucrum cessans*) e il pagamento di interessi.

Tuttavia, nel precisare che il diritto comunitario «*non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto*»<sup>744</sup> la CGUE sembra escludere la possibilità per il giudice nazionale di infliggere risarcimenti punitivi.

Nella successiva sentenza Manfredi<sup>745</sup>, la Corte di Lussemburgo ha sancito che, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività<sup>746</sup>, «*una forma particolare di risarci-*

---

<sup>740</sup> V. *retro par.* 2.1.

<sup>741</sup> Sentenza 3 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e altri, EU:C:2006:461

<sup>742</sup> MASSA, *Il divieto dei risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, fasc.2, 321 ss.; sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Caso C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd* e altri, EU:C:1996:79, punto 90.

<sup>743</sup> sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 90

<sup>744</sup> Sentenze 4 ottobre 1979, causa 238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, Racc. pag. I-7145, punto 31, e causa C-453/99, *Courage Ltd contro Bernard Crehan e Bernard Crehan contro Courage Ltd e altri*, EU:C:2001:465, punto 30.

<sup>745</sup> Cause riunite C-295/04 a C-298/04, *Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e altri*, EU:C:2006:461.

mento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo [con finalità deterrente], deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno»<sup>747</sup>.

Attualmente, questo più recente indirizzo di apertura appare superato dalla Direttiva 2014/104/UE (cd. Direttiva risarcimenti in materia di violazione della concorrenza<sup>748</sup>).

---

Il Giudice di Pace di Bitonto che aveva sottoposto diverse questioni pregiudiziali alla CGUE, in applicazione della sentenza Manfredi, ha deciso il caso liquidando un risarcimento punitivo (doppio) invocando l'esigenza di garantire effettività al diritto europeo violato (in materia *antitrust*) e i poteri equitativi del giudice per la liquidazione del pregiudizio. Nella sentenza 21 maggio 2007, in *Danno e resp.*, 2007, 1278 ss. il GdP ha sostenuto «se il risarcimento dei danni fosse ancorato ai canoni generali sanciti negli artt. 1223 e 1224, comma 1°, cod. civ., il principio di effettività del diritto comunitario ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe comunque a trarne profitto. Perciò, il danno da liquidarsi deve essere di entità tale da render certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da un soggetto partecipe di un'intesa anticoncorrenziale o di una pratica concordata vietata dall'art. 81 del Trattato CE; e lo stesso dicasi per le intese anticoncorrenziali e per le pratiche concordate sanzionate nell'art. 2 della l. n. 287/1990».

<sup>746</sup> Punti 92 e 98.

<sup>747</sup> Punto 93.

<sup>748</sup> Per gli illeciti rilevanti in ambito europeo la Direttiva in esame, con riferimento al *private enforcement*, persegue l'obiettivo di assicurare tutele minime equivalenti in tutti gli Stati membri per quanto riguarda taluni aspetti di diritto sostanziale e altri di diritto processuale concernenti la disciplina delle azioni risarcitorie in materia (cfr. artt. 1 e 3 v. anche considerando n. 7). Scopo del legislatore europeo è quello di consentire a chiunque – alla luce dei precedenti della CGUE sopra citati, ivi compresi i consumatori, imprese, autorità pubbliche – di ottenere il risarcimento dei danni da violazione regole *antitrust*, sulla premessa che le azioni civili possano concorrere insieme agli strumenti pubblicistici a favorire l'osservanza delle regole concorrenziali. Cfr. ampiamente BRUZZONE – SAIJA, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2, 2014, 257 ss.; G. FONDERICO - M. TODINO - E. CAMILLERI - C. OSTI - M. GRANIERI - G. DE CRISTOFARO - J. DREXL - B. GILBERTI - M. TRIMARCHI - E. AREZZO - A. GIUSSANI, in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, in *AIDA*, 2015, 1 - 1257; G. PULEJO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.* 2016, pp. 1082 ss.; G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.* 2015, 3, p. 301. FALCE, *Il privilegio legale nella Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement e possibili aperture in sede di recepimento*, in *Il dir. ind.*, 6 2016, 505 ss.; VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 4, 2017, 441.

Si vuole scongiurare il rischio del *forum shopping*, della fuga verso sistemi più clementi per gli autori degli illeciti ovvero, per i danneggiati, verso quelli che permettono di riconoscere pretese risarcitorie con maggiori probabilità di accoglimento o più fruttuose. Tale armonizzazione di disciplina, tuttavia, non si applica per gli illeciti *antitrust* che hanno rilevanza esclusivamente interna per i quali potrebbe continuare ad operare una disciplina nazionale differente e, anche per quelli rilevanti nel mercato europeo tra diversi Stati, per tutti gli aspetti non disciplinati dal legislatore europeo alla luce del considerando n. 10 (ad esempio i criteri di imputazione della responsabilità e i rimedi collettivi v. sul punto G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, cit. 301 ss.

SHAIN, *The (infamous) question of punitive damages in EU competition law*, in *Global Competition Litigation Review*, 2016, ricorda che in Europa la tutela della concorrenza si fonda sia su un binario pubblicistico che privatistico. Tuttavia, per il *private enforcement*, sussistono peculiari e differenti problematiche alle quali la Commissione Europea ha tentato di fornire determinate soluzioni per cui v. *infra*. In particolare, si è osservato che, a differenza del sistema statunitense, solo un limitato numero di azioni risarcitorie vengono proposte dai danneggiati per le notevoli difficoltà nell'accesso alle prove dell'illecito, i limitati periodi di riferimento, i rischi e gli elevati costi del contenzioso, oneri amministrativi eccessivi e la mancanza di effettività delle azioni collettive. V. anche OSTI, *Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2, 2014, 291 ss.; CHIEPPA, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarità rispetto all'azione dell'Autorità Antitrust*, in *giustiziacivile.com*, 2014; ID, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Concorrenza e Mercato*, 2, 2014, 279 ss.; CORRENTI, *Il danno antitrust tra private*



Difatti, sebbene il considerando n. 12<sup>749</sup> sembra voglia seguire la giurisprudenza della Corte di giustizia e i suoi sviluppi, l'art. 3, par. 2, esclude qualsiasi forma di risarcimento punitivo nella parte in cui prevede che «*il diritto al pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa*»<sup>750</sup>; ancor più chiaramente, il par. 3 della medesima norma dispone che «*il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo di altra natura*»<sup>751</sup>.

---

e public enforcement; *le prospettive dopo il recepimento della Direttiva 2014/104/UE: luci e ombre*, in *giustiziacivile.com*, 2017.

La Direttiva Danni nasce con il proposito di ovviare a queste deficienze strutturali rafforzando il *private enforcement* preso atto, sulla base degli stessi studi condotti dalla Commissione UE, della esiguità dei procedimenti avviati dal *public enforcement* e dalla stessa ineffettività delle sanzioni amministrative rispetto agli illeciti anticoncorrenziali, ma ha affrontato solo alcune delle citate problematiche non recependo interamente le proposte della Commissione relative alla riduzione dei costi processuali, ai rimedi collettivi e ai risarcimenti punitivo – deterrenti e/o restitutori. Cfr. anche SAHIN, *The UK's Draft Bill on Collective Redress Proceedings: Does it really address small damages claims?* (2014) 10(3) *Euro. C.J.* 435, 439.

<sup>749</sup> Così il considerando n. 12: *La presente direttiva ribadisce l'acquis comunitario relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione, in particolare per quanto riguarda la legittimazione ad agire e la definizione di danno, come statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e non ne pregiudica alcun ulteriore sviluppo. Chiunque abbia subito un danno causato da una tale violazione può chiedere un risarcimento per il danno emergente (damnum emergens), per il guadagno di cui è stato privato (lucro cessante o lucrum cessans), oltre agli interessi indipendentemente dal fatto che tali categorie siano definite separatamente o unitariamente dal diritto nazionale. Il pagamento degli interessi è una componente essenziale del risarcimento per indennizzare il danno subito tenendo conto del decorso del tempo, e dovrebbe essere corrisposto con decorrenza dal momento in cui il danno si è prodotto fino al momento dell'effettivo risarcimento, restando impregiudicata la qualifica di siffatto interesse come interesse compensativo o interesse di mora a norma del diritto nazionale e indipendentemente dal fatto che il decorso del tempo sia considerato come una categoria separata (interesse) o come una parte costitutiva del danno emergente o del lucro cessante. Spetta agli Stati membri stabilire le norme da applicare a tal fine*

<sup>750</sup> La citata disposizione ricalca la Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, OJ C 167, 13.6.2013, p. 19-21, punto 6, in cui si legge che «*risarcire il danno subito significa ristabilire, per i soggetti danneggiati, la stessa situazione in cui si sarebbero trovati se non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 101 o 102 del TFUE.*»

<sup>751</sup> Tale esclusione è ribadita anche nel terzo periodo del considerando n. 13 secondo cui «*Fatto salvo il risarcimento del danno da perdita di opportunità, il pieno risarcimento a norma della presente direttiva non dovrebbe comportare una sovracompensazione, che sia a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura*». Nello senso della sola compensatività dei risarcimenti in materia depongono anche il citato considerando n. 12 e l'art. 13 della Direttiva Danni.

Il legislatore italiano, nel recepire la Direttiva, ha conseguentemente stabilito all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 3/2017 che «*Il risarcimento (...) non determina sovracompensazioni* ». Nella stessa relazione illustrativa si specifica sul punto che «*l'obiettivo in concreto perseguito dalla disciplina unitaria è quello, posto dall'articolo 2 della direttiva, di assicurare la realizzazione del risarcimento integrale del danno subito dalla vittima (considerando 2), percorrendo, dunque, una prospettiva di carattere compensatorio, e ponendo in ombra la diversa prospettiva di una responsabilità punitiva accolta in ordinamenti di Stati terzi, quale quello degli Stati Uniti*».

Sul punto v. C. CARLI, *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel D. lgs. 3/2017: istruzioni per l'uso*, in B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il decr. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, Pisa, 2017, pp. 195 ss.; LOPOPOLO, *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in AIDA, 2017, 584 ss.; PALMIERI, *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018,

Pertanto, ai sensi della seconda parte del par. 2 dell'art. 3, il pieno risarcimento «*comprende il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, il pagamento degli interessi*», oltre al risarcimento da perdita di opportunità fatto salvo dal considerando n. 13 della Direttiva.

La strada che ha condotto alla scelta di non ammettere i risarcimenti punitivi nella Direttiva è stata tortuosa e controversa<sup>752</sup>.

Con il chiaro intento di incentivare il *private enforcement*<sup>753</sup> del diritto della concorrenza attraverso un meccanismo ispirato ai *treble damages* della disciplina *antitrust* statunitense<sup>754</sup>, nel Libro verde del 2005, la Commissione UE sosteneva che in particolari con-

---

10, 2274 ss.; BRUZZONE – SAIJA, *Private e public enforcement dopo l'attuazione della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?* In *Mercato, concorrenza regole*, 1, 2017, 9 ss.

Ritengono, al contrario, E. AL MUREDEN-M. DE PAMPHILIS, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. Manzini, Torino, 2017, p. 136, “*come manchi un espresso divieto al riconoscimento di un risarcimento a titolo di danni punitivi, multipli e simili. Tale scelta di limitarsi a un richiamo dei principi generali vigenti – nonostante il legislatore delegato manifesti, nei lavori preparatori, la propria volontà di lasciare “in ombra la diversa prospettiva di una responsabilità punitiva” – potrebbe non reggere il confronto con le spinte manifestatesi, per via giurisprudenziale, verso l’apertura del sistema italiano dell’illecito civile al riconoscimento di efficacia alle decisioni (provenienti da Paesi terzi) contenenti condanne al pagamento dei punitive damages*”.

<sup>752</sup> Cfr. C. VANLEENHOVE, *Punitive damages and European Law, quo vademus?*, disponibile al seguente link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2054595](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2054595).

<sup>753</sup> Il *private enforcement* in ambito *antitrust* persegue in astratto due obiettivi; la tutela degli interessi individuali del danneggiato (mediante diversi rimedi azioni inibitorie, di nullità, risarcitorie) e la deterrenza degli illeciti anticoncorrenziali (cfr. *ex multis* A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford, 2014, 1087 ss.; EZRACHI, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 4 ed. (Hart Publishing, 2014), 545 ss.). Con riferimento alle azioni risarcitorie, se il primo obiettivo consente di correggere *ex post* le conseguenze negative derivanti dall’illecito e quindi postula un legame necessario tra la il pregiudizio subito dal danneggiato e il risarcimento accordatogli, il secondo mira invece a impedire la ripetizione di violazioni delle regole concorrenziali in futuro e/o prevenire il rischio che altri operatori economici sul mercato possano iniziare o mantenere fermi gli effetti di ulteriori illeciti anticoncorrenziali. Indipendentemente dai pregiudizi subiti dal danneggiato l’obiettivo è quello di impedire che il/i danneggiante/i ricavi/no un profitto illecito e che tale fine deterrenti sia realizzato con il minor costo possibile.

Si è osservato che in tal modo l’obiettivo della deterrenza può porsi in conflitto con quello della riparazione e dipende da una scelta di politica legislativa porli sullo stesso piano o far prevalere l’uno rispetto all’altro cfr. SHAIN, *The (infamous) question of punitive damages in EU competition law*, in *Global Competition Litigation Review*, cit.; VAN DEN BERGH, *Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem*, 2013, 1 *Maastricht Journal* 12, 16. Naturalmente l’obiettivo della deterrenza in ambito europeo è già assicurato dal *public enforcement* del diritto *antitrust* e rispetto ad esso il *private enforcement* amplificherebbe la deterrenza complessiva potendosi risolvere in un costo eccessivo per gli attori economici (cfr. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, 2014, 455 ss.). Si pone quindi il problema di dovere coordinare il *public enforcement* con il *private enforcement* (cfr. W. MOESCHEL, *Should Private Enforcement of Competition Law be strengthened?*, in *Global Competition Litigation Review*, I, 2013, 1 ss.; PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2011, 458 ss.).

<sup>754</sup> Secondo AA.VV., *The Antitrust Treble Damages Remedy*, in *William Mitchell Law Review*, vol. 9, n. 2, 1983, Articolo 9; E.D. CAVANAGH, *Antitrust Remedies Revisited*, in *Oregon Law Review*, 2005, p. 150 e ss. e 169 e ss., i *treble damages* nascono per incoraggiare il privato ad agire in giudizio per far rispettare le leggi *antitrust* e, in aggiunta, per disincentivare la collettività dall’intraprendere condotte anticoncorrenziali; così sentenza della Suprema Corte degli Stati Uniti *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 635 (1985). Si tratta di un risarcimento con finalità sovra-compensativa, deterrente e punitiva e consiste nella condanna al pagamento di una somma pari a tre volte l’ammontare

dizioni sarebbe opportuno consentire al giudice di raddoppiare automaticamente la somma corrisposta a titolo di risarcimento in caso di cartelli orizzontali<sup>755</sup>.

Nel Libro bianco del 2008<sup>756</sup>, l'obiettivo principale diventava quello di favorire le condizioni per l'esercizio del diritto al risarcimento "completo", con abbandono di forme risarcitorie punitive a cui si faceva riferimento nel documento di lavoro che accompagnava il Libro Verde<sup>757</sup>. Ciò in quanto la giurisprudenza della quasi totalità degli Stati membri (escluso il Regno Unito – con eccezione della Scozia – e la Repubblica d'Irlanda<sup>758</sup>) non aveva riconosciuto risarcimenti punitivi ritenuti incompatibili con i

---

dei danni subiti che il giudice riconosce automaticamente al danneggiato. Sul rapporto tra "*punitive damages*" e "*treble damages*", cfr. Clayton Act, 15 U.S.C.A., paragrafo 12 e ss., 1982; Sul punto, v. *American Bar Association, Antitrust Section, Punitive Damages and Business Torts*, 1998, p. 18; Aa.Vv., *Treble-Damages Remedy, American Bar Association, Antitrust Section, monograph* n. 13, 1986, p. 13. Per alcuni orientamenti, essi si pongono in una relazione di *genus ad species*; per altra dottrina, gli uni escludono gli altri. La giurisprudenza è orientata in questo secondo senso; cfr. ad esempio sentenza dell'US District Court for the Southern District of New York, *Hansen Packing Co. v. Armour & Co.*, 16 F. Supp. 784, 788, S.D.N.Y., 30 luglio 1936. V. anche *retro* Cap. I.

Per i rapporti tra il diverso approccio europeo e statunitense all'*enforcement* delle regole concorrenziali v. ELHAUGE, *How Italian Colors Guts Private Antitrust Enforcement by Replacing it with Ineffective Forms of Arbitration*, 38, *Fordham Int'l Law Journal*, 2015, 771; WILS, WOUTER P.J., *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition* 40, no. 1 (2017) 13 ss.

<sup>755</sup> Libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM/2005/0672 def., punto 2.3. Per il problema relativo alle intese verticali e gli abusi di posizione dominante, invece, v. sul multiplo differenziale FABBIO, *Private Actions for Damages*, 2013, 9(3) *Euro. C.J.*, 573.

La proposta della Commissione, che poneva sullo stesso piano l'obiettivo della compensazione e quello della deterrenza concentrandoli in seno al *private enforcement* sul modello statunitense, fu criticata per varie ragioni. Tra di esse si è ritenuto che, prima di proporre l'introduzione di *punitive damages*, la Commissione avrebbe dovuto considerare altre opzioni astrattamente disponibili per consentire una migliore tutela della concorrenza sul mercato tra cui l'incremento delle sanzioni amministrative o penali.

<sup>756</sup> Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, 2-4-2008, COM(2008) 165 def.

<sup>757</sup> *Commission staff working paper accompanying the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC/2008/0404 final. La Commissione aveva ricompreso i risarcimenti punitivi nell'*acquis* comunitario rilevando che la Corte di giustizia non li aveva ritenuti contrari all'ordine pubblico europeo e che, pertanto, a condizione che fossero aggiudicati in base ai principi generali del diritto comunitario — tra cui i diritti fondamentali — i risarcimenti punitivi fondati su una violazione delle regole di concorrenza europee non dovevano ritenersi vietati.

<sup>758</sup> BRUZZONE – SAIJA, *Private e public enforcement dopo l'attuazione della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?* In *Mercato, concorrenza regole*, cit., 14 ss. ricordano che per l'attuazione della Direttiva in esame l'Irlanda e il Regno Unito hanno escluso gli *exemplary damages* in questo settore (così a pag. 14 - 15).

Già in precedenza, però, l'applicazione di condanne punitive in ambito *antitrust* era controversa nel Regno Unito. Basti considerare che nel caso *Devenish Nutrition Ltd e altri v. Sanofi Aventis Sa e altri* [2007] EWHC2394 (Ch) la *High Court* inglese aveva escluso che successivamente alla condanna in sede amministrativa si potessero irrogare in sede civile anche gli *exemplary damages* per lo stesso fatto all'esito di un'azione *follow-on* per violazione del divieto di *bis in idem* (v. MCDUGALL – VERZARIU, *Vitamins Litigation: unavailability of exemplary damages, restitutory damages and account of profits in private competition law claims*, in *European Law Review*, 2008, 181 ss.), mentre nel successivo caso *2 Travel Group PLC (in liquidation) v. Cardiff City Transport Services Limited* [2012] CAT 19, il *Competition Appeal Tribunal* ha riconosciuto gli *exemplary damages* in un'azione *follow-on* seguita all'accertamento di un abuso di posizione dominante non sanzionato dall'*Office of Fair Trading* perché il fatturato dell'impresa responsabile non superava la soglia minima prevista dal *Competition Act* inglese. Con il *Consumer Rights Act* il legislatore inglese ha escluso gli *exemplary damages* per le azioni

propri sistemi di responsabilità civile. Secondo una dottrina<sup>759</sup>, la scelta del legislatore europeo di escludere risarcimenti sovracompensativi nella Direttiva risarcimenti appare manifestazione della volontà di conformarsi alle tradizioni giuridiche prevalenti negli Stati membri.

Secondo altri autori, il legislatore europeo ha escluso i risarcimenti punitivi per tenere nettamente distinti il *public enforcement*, affidato alla Commissione europea e alle Autorità Garanti nazionali che dispone dei poteri dell'autorità pubblica, ivi inclusi quelli punitivi, e il *private enforcement* che deve utilizzare gli strumenti di tutela privatistica<sup>760</sup>, di competenza delle autorità giudiziarie nazionali, seguendo la logica del doppio binario (*separate-tasks approach*)<sup>761</sup>.

La Direttiva risarcimenti, nel rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e della logica del doppio binario, ha accolto una visione meramente compensativa del risarcimento<sup>762</sup>, rimettendo la funzione deterrente al *public enforcement* e ad altri mez-

---

collettive e oggi anche in sede *antitrust*. Cfr. anche WILS, *Private enforcement of EU Antitrust Law and its relationship with public Enforcement: past, present and future*, cit., 25 – 26

<sup>759</sup> A. MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2 febbraio 2017.

<sup>760</sup> Cfr. O. PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, in *Studi sull'integrazione europea*, XII, 2017, p. 624; G. FONDERICO, *Private e Public enforcement*, in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, op. cit., vol. XXIV, 2015, p. 11.

Sulle funzioni del *private enforcement* con particolare riferimento a quella sanzionatoria e deterrente, cfr. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei Danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello Americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, fasc. 1, 1 gennaio 2014, p. 183; European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, articolo 10.101; M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impresa*, 2008, n. 1, p. 120; S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione in Mercato Concorrenza Regole*, *Rivista quadrimestrale*, n. 2, 2006, p. 321-356; E. SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, fasc. 3, 2007, p. 875; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, p. 101.

Sul rapporto tra funzione deterrente e compensativa del risarcimento del danno, v. F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private*, supra, p. 104-105, 117.

Sull'analisi giuridico-economica sull'entità dei danni effettivamente patiti dalla vittima di una condotta anticoncorrenziale, cfr. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2006; F. CASOLARI, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in P. Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017, p. 4 e ss.; E. AL MUREDEN E M. DE PAMPHILIS, *Valutazione dei danni*, in P. Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017, 127 e ss.

<sup>761</sup> Così W. P.J. WILS, *The relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, 32, 2009, p. 15; F. VALERINI, *Il giudizio di merito nell'azione antitrust*, in L. F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013, p. 231.

<sup>762</sup> S. BASTIANON, *I costi delle azioni risarcitorie antitrust*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, op. cit., pag. 140.

zi<sup>763</sup>, quali<sup>764</sup>, la presunzione del verificarsi del danno quale conseguenza dell'accertata esistenza del cartello<sup>765</sup> e, in caso di difficile quantificazione del pregiudizio, la liquidazione equitativa da parte del giudice<sup>766</sup> o la possibilità di assistenza dell'Autorità *anti-trust* all'autorità giudiziaria<sup>767</sup> e la presunzione *iuris tantum* dell'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo all'acquirente indiretto<sup>768</sup>.

---

<sup>763</sup> Sul punto, cfr. M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. XXIV, 2015, p. 15 e ss..

<sup>764</sup> Diffusamente, BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da «cartello»* in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE in *Resp. civ. e prev.*, fasc.3, 2017, pagg. 954 e ss.

<sup>765</sup> Art. 17, par. 2 della Direttiva che fa comunque salvo il diritto dell'autore della violazione di fornire la prova contraria

<sup>766</sup> Art. 17, par. 1, seconda parte.

<sup>767</sup> Art. 17, par. 3.

<sup>768</sup> Articolo 14, Direttiva 2014/104/UE.

Il *cd. passing on* interferisce con il problema del nesso causale in materia di risarcimento del danno da illecito *antitrust* e con la esatta determinazione del danno risarcibile.

Le violazioni della regole della concorrenza possono intervenire in diversi livelli della catena produttiva o distributiva di beni o servizi immessi sul mercato; esse danneggiano anzitutto l'acquirente diretto ossia chi subisce un aumento del prezzo diretto e immediato che, però, potrebbe riversare il maggior costo sugli acquirenti indiretti posti sul livello inferiore.

La direttiva affronta il problema della traslazione del costo dell'illecito anticompetitivo (artt. 12 – 16) prevedendo un regime differenziato a seconda che il *passing on* sia inteso in senso difensivo od offensivo e allo scopo di evitare ingiustificati arricchimenti.

Ricorda VILLA, op. ult. cit., 307 ss. che negli USA il *passing on* non può invece essere invocato in senso difensivo ed offensivo. L'acquirente diretto ottiene il risarcimento anche se ha trasferito il sovrapprezzo in parte o del tutto sull'acquirente indiretto e quest'ultimo non può domandare alcun risarcimento all'autore dell'illecito.

In ambito europeo, invece, a partire dalla sentenza Manfredi cit., il risarcimento viene riconosciuto a chiunque abbia subito un pregiudizio e quindi anche agli acquirenti indiretti (artt. 3 e 12 Direttiva e così poi artt. 1 e 10, comma 1, del d.lgs. n.3/2017 di recepimento).

In particolare, spetta al convenuto dimostrare che il danneggiato abbia trasferito in parte o del tutto il sovrapprezzo sugli acquirenti indiretti, altrimenti è tenuto al risarcimento integrale verso l'attore (acquirente diretto del bene o del servizio). Può anche domandare l'esibizione di documenti da parte dell'attore o di terzi a tale scopo.

Se invece agisce in giudizio l'acquirente indiretto (si pensi a un consumatore) si presume l'avvenuta traslazione *ex art. 14 Dir.* ove costui dimostri la violazione delle regole concorrenziali, il sovrapprezzo gravante sull'acquirente diretto – eventualmente giovandosi del provvedimento AGCM definitivo - e l'acquisto di beni o servizi della stessa tipologia di quelli interessati dall'illecito *antitrust*. Se il convenuto non prova il mancato trasferimento del sovrapprezzo in concreto soccombe nuovamente.

Ma se questo è il regime posto dalla Direttiva, che fa gravare sempre sul danneggiante il rischio del mancato raggiungimento della prova del *passing on*, ci si rende conto di come sembrerebbero potersi verificare fenomeni di condanne multiple; si pensi appunto al caso in cui il danneggiante, convenuto da alcuni acquirenti diretti, non riesca a dimostrare in giudizio che gli attori hanno traslato – anche in parte – il costo del sovrapprezzo sui subacquirenti e che per lo stesso fatto illecito, lo stesso danneggiante sia poi convenuto dagli acquirenti indiretti, in altra sede processuale, e non riesca a dimostrare che la traslazione non si è in concreto verificata (dato che opera la presunzione a ricorrere delle tre circostanze sopra menzionate *ex art. 14*).

Potrebbe darsi anche l'ipotesi contraria nel senso che si potrebbero verificare giudicati contrastanti per lo stesso fatto: in un processo si accerta l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo sugli acquirenti indiretti e si rigetta la domanda risarcitoria e in altro promosso dagli acquirenti indiretti, al contrario, lo si esclude.

In proposito VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 447 ricorda che il legislatore italiano, riproducendo analoga previsione contenuta nella Direttiva, senza ampliare le ipotesi di riunione per connessione (artt. 39 e 40 c.p.c.), ha previsto soltanto nell'art. 13 d.lgs. n. 3/2017 che il giudice per valutare se l'onere probatorio di cui sopra sia stato assolto, possa tenere conto delle azioni di risarcimento del danno, anche proposte in altri Stati membri,

Ciò che crea maggiori difficoltà per i danneggiati<sup>769</sup> nell'ottenere il risarcimento del danno da illecito *antitrust*, in effetti, è proprio la individuazione del pregiudizio, la relativa quantificazione e soprattutto la prova del nesso di causalità tra il pregiudizio subito e l'illecito anticoncorrenziale<sup>770</sup>. Se manca il preventivo accertamento dell'Autorità *Antitrust* (Commissione UE o AGCM nazionali) – cd. azioni *stand alone* –, al danneggiato competerebbe anche il difficilissimo compito di dimostrare più a monte l'esistenza stessa dell'illecito (ossia che il convenuto abbia fatto parte di una intesa vietata o abbia abusato della propria posizione dominante sul mercato)<sup>771</sup>.

---

relative alla medesima violazione del diritto della concorrenza promosse da attori che si trovano a un altro livello della catena di approvvigionamento e delle decisioni assunte in tali cause. Può, altresì, tenere conto delle informazioni di dominio pubblico risultanti dall'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza riguardanti il caso specifico delle decisioni assunte in altri livelli della catena di approvvigionamento per la medesima violazione, nonché dell'assolvimento o mancato assolvimento dell'onere probatorio previsto per il *passing on* dagli artt. 11 e 12 in questi processi.

Ricorda CARPAGNANO, *Le regole (proposte) sul passing – on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 2, 277 e ss. che sul piano processuale se per il contenzioso transazionale si potrebbe ricorrere all'art. 30 del Reg. UE n. 1215/2012 (sospensione del processo e dichiarazione di incompetenza del giudice successivamente adito) nel contenzioso nazionale l'art. 40 c.p.c. consentirebbe la riunione delle cause connesse per titolo. Ove però non si riesca *ex ante* ad ottenere la riunione non è chiaro cosa significhi che il giudice debba tenere conto *ex post* delle decisioni rese in altri giudizi con riferimento a ulteriori catene della filiera produttiva. Il legislatore non ha stabilito testualmente che il giudice ne sarebbe vincolato ai fini della determinazione del danno risarcibile. Per VILLA, op. ult. cit., 447, il giudice tiene conto delle informazioni raccolte in altri processi (anche le prove) ai fini della formazione del proprio convincimento.

<sup>769</sup> L'illecito *antitrust* ha carattere plurioffensivo e i danneggiati dalle intese vietate e dagli abusi di posizione dominante sono molteplici. Si tratta delle imprese non aderenti all'intesa vietata, fornitori, distributori e consumatori finali.

Gli acquirenti diretti e indiretti patiscono a causa dell'intesa restrittiva un danno derivante dal pagamento del sovrapprezzo, ma possono considerarsi danneggiati anche coloro che abbiano acquistato quel bene da soggetti terzi non aderenti all'intesa - i quali hanno applicato un prezzo maggiorato (cd. *umbrella price* cfr. CGUE, 5 giugno 2014, C-557/12, *Kone*, in *Contratti*, 2014, 956) -, coloro che hanno rinunciato a quell'acquisto o si sono rivolti ad altri beni sostitutivi.

Sono parimenti danneggiati i produttori dei beni complementari che hanno visto calare la domanda dei beni o servizi loro offerti quale conseguenza del calo delle vendite del bene/servizio in sovrapprezzo e, con riferimento agli illeciti escludenti, le imprese escluse dal mercato (o ricollocate in posizione più svantaggiosa) e naturalmente i fornitori di queste ultime e i lavoratori licenziati da queste ultime. Cfr. sul punto *amplius* CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, 136 ss.; ID, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 1053 ss.

La CGUE ha anche riconosciuto la legittimazione della Commissione UE a domandare il risarcimento del danno subito dalla stessa Unione Europea per un illecito *antitrust* nel caso CGUE Grande Sez., 6 novembre 2012, C-199/11 con nota di MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto alla concorrenza*, in *Contr. imp. eur.* 2014, 78 ss.

<sup>770</sup> BERNES, op. cit., 954.

<sup>771</sup> È evidente che vi è una grande asimmetria tra le parti e difficilmente il danneggiato dispone di informazioni relative alle imprese coinvolte anche quando queste abbiano stipulato un programma di clemenza i cui documenti non sono accessibili MARINO, op. cit., 80 ss. L'obiettivo della Direttiva di favorire anche le azioni *stand alone*, allora, si è concretizzato nelle previsioni che dagli artt. 5 a 8 riguardano maggiore accessibilità alle prove dell'illecito possedute dalle parti o terzi, ovvero che siano nel fascicolo dell'AGCM cfr. VILLA, op. ult. cit., 304 – 305.

Preso atto di tali strutturali problematicità<sup>772</sup>, il legislatore europeo ha privilegiato interventi correttivi di natura processuale piuttosto che sostanziali<sup>773</sup> circoscritti nell'ambito del contenzioso individuale<sup>774</sup>.

La presunzione relativa di danno<sup>775</sup> derivante da cartello<sup>776</sup> contenuta nell'art. 17 della Direttiva cit. potrebbe *prima facie* essere interpretata nel senso che il danneggiato abbia soltanto l'onere di provare l'evento lesivo (normalmente già accertato nelle azioni cd. *follow on* dall'Autorità *Antitrust* o dal GA con provvedimento che, se definitivo, spiega

---

<sup>772</sup> La Direttiva in esame, che ha tra i propri obiettivi quello di favorire le azioni civili dirette ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle regole concorrenziali (v. per tutti, G. FONDERICO - M. TODINO - E. CAMILLERI - C. OSTI - M. GRANIERI - G. DE CRISTOFARO - J. DREXL - B. GILIBERTI - M. TRIMARCHI - E. AREZZO - A. GIUSSANI, in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, cit., 1 – 1257), si occupa soltanto delle tipologie classiche di illecito *antitrust*, da un lato i cartelli e dall'altro le fattispecie escludenti.

In entrambe le fattispecie, tuttavia, prima ancora di agire in giudizio, il danneggiato si trova dinanzi a considerevoli difficoltà sostanziali e processuali (v. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *NLCC*, 2, 2018, 523 ss.): sul piano probatorio, infatti, il danneggiato (miriade di consumatori nel primo caso, una o più specifiche imprese, nel secondo) per potere dimostrare l'illiceità della condotta dei responsabili dovrebbe acquisire documenti posseduti dagli stessi autori dell'illecito o da parte di terzi (come le Autorità *Antitrust*) – cfr. anche considerando n. 14 della Direttiva risarcimenti –.

La situazione è aggravata dalla fisiologica situazione di asimmetria informativa che connota la condizione di diritto sostanziale del contraente debole – consumatore o l'impresa vittima dell'illecito *antitrust*.

Ulteriore difficoltà riguarda, la fase conclusiva del processo, ovvero la quantificazione del risarcimento che, come stabilito dal considerando n. 45, “*nelle cause in materia di concorrenza è un processo che richiede l'analisi di un gran numero di elementi fattuali e che può esigere l'applicazione di modelli economici complessi*”.

<sup>773</sup> Così DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, 137 ss.; DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *NLCC*, 2, 2018, 523 ss.

È interessante notare, peraltro, come il legislatore italiano - che ha recepito la Direttiva in esame prima della sentenza delle Sezioni Unite 5 luglio 2017, n. 16601 - abbia adottato un approccio completamente opposto a quello dei Supremi Giudici ripudiando condanne ultracompensative interne per il risarcimento del danno *antitrust*. Osserva condivisibilmente l'autore che l'apertura verso la natura polifunzionale delle regole della responsabilità civile avrebbe invece consentito di attribuire una funzione deterrente e preventiva al risarcimento in tale settore sul modello ultracompensativo.

Le limitate aperture delle Sezioni Unite verso i *punitive damages*, possono avere riflessi di diritto internazionale privato, non impedendo a quadro normativo vigente di dare ingresso nell'ordinamento italiano ai *treble damages* USA, trattandosi di misure previste *ex lege* in maniera assolutamente prevedibile.

<sup>774</sup> La Direttiva in esame, non è infatti intervenuta a disciplinare i rimedi collettivi, rimessi alla discrezionalità dei singoli Stati membri (v. considerando n. 13). VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 4, 2017, 443 discorre di “grande assente” riferendosi alla mancanza di una disciplina europea della *class action*. Ricorda che il legislatore italiano ha esteso in sede di recepimento, senza innovazioni, l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 3/2017 anche per le azioni collettive di cui all'art. 140 *bis* c. cons.

<sup>775</sup> Dettata per colmare le asimmetrie esistenti tra le parti, aggravata dalla esistenza del cartello, e dalle difficoltà probatorie connesse alla dimostrazione e alla quantificazione dei danni ai sensi del considerando n. 47.

<sup>776</sup> Definito dalla Direttiva come “*un accordo o una pratica concordata fra due o più concorrenti, volta a coordinare il loro comportamento concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare i prezzi di acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione, anche in relazione a diritti di proprietà intellettuale, nell'allocare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti*” (così art. 2, n. 14).

efficacia vincolante per il GO ai sensi dell'art. 9 dir. il quale andrebbe solo prodotto in giudizio) e il contratto per l'acquisto di un bene o servizio stipulato con l'impresa sanzionata. Dall'accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo (definitivo) deriverebbe la presunzione di idoneità di quel cartello a danneggiare i consumatori in generale e, al contempo, che l'indicato pregiudizio si sia realmente prodotto mediante la stipulazione dei contratti conclusi quale completamento dell'illecito accertato. Il dato letterale del citato art. 17 ricolleggerebbe l'esistenza del pregiudizio alla semplice violazione delle regole concorrenziali così introducendo una presunzione relativa di danno *in re ipsa*, seppur gravando della prova contraria il danneggiante.

Si è contrariamente osservato che il provvedimento dell'AGCM non dispensa il danneggiato dall'onere di provare il danno subito e il nesso eziologico individuale ancorché mediante il ricorso a presunzioni; in sostanza sembrerebbe che il danneggiato debba comunque dimostrare di avere subito delle conseguenze nella propria sfera giuridica per avere intrattenuto rapporti con l'impresa che ha attuato l'intesa restrittiva coinvolta nel settore di mercato in cui l'illecito ha riverberato i suoi effetti (ad esempio, l'aver intrattenuto un rapporto contrattuale con l'impresa sanzionata nel periodo di tempo e nell'ambito geografico rilevante come accertati nel provvedimento amministrativo sanzionatorio). Non bisognerà invece provare l'effetto dell'aumento del prezzo di acquisto del bene o del servizio (o la mancata diminuzione del prezzo di mercato) che si presume esistente<sup>777</sup> (fino a prova contraria). In altri termini, altro è la presunzione di danno, altro è la necessità di provare il nesso causale individuale ai fini della tutela risarcitoria.

Il citato art. 9 infatti sembra escludere la portata automatica del risarcimento quale conseguenza della violazione accertata dalle Autorità competenti in sede amministrativa<sup>778</sup>

---

<sup>777</sup> La presunzione relativa di danno è fissata proprio per colmare le notevoli difficoltà che il danneggiante riscontrerebbe nel dimostrare in giudizio di avere subito un pregiudizio da illecito *antitrust* dal momento che sarebbe necessario confrontare una situazione attuale con una ipotetica (cosa si sarebbe verificato in assenza dell'alterazione del mercato) che richiederebbe complesse e costose analisi economiche e fattuali. Proprio alla luce delle menzionate difficoltà, il legislatore europeo ha invertito l'onere probatorio facendolo gravare sulla parte che dispone degli elementi necessari per soddisfarlo con una sorta di principio di vicinanza delle fonti di prova. Sarà quindi l'impresa responsabile a dovere dimostrare che il cartello non abbia in quella situazione provocato alcun pregiudizio all'attore. Ciò trova conferma nelle ulteriori previsioni della Direttiva che consentono al giudice di potersi avvalere della stessa Autorità *Antitrust* per prestare assistenza nell'opera di quantificazione del danno v. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2016, 1082 ss.; v. anche sul rischio di tale interpretazione VILLA, op. ult. cit., 308.

<sup>778</sup> Secondo BERNES dunque, esclusa la tesi del danno *in re ipsa*, il danneggiato dovrebbe comunque provare "la « sussunzione » del singolo contratto o semplicemente del compimento del singolo atto di consumo nell'ambito spazio-temporale oggetto d'indagine da parte dell'Autorità". nello stesso senso E. MALLAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche concorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2015*, in *Contr. imp. eur.*, 2015, 395, secondo la quale il consumatore assolverebbe il suo onere probatorio producendo il contratto concluso con l'impresa mentre al convenuto compete dare la prova contraria ossia l'interruzione del nesso causale tra illecito e danno subito dalla generalità dei consumatori



così come il considerando n. 34 della direttiva per il quale «l'effetto della constatazione dovrebbe, tuttavia, riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, come determinate dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione».

Senonchè per le azioni cd. *follow on* promosse dagli acquirenti indiretti (ad esempio i consumatori), come osservato da alcuni autori<sup>779</sup>, il legislatore europeo avrebbe dettato una disciplina differente molto più favorevole la quale, per via processuale, finirebbe per configurare una vera e propria ipotesi di danno *in re ipsa*.

Il combinato disposto della presunzione di trasferimento del sovrapprezzo all'acquirente indiretto (incidente sul piano del nesso causale *ex art. 14, comma 2 Direttiva*)<sup>780</sup>, della presunzione di danno da cartello (incidente sulla prova del pregiudizio conseguente alla violazione *ex art. 17, comma 2, Direttiva*)<sup>781</sup>, della vincolatività delle decisioni definitive dell'Autorità *Antitrust* competente (rilevante per la dimostrazione dell'*an debeatur ex art. 9, comma 1 Direttiva*) e il potere equitativo del giudice di liquidare il danno risarcibile (incidente sul *quantum debeatur ex art. 17, comma 1, Direttiva*), finirebbero per configurare una ipotesi di responsabilità settoriale *sui generis* che si discosta dalle regole tradizionali della responsabilità civile che pure il legislatore europeo avrebbe voluto preservare<sup>782</sup>.

---

e dal singolo danneggiato. Cfr. anche PARDOLESI, *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pag. 318 ss. per il quale bisogna provare la specifica lesione della sfera giuridica individuale e quindi la “prova dell’acquisto a condizioni deteriori” (pag. 319). L’intesa illecita è solo preparatoria rispetto alla condotta finale dell’aumento del prezzo. dal danno al mercato bisogna passare a un danno individuale CASTELLI, op. cit., 1052 ss.

<sup>779</sup> DE CRISTOFARO, op. ult. cit., 544.

<sup>780</sup> Ricorda DE CRISTOFARO, op. ult. cit., 535 – 536 che si tratta di una presunzione “impropria” perché il legislatore, diversamente dall’art. 2727 c.c., considera senza dubbio provato un elemento fondamentale della fattispecie costitutiva del credito risarcitorio quale il nesso causale esonerando l’attore dal relativo onere probatorio e facendo gravare l’onere della prova contraria sul convenuto. L’art. 12, comma 2, d.lgs. n. 3/2017 (così come il corrispondente art. 14, comma 2, della Direttiva) presume il trasferimento del sovrapprezzo se l’acquirente indiretto dimostri che il convenuto ha commesso una violazione della concorrenza da cui deriva un sovrapprezzo per i suoi acquirenti diretti (condotta illecita potenzialmente dannosa) e che egli ha acquistato beni o servizi omogenei rispetto a quelli oggetto della violazione (pregiudizio conseguente al danno evento). Al terzo comma il medesimo art. 12 cit. sancisce, infatti, che spetti al convenuto a provare che il sovrapprezzo non è stato in parte o del tutto trasferito sull’acquirente indiretto.

<sup>781</sup> L’indicata presunzione di danno non opera per gli altri illeciti antitrust ovvero per gli abusi di posizione dominante e per le intese restrittive della concorrenza che non siano cartelli. In tali ipotesi, invece, il danneggiato dovrebbe provare l’esistenza del pregiudizio subito secondo le ordinarie regole codicistiche.

<sup>782</sup> DE CRISTOFARO, op. ult. cit., 545. L’autore ricorda che le disposizioni di recepimento devono essere interpretate alla luce dei principi di effettività e di equivalenza per evitare che le problematiche strutturali esistenti nel contenzioso in materia (di cui sopra) possano rendere impossibile o eccessivamente difficoltoso l’esercizio del diritto al risarcimento conferito direttamente dalle disposizioni dei Trattati europei (artt. 101 e 102 TFUE). Chiari in tal senso il considerando n. 4 della Direttiva secondo cui “il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell’Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell’Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme

Le citate presunzioni legali “improprie” (di esistenza del nesso causale e di danno da cartello) elidrebbero la tradizionale distinzione tra danno evento e danno conseguenza e farebbero gravare la prova contraria (di un decorso causale diverso o mancato trasferimento del sovrapprezzo) integralmente sul convenuto<sup>783</sup>.

### **Segue: il regime della responsabilità solidale**

---

*procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto” e lo stesso art. 4 Dir. cit. per il quale “tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza”.*

Ciò dovrebbe implicare l'interpretazione restrittiva dell'eccezione contemplata all'art. 14, comma terzo, d.lgs. n. 3/2017 alla regola per cui il giudice, formulando richieste specifiche, può avvalersi dell'assistenza dell'AGCM nell'opera di quantificazione del danno (alla luce delle difficoltà individuate dalla stessa Direttiva sul punto *ex art. 17* e considerando numeri 45 e 46). Nello stesso senso il quattordicesimo considerando suggerisce di interpretare in termini di effettività le disposizioni processuali in tema di onere di allegazione (degli elementi della condotta) e sulle fonti di prova a vantaggio dei danneggiati.

In giurisprudenza con riferimento alle azioni *stand alone*, ancorchè pronunciata prima del recepimento della Direttiva in esame, appare molto significativa Cass., Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564 secondo la quale

*Ai fini della determinazione degli elementi costitutivi dell'illecito anticoncorrenziale, quale la nozione di “mercato rilevante”, in un giudizio cd. “stand alone” il giudice del merito non può limitarsi a fare meccanica applicazione del principio onus probandi incumbit ei qui dicit, essendo particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito. Dinanzi a tali difficoltà - accentuate sia dagli alti costi necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico-economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da compararsi con ciò che è avvenuto nella realtà - gli strumenti forniti dal codice di rito debbono essere interpretati in senso orientato ad assolvere il dovere degli Stati membri di adottare rimedi efficaci di private enforcement. In questo scenario, il giudice - chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale in presenza di paventate violazioni del diritto della concorrenza, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova - deve valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio anche officioso dei poteri di acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio di indicare in modo sufficientemente “plausibile” seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza ed a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale.*

<sup>783</sup> Le disposizioni dettate dagli artt. 13 e 14 della Direttiva sul cd. *passing on* devono essere lette in combinato disposto con quelle sanzionatorie di cui all'art. 8. Il convenuto che eccepisca la traslazione del prezzo all'acquirente diretto può dimostrarlo richiedendo la divulgazione delle prove all'attore o a terzi. ove questi si rifiutino senza giustificato motivo di esibirle o le abbiano distrutte, tale contegno è sanzionato con il rigetto della domanda risarcitoria.

Allo stesso modo se l'acquirente indiretto afferma l'avvenuta traslazione del sovrapprezzo nei suoi confronti, ha l'onere di dimostrare i presupposti indicati sopra nell'art. 14, comma 2, potendosi avvalere del diritto di ottenere divulgazione delle prove possedute dal convenuto o da terzi. anche in questo caso, contegni non collaborativi, sono sanzionati con il rigetto della eccezione del convenuto di mancato trasferimento del sovrapprezzo. Tali disposizioni sanzionatorie quindi rientrano nell'ottica di garantire effettività al risarcimento del danno soprattutto se manchi a monte un provvedimento *Antitrust* che abbia già accertato l'illecito.

Fermo quanto osservato, se nei rapporti verticali (danneggiante – danneggiato) il legislatore europeo sembra non avere lasciato alcuno spazio alla configurabilità di risarcimenti ultracompensativi, di difficile interpretazione appare la disciplina dettata per la responsabilità solidale nell'ipotesi in cui, con riferimento ai cd. rapporti orizzontali, vi sia una PMI<sup>784</sup> ovvero una impresa beneficiaria di immunità da sanzioni amministrative (per avere aderito a un programma di clemenza) tra le diverse imprese coinvolte nell'illecito anticoncorrenziale.

Più precisamente, l'art. 11 della Direttiva in esame, prevede una serie di limitazioni di responsabilità dettate, da un lato, dall'obiettivo di evitare che la PMI rischi l'insolvenza applicando le ordinarie regole risarcitorie – se ha fornito un contributo minimo e marginale alla causazione dell'illecito rispetto a quello preponderante delle grandi imprese concorrenti –<sup>785</sup> e, dall'altro, di favorire l'adesione ai programmi di clemenza<sup>786</sup> così da migliorare in termini generali il funzionamento del mercato.

---

<sup>784</sup> Nel definire la piccola media impresa (PMI) il legislatore europeo rinvia a quanto sancito dalla raccomandazione 2003/361/CE. Possono considerarsi PMI imprese munite dei seguenti requisiti: 1) meno di 250 dipendenti; 2) un fatturato annuo inferiore a 50 milioni di euro o un bilancio inferiore a 43 milioni di euro.

<sup>785</sup> In assenza di tale disciplina per cui v. *infra*, è che la PMI che abbia dato un contributo minimo alla causazione del danno potrebbe essere chiamata, in virtù delle ordinarie regole della solidarietà *ex art.* 2055 c.c., a risarcire integralmente un danno ingente anche a soggetti che siano esclusivamente acquirenti diretti/indiretti degli altri corresponsabili con conseguente rischio di insolvenza

L'art. 11 della Direttiva, dopo avere sancito al primo paragrafo la regola generale secondo cui ogni impresa corresponsabile in solido è tenuta al risarcimento integrale nei confronti dei danneggiati, nei successivi paragrafi individua delle deroghe per le PMI e i beneficiari di immunità.

Per le PMI, il secondo paragrafo dell'art. 11, sancisce una limitazione di responsabilità soltanto nei confronti dei propri acquirenti diretti e indiretti al ricorrere dei presupposti indicati dalle lettere a e b (quota di mercato inferiore al 5% per il tempo della violazione e pregiudizio irreparabile per la propria solidità economica e totale perdita del valore delle proprie attività). Si richiede, al contempo, che non ricorrano le circostanze indicate nel par. 3, lettere a e b e quindi che la PMI non deve avere svolto un ruolo guida nella violazione o costretto le altre imprese a parteciparvi, ovvero non deve avere commesso in precedenza una violazione della concorrenza.

Ulteriore requisito è previsto anche dal par. 4 secondo cui rimane ferma la responsabilità delle grandi imprese verso i danneggiati che non siano i propri acquirenti diretti o indiretti soltanto se costoro non possano ottenere il pieno risarcimento dalle altre imprese coinvolte nell'illecito. Ciò significa che la PMI risponde sempre per il danno causato ai propri acquirenti diretti e indiretti (in solido insieme alle altre imprese concorrenti), ma per gli acquirenti non propri – ovvero quelli delle altre grandi imprese coautrici dell'illecito antitrust – soltanto se non vi è rischio di insolvenza e se gli acquirenti della grande impresa non possono ottenere il risarcimento dalle altre (ovvero se ha assunto un ruolo guida o ha già commesso una violazione concorrenziale in precedenza).

<sup>786</sup> Il par. 4 dell'art. 11 della Direttiva limita la responsabilità delle imprese che aderiscano ai programmi di clemenza soltanto ai propri acquirenti e fornitori diretti o indiretti purchè gli altri danneggiati possano ottenere l'integrale risarcimento dalle altre imprese concorrenti. Questo significa che il regresso che può effettuare l'impresa non beneficiaria - che abbia pagato l'integrale risarcimento al terzo danneggiato - nei confronti di quella beneficiaria è limitato al danno che quest'ultima ha arrecato ai suoi fornitori/acquirenti. L'impresa o le imprese non beneficiarie - che non aderiscono al programma di clemenza -, dunque, rischiano risponde oltre il danno che esse stesse hanno causato. La limitazione della misura del regresso si traduce nello spostamento del peso del risarcimento residuo sulle altre imprese concorrenti, ma con una deroga rispetto alle regole dell'art. 2055 c.c.

Simili incentivi si accompagnano alla previsione di regole che, nell'ambito della ripartizione interna del costo del risarcimento tra i vari concorrenti, sembrano connotate da uno scopo deterrente<sup>787</sup> ben diverso dalla disciplina codicistica di cui all'art. 2055 c.c.<sup>788</sup>.

Un primo dato differenziale pare riscontrarsi nei rapporti esterni tra danneggianti e danneggiato; nonostante una o più PMI possano avere concorso a cagionare il medesimo danno, l'art. 11 della Direttiva ne limita la responsabilità soltanto verso i propri acquirenti diretti e indiretti in presenza determinati presupposti fissati *ex lege*<sup>789</sup>. Ciò significa che, in tale evenienza, i danneggiati (acquirenti diretti o indiretti) della PMI possono convenire in giudizio tutti i coautori dell'illecito i quali rispondono solidalmente per

---

<sup>787</sup> Diffusamente M. F. CAMPAGNA, *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, in *Analisi giur. ec.*, 2, 2017, 453 ss.

<sup>788</sup> Nell'ipotesi in cui più persone abbiano concorso a cagionare un danno unitario (stesso evento lesivo), il primo comma dell'art. 2055 c.c. prevede l'effetto giuridico della solidarietà passiva *ex art.* 1292 e ss. c.c. (cfr. sul punto M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993, 67 ss.); il danneggiato ha titolo per ottenere l'intero risarcimento da ciascun danneggiante anche se il convenuto ha dato un contributo causale minimo al verificarsi del fatto dannoso. Nei rapporti esterni, egli risponde integralmente e garantisce il risarcimento anche per la parte di danno che non gli è imputabile causalmente per esserlo agli altri coautori dell'illecito. Una volta estinta l'obbligazione risarcitoria, nei rapporti interni, il costo del risarcimento viene ripartito tra i coresponsabili secondo i criteri dettati dal secondo comma dell'art. 2055 c.c., con la presunzione di eguaglianza sancita in caso di dubbio dal terzo comma. (in argomento v. A. GNANI, *La responsabilità solidale*, in *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 2005; M. ORLANDI, *op. ult. cit.*, Milano, 1993; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Dir. Civ.*, Vol. 5, Milano, 2012, 655; F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Vol. 3, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, Padova, 2014, 283 ss.; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma – Bologna 1982, 716; ALPA, *La responsabilità civile*, Tr. Alpa, IV, Milano 1999, 330 ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti Milano, 2005, 233 ss.)

Scopo di tale previsione, in ossequio alla disciplina della solidarietà passiva, è quello di rafforzare la garanzia del danneggiato poiché quest'ultimo, a differenza della responsabilità parziaria, può rivolgersi per l'intero risarcimento al condebitore maggiormente solvibile – con conseguente riduzione del rischio di insolubilità –, in un'unica sede processuale – con minori costi e tempi processuali – e indipendentemente dal fatto di non potere individuare precisamente tutti i coresponsabili (così BIANCA, *op. cit.*, 655; FRANZONI, *op. cit.*, 117). Il *solvens*, d'altro canto, rischia di dover sopportare che il peso del risarcimento sia superiore alla responsabilità in tutte i casi in cui non riesca a recuperare quanto già pagato al danneggiato mediante la vittoriosa proposizione dell'azione di regresso *pro quota* esercitata nei confronti degli altri condebitori *ex art.* 1299 c.c. (si pensi al caso di un coautore dell'illecito che abbia dato un minimo contributo al verificarsi dell'evento lesivo, ma che non riesca a recuperare in parte o del tutto quanto versato in sede di regresso per insolvenza degli altri condebitori). Se quindi nelle obbligazioni parziarie ciascuno risponde non oltre la quota della propria responsabilità e il rischio dell'insolvenza del debitore grava sul danneggiato, con il regime della solidarietà passiva, il legislatore ha dettato una disciplina più vantaggiosa per il danneggiato (*Dei fatti illeciti art. 2055 - 2059*, in *Commentario al Codice Civile* a cura di P. Cendon, Milano, 2009, 227 – 228. In giurisprudenza v. ad esempio Cass., sez. III, 25 settembre 2014, n. 20192).

<sup>789</sup> Tale limitazione di responsabilità sorge purchè la PMI:

*Abbia avuto una quota nel mercato rilevante inferiore al 5 % per tutto il tempo della violazione e l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività.*

*L'indicata disciplina non trova applicazione se:*

- a) *la PMI ha svolto un ruolo di guida nella violazione del diritto della concorrenza o costretto altre imprese a parteciparvi; o*
- b) *la PMI risulta aver commesso in precedenza una violazione del diritto della concorrenza.*

l'intero risarcimento. Al contrario, tutti gli altri danneggiati che non siano acquirenti diretti o indiretti della PMI (per esserlo delle altre imprese concorrenti - non PMI), nonostante l'unicità del danno, non potranno rivolgersi alla PMI (sempre che tale impresa non abbia occupato una quota significativa del mercato rilevante e, in base a un giudizio prognostico, rischi di subire un pregiudizio irreparabile applicando le ordinarie regole risarcitorie). Da tali premesse consegue un ipotetico arricchimento della PMI (perché non responsabile verso i non acquirenti per lo stesso danno che ha concorso a cagionare) a cui si accompagna lo spostamento del peso del risarcimento in capo alle altre imprese concorrenti.

In altri termini se l'art. 2055, primo comma, c.c. costituisce una norma che rafforza garanzia dell'integrale risarcimento in favore dei danneggiati e alloca il rischio dell'insolvenza dei condebitori in capo al *solvens* (in sede di regresso), la disciplina appena esaminata, contiene, al contrario, previsioni di favore per i danneggianti (PMI) e sembra discriminare il trattamento tra i vari danneggiati<sup>790</sup>.

In sede di recepimento<sup>791</sup>, però, il legislatore italiano ha introdotto una ulteriore disposizione, assente nell'art. 11 della Direttiva cit., diretta a controbilanciare la limitazione di responsabilità surriferita<sup>792</sup>.

---

<sup>790</sup> Stando al tenore letterale delle disposizioni contenute nella direttiva, si è visto, infatti, che gli acquirenti diretti o indiretti di una non PMI – grande impresa –, non potrebbero ottenere il risarcimento del danno da una PMI nell'ipotesi in cui quest'ultima rischi l'insolvenza o comunque un pregiudizio grave – salvo quanto stabilito dal terzo paragrafo dell'art. 11 e, per l'Italia, dal secondo periodo del primo comma dell'art. 9 d.gls. n. 3/2017 -. Questo significa, altrettanto chiaramente, che una volta risarcito il danno, sulla grande impresa potrebbe gravare il peso del risarcimento perché essa non avrà alcun diritto di regresso verso la PMI che pure aveva concorso alla causazione dell'illecito.

<sup>791</sup> I primi due commi dell'art. 9 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, recepiscono quanto stabilito dai paragrafi 2 e 3 dell'art. 11 Direttiva Risarcimenti. Rispetto alle previsioni di diritto sovranazionale vi sono due differenze: 1. Il primo comma dell'art. 9 cit. discorre di responsabilità "in solido" della PMI solo nei confronti dei propri acquirenti diretti ed indiretti, (mentre il secondo par. dell'art. 11 non utilizza tale espressione) e 2. Il secondo periodo del primo comma ricollega una ulteriore responsabilità solidale della PMI verso i danneggiati diversi dagli acquirenti diretti e indiretti propri solo se questi ultimi non possano ottenere l'integrale risarcimento dalle altre imprese coinvolte nell'illecito antitrust.

<sup>792</sup> Nella relazione illustrativa si legge a proposito del citato art. 9:

*"Il comma 1, quindi, stabilisce, per quanto riguarda le PMI (per la cui definizione la norma recepisce quanto la direttiva stessa precisa rinviando ad una specifica raccomandazione), che l'obbligo del risarcimento è limitato al solo danno patito dai suoi acquirenti diretti ed indiretti (con la esclusione, quindi, del danno subito da ogni altro danneggiato) se la PMI autrice del danno possiede (cumulativamente) i requisiti indicati (mutuati dal paragrafo secondo, lettere "a" e "b", della direttiva): quando la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per il tempo in cui si è protratta la violazione del diritto della concorrenza e quando l'applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita del suo valore. Presupposti di cui non può nascondersi la difficoltà interpretativa e applicativa ma che si è scelto di trasporre senza diverse specificazioni al fine di lasciare inalterata quella duttilità che è loro insita e che è chiaramente finalizzata ad una applicazione della norma in un'ottica che si avvicina all'"equity" del diritto anglosassone.*

*Il medesimo comma introduce, quindi, nei confronti dei soggetti danneggiati diversi da quelli sopra indicati, **una responsabilità solidale di natura residuale, limitata, cioè, al caso in cui i predetti danneggiati non siano riusciti ad ottenere il risarcimento integrale del danno patito dalle altre imprese***

Riemerge l'esigenza di tutelare il danneggiato e viene conseguentemente meno l'indicato regime di favore per la PMI non solo ove quest'ultima abbia già violato in passato le regole della concorrenza o assunto un ruolo guida nella violazione – ovvero costretto altre imprese a parteciparvi –, ma anche – ed ecco la novità – se, in base a un giudizio prognostico, risulti che gli acquirenti delle grandi imprese (non PMI) non possano ottenere l'integrale risarcimento dagli altri concorrenti.

Per il legislatore italiano, dunque, l'estensione della deroga alla regola della solidarietà di cui al primo comma dell'art. 2055 c.c. contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 11 Direttiva deve essere limitata ogni volta che il danneggiato – qualunque esso sia –<sup>793</sup> rischi di non potere ottenere il risarcimento integrale<sup>794</sup>.

Ancora maggiore appare il regime di favore previsto dal quarto paragrafo dell'art. 11 Direttiva cit. per il beneficiario di una immunità (dal pagamento delle sanzioni amministrative) il quale risponde in solido soltanto nei confronti dei propri acquirenti e fornitori diretti e indiretti (ma non degli altri concorrenti) a meno che gli altri soggetti danneggiati non possano ottenere il risarcimento integrale del danno da parte delle ulteriori imprese concorrenti<sup>795</sup>.

Amnesso che sia configurabile, la responsabilità solidale in discorso non è disciplinata in maniera unitaria perché, al ricorrere dei presupposti sopra indicati, la limitazione di responsabilità a vantaggio della PMI o del beneficiario di immunità finisce per tradursi in un corrispondente incremento della responsabilità degli altri coautori dell'illecito; questi ultimi, più chiaramente, rischiano di rispondere oltre il grado della colpa e il con-

---

*coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza: disposizione con la quale si vuole riaffermare il principio per cui al danneggiato deve essere sempre e comunque garantito il "pieno" risarcimento del danno" (sottolineatura e grassetto aggiunti).*

<sup>793</sup> Chiaro il secondo periodo del primo comma dell'art. 9 cit. secondo cui *"La PMI e' responsabile in solido anche nei confronti di soggetti danneggiati diversi da quelli di cui al periodo precedente solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza"* (sottolineatura aggiunta).

<sup>794</sup> Di fronte al rischio dell'insolvenza della PMI e quello di impossibilità per il danneggiato di ottenere il pieno risarcimento, entrambi valutati sulla base di un giudizio prognostico, prevale sempre quest'ultima esigenza. Dal quest'ultimo istante sorge l'effetto giuridico della solidarietà anche per la PMI come conferma il quarto comma dell'art. 9 cit. con riferimento al *dies a quo* della prescrizione v. CAMPAGNA, op. ult. cit., 454 - 455. Discorre di una sorta di beneficio d'ordine che rende eventuale e differita la solidarietà non escludendola VILLA, *L'attuazione della direttiva*, op. cit., 448.

<sup>795</sup> Vale per il beneficiario dell'immunità lo stesso discorso precedentemente svolto con riferimento alla PMI.

Il legislatore europeo intende favorire l'adesione ai programmi di clemenza perché, in tal caso, il beneficiario dell'immunità vede limitata la propria responsabilità solo verso i propri acquirenti e fornitori (diretti e indiretti). Coloro che non siano tali, non potrebbero rivolgersi all'impresa beneficiaria – salvo il rischio del mancato pagamento del risarcimento integrale da parte degli altri concorrenti –. A differenza di quanto previsto per la PMI, però, per i beneficiari della immunità, la perdita del beneficio di cui sopra non viene meno al ricorrere delle circostanze di cui al terzo paragrafo dell'art. 11 dettate con riferimento solo alle PMI (avere svolto un ruolo guida nella causazione dell'illecito o precedente violazione regole *anti-trust*).

tributo eziologico forniti per la causazione del medesimo evento dannoso<sup>796</sup> all'operare delle norme di favore sopra indicate.

Al di là dei rapporti esterni – in cui possono operare le indicate limitazioni di responsabilità e il conseguente spostamento del peso del risarcimento che ne deriva –, vi è una ulteriore previsione meritevole di attenzione che riguarda la disciplina del diritto di regresso<sup>797</sup> esercitato dal *solvens* nei confronti del beneficiario dell'immunità<sup>798</sup>.

Il quinto comma dell'art. 9 d.lgs. n. 3/2017 cit., prevede che «*Il regresso contro il beneficiario dell'immunità da parte di colui che ha risarcito il danno non può superare la misura del danno che lo stesso beneficiario dell'immunità ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti ed è comunque determinato ai sensi dell'articolo 2055, secondo comma, del codice civile*».

Il legislatore nazionale ha limitato il diritto del *solvens* in sede di regresso al danno che l'impresa beneficiaria dell'immunità deve risarcire ai propri acquirenti e/o fornitori (nei rapporti esterni).

Ne deriva che, in deroga all'art. 2055, secondo comma, c.c., tale impresa non risponderà integralmente della quota del danno complessivo che ha concorso a cagionare (in relazione al grado di colpa e dell'entità delle conseguenze derivatene), bensì entro e non

---

<sup>796</sup> Si è visto infatti che la grande impresa risponde sempre per l'intero sia verso i propri acquirenti che quelli della PMI. La PMI, invece, ove goda del beneficio della limitazione della responsabilità, risponde soltanto verso i propri acquirenti diretti e indiretti – sempre che vi sia il rischio di un ipotetico danno irreparabile e, nella disciplina nazionale, i danneggiati possano ottenere il risarcimento dagli altri concorrenti, ferme le esclusioni di cui al primo periodo del primo comma e del secondo comma dell'art. 9 cit. –.

In tale evenienza, sembrerebbe che se la grande impresa è convenuta in giudizio dai propri acquirenti (non quelli della PMI), dopo che abbia loro risarcito ogni danno, non avrà alcun regresso verso la PMI (dato che quest'ultima risponde in solido solo verso i propri acquirenti) e quindi sopporterà il peso di una quota del risarcimento che ad essa non è imputabile – salvo che i danneggiati in questione non possano ottenere il risarcimento integrale dagli altri concorrenti, perché in tale ipotesi si perderebbe il beneficio –. Viceversa, se la grande impresa è convenuta in giudizio dagli acquirenti della PMI, dopo avere risarcito il danno, essa avrà diritto di regresso verso la PMI solo entro i limiti del danno risarcibile ai suoi acquirenti diretti e indiretti.

Stesso discorso vale per le imprese beneficiarie dell'immunità che rispondono in solido soltanto nei confronti dei propri acquirenti e fornitori - a meno che i danneggiati diversi da questi ultimi rischino di non potere ottenere il risarcimento dagli altri concorrenti –. Una specifica e problematica disciplina è dettata con riferimento ai rapporti interni per cui v. *infra* quanto sancito per il diritto di regresso.

<sup>797</sup> È chiaro che il diritto di regresso, presuppone a monte che sussista responsabilità solidale.

<sup>798</sup> A tale riguardo i paragrafi quinto e sesto dell'art. 11 Direttiva stabiliscono:

5. *Gli Stati membri provvedono affinché l'autore di una violazione possa recuperare da ogni altro autore della violazione un contributo il cui importo è determinato alla luce delle loro responsabilità relative per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza. L'importo del contributo di un autore della violazione che ha ottenuto l'immunità dalle ammende nell'ambito di un programma di clemenza non supera l'importo del danno che esso ha causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti.*

6. *Gli Stati membri provvedono affinché, nella misura in cui la violazione del diritto della concorrenza abbia causato un danno a soggetti diversi dagli acquirenti o fornitori diretti o indiretti degli autori della violazione, l'importo del contributo dal beneficiario dell'immunità agli altri autori della violazione sia determinato alla luce della sua responsabilità relativa per tale danno.*

oltre una parte del danno risarcibile fissato *ex lege* (soltanto quello dovuto ai propri acquirenti e fornitori).

L'indicata previsione finisce per limitare il peso del risarcimento che l'impresa beneficiaria dovrebbe sopportare secondo le regole ordinarie in sede di regresso sicché se da un lato favorisce l'adesione ai programmi di clemenza, dall'altro, rischia di far gravare sulle altre imprese concorrenti una parte di danno che sarebbe comunque ascrivibile all'impresa beneficiaria (appunto, per effetto di tale beneficio).

Avendo poi il legislatore di settore richiamato soltanto il secondo comma dell'art. 2055 c.c., sembrerebbe che in sede di regresso non sia applicabile la presunzione di eguaglianza delle quote di responsabilità stabilita, in caso di dubbio, dal terzo comma dell'art. 2055 c.c.

Graverebbe così sull'impresa che ha pagato l'integrale risarcimento, l'onere di provare l'entità del contributo causale fornito dalla beneficiaria e il grado della colpa ad essa imputabile con tutti i relativi rischi che si porrebbero nell'esercizio del diritto di regresso.

Dalla disciplina di settore esaminata sembra potersi dunque ricavare che, in ottica funzionalizzazione alle esigenze del mercato, la responsabilità solidale in materia *antitrust*, oltre ad avere funzione compensativa (nei rapporti esterni tra danneggiante e danneggiato) persegue anche uno scopo, se non punitivo, quantomeno deterrente e promozionale<sup>799</sup> (nei rapporti interni tra le varie imprese che prendono parte all'illecito anticoncorrenziale).

Altro profilo meritevole di interesse ai fini della presente ricerca, concerne la eventuale configurabilità del cd. *disgorgment of profits* che lo stesso Libro verde della Commissione UE proponeva come uno dei parametri che, pur in presenza di un risarcimento compensativo, si sarebbero potuti prendere in considerazione per la quantificazione del danno anticoncorrenziale<sup>800</sup>. La Direttiva non contempla alcun riferimento alle misure civilistiche in esame e, accordando forme di tutela minime implementabili dai singoli Stati ed escludendo risarcimenti punitivi, multipli o altre forme di sovracompensazione sembrerebbe potere ammettere, soltanto se previsto dalle legislazioni statali, la restituzione di una quota dei profitti illeciti in una logica pur sempre compensativo/deterrente e non certamente punitivo/sanzionatoria.

---

<sup>799</sup> CAMPAGNA, *op. ult. cit.*, 463 ss.

<sup>800</sup> Così Libro verde cit., pag. 4. Nel successivo Bianco verde cit., al punto n. 2.5., la Commissione sottolineava l'esigenza di accordare un pieno risarcimento comprensivo sia delle perdite derivanti dall'aumento dei prezzi che del mancato profitto causato dalla riduzione delle vendite e gli interessi



In difetto di specifiche previsioni sul punto da parte del legislatore italiano (che ha per converso escluso sovracompensazioni)<sup>801</sup>, probabilmente il giudice nazionale potrebbe tenere conto dei profitti conseguiti dal danneggiante, così come accade in materia di proprietà intellettuale e di violazione del diritto di autore, solo ai fini della commisurazione del danno da lucro cessante sulla base della valutazione equitativa del pregiudizio (argomentando alla luce del secondo comma dell'art. 2056 c.c.). Del resto lo stesso art. 23, comma 2, del Reg. 1/2003 ne ha riguardo per la commisurazione delle sanzioni *antitrust* pubblicistiche.

Tali valutazioni non possono svolgersi allorchè non vi sia coincidenza tra i profitti illeciti e il pregiudizio subito dai potenziali danneggiati<sup>802</sup>.

---

<sup>801</sup> Nella relazione illustrativa al d.gls. n. 3/2017 cit., nella parte dedicata alle regole di quantificazione del danno risarcibile, si specifica: “*Alla base di queste regole sta il principio del danno effettivo, già immanente all’ordinamento interno, e per il quale l’obbligo del risarcimento deve adeguarsi al danno effettivamente subito dalla vittima dell’illecito, che non deve ricevere né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell’illecito, senza che siano ammessi danni punitivi o, nel linguaggio della direttiva qui attuata, sovracompensazioni*”.

<sup>802</sup> BRUZZONE, *Tipologie di illecito antitrust e selezione delle voci di danno risarcibile*, 10 novembre 2017, pag. 40 reperibile in [http://www.astrid-online.it/static/upload/gb\\_1/gb\\_10\\_11\\_17.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/gb_1/gb_10_11_17.pdf). Ricorda che il profitto illecito potrebbe essere inferiore nel caso dei prezzi predatori o superiore al danno risarcibile e che solo per il sovrapprezzo senza trasferimento vi sarebbe coincidenza tra danni ai clienti diretti del cartello e profitto illecito. Auspica però che vi sia una adeguata indagine controfattuale per evitare arricchimenti ingiustificati. FLORIDIA, *Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto antitrust*, in *Il diritto industriale*, 4, 2011, 313 ss., ricorda che dal punto di vista funzionale la disciplina della proprietà intellettuale, della concorrenza sleale e *antitrust* sono strettamente interconnesse e mirano ad assicurare la concorrenza sul mercato. L’autore afferma però che la violazione dei diritti di proprietà intellettuale e industriale costituisce sempre un conflitto attributivo, la violazione delle regole *antitrust* o del divieto di concorrenza sleale dà luogo a un conflitto di tipo aquiliano. Da un lato il sistema si preoccupa di assicurare che il titolare del diritto possa ritrarre ogni utilità – vantaggio competitivo – derivante dal bene immateriale che ne forma l’oggetto sicchè, in una logica proprietaria – quasi che si tratti di un’azione di rivendica –, la violazione delle regole di appartenenza fa sì che occorra restituire il bene con tutti i frutti che ha generato in favore dell’usurpatore, dall’altro lato, invece, il comportamento è vietato per evitare che sia ridotta o esclusa la probabilità di guadagno delle imprese sul mercato sicchè “*In questi casi il danno deve essere liquidato sempre e soltanto valutando in base ad un giudizio ipotetico quanta parte della probabilità di guadagno compatibile con il mercato di riferimento sarebbe stata realizzata dall’impresa colpita dall’illecito se questo non fosse stato compiuto e quanta minore parte è stata realizzata a causa della perturbazione provocata dall’illecito posto in essere. La differenza deve essere attribuita al soggetto pregiudicato così realizzandosi quella funzione compensativa che è tipica degli illeciti derivanti - come si è detto - dall’incompatibilità modale del comportamento posto in essere*” (così a p. 317).

## 4.2. Il risarcimento del danno nel settore della proprietà intellettuale

Nel settore della proprietà intellettuale è possibile svolgere considerazioni di segno differente.

Con la Direttiva n. 48/2004/CE sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, contrasto ai fenomeni della contraffazione e della pirateria e previsione di misure di risarcimento del danno (c.d. direttiva *enforcement*)<sup>803</sup> il legislatore europeo ha inteso armonizzare le discipline dei diversi Paesi membri in relazione agli strumenti utilizzabili per garantire l'osservanza dei diritti di proprietà intellettuale, con l'obiettivo primario di uniformare le regolamentazioni dei diversi Paesi membri e di rendere certi ed efficaci gli strumenti di tutela risarcitoria<sup>804</sup>.

A differenza della Direttiva risarcimenti (104/2014 cit.), la citata Direttiva *Enforcement* non esclude espressamente in positivo la configurabilità di risarcimenti ultracompensativi limitandosi in negativo a sancire l'insussistenza di un obbligo per gli Stati in tal senso<sup>805</sup>. Inoltre, l'art. 13 della Direttiva *de qua* prevede criteri di quantificazione del risarcimento che non rispondono sempre propriamente a una logica compensativa<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup> NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE* in *Riv. Dir. Ind.* 2005, I, p. 33 e ss.; CUNEGATTI, *Prime osservazioni alla Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 "sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale": come dovrà cambiare il diritto d'autore in ambito nazionale*, in *Dir. aut.* 2006, II, p. 169 e ss. La citata direttiva aveva lo scopo pratico di obbligare gli Stati di nuovo ingresso (quelli dell'Est Europa) a dotarsi di misure adeguate di protezione della proprietà intellettuale (così AUTERI, *La Direttiva n. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e la sua attuazione in Italia* in *Studi in onore di Gerhard Schricker* in *Quaderni AIDA* n. 14, Milano, 2005, 15 ss.).

<sup>804</sup> Cfr. da ultimo Commissione UE Comunicazione del 29 novembre 2017, COM(2017) 708 parr. I e II. Nel citato documento orientativo e non vincolante, la Commissione ricorda che il livello di armonizzazione minimo delle legislazioni nazionali previsto dalla Direttiva *Enforcement* (art. 2) ha lasciato ferme alcune eterogeneità di disciplina tra gli Stati membri nell'attuazione e applicazione delle misure, procedure e mezzi di ricorso previsti per la tutela della proprietà intellettuale.

Preso atto che in questo settore si assiste sovente alla previsione di tutele risarcitorie inadeguate e non uniformi, si è cercato di dettare criteri interpretativi omogenei per garantire un ristoro pieno ed effettivo. Ricorda, infatti, la Commissione che: "*L'imprevedibilità dell'entità del risarcimento riconosciuto e la scarsa probabilità di ottenere un adeguato risarcimento per i danni subiti sono state alcune delle principali ragioni addotte per spiegare il motivo per cui i titolari dei diritti non esperiscono mezzi di ricorso di diritto civile in caso di violazione di diritti di proprietà intellettuale. Questo aspetto riveste un'importanza particolare per le PMI. La pratica dimostra che la valutazione del risarcimento per violazione dei diritti di proprietà intellettuale può essere complicata. Di conseguenza, i titolari dei diritti, i magistrati, gli avvocati e il pubblico in generale hanno chiesto maggiore chiarezza giuridica in merito al calcolo dei risarcimenti, nonché una ripartizione più equa*" (così a pag. 3).

<sup>805</sup> Così il considerando n. 26 "*Allo scopo di rimediare al danno cagionato da una violazione commessa da chi sapeva, o avrebbe ragionevolmente dovuto sapere, di violare l'altrui diritto, è opportuno che l'entità del risarcimento da riconoscere al titolare tenga conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali la perdita di guadagno subita dal titolare dei diritti o i guadagni illeciti realizzati dall'autore della violazione e, se del caso, eventuali danni morali arrecati. In alternativa, ad esempio, qualora sia difficile determinare l'importo dell'effettivo danno subito, l'entità del risarcimento potrebbe essere calcolata sulla base di elementi quali l'ammontare dei corrispettivi o dei diritti che l'autore della violazione avrebbe dovuto versare qualora avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale (il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo, ma di permettere un risarcimento fondato*

Nella sentenza 25 gennaio 2017 – causa C-367/2015<sup>807</sup>, difatti, la Corte di Giustizia ha osservato che, sebbene il Considerando 26 della Direttiva *Enforcement* non introduca un obbligo per gli Stati membri di prevedere un risarcimento punitivo, conformemente a quanto sancito dall'art. 13, par. 1, lett. a), dispone che la somma dovuta a titolo di risarcimento deve tener conto della perdita di guadagno subito o dei guadagni illeciti realizzati dall'autore della violazione e, se del caso, dei danni morali sofferti. Qualora sia difficile determinare l'importo dell'effettivo danno subito, il risarcimento può essere determinato in misura forfettaria prendendo a parametro i corrispettivi o i diritti che l'autore della violazione avrebbe dovuto versare qualora avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale (cd. prezzo del consenso o canone ipotetico *ex art. 13, par. 1, lett. b)*<sup>808</sup>.

Ai dubbi interpretativi posti in via pregiudiziale dalla Corte Suprema polacca in ordine alla conformità alla citata disposizione della norma interna che prevede la condanna al risarcimento danni equivalente al doppio del canone ipotetico, la Corte di Giustizia ha dato risposta negativa.

---

*su una base obiettiva, tenuto conto delle spese sostenute dal titolare, ad esempio, per l'individuazione della violazione e relative ricerche)*".

<sup>806</sup> V. sul punto A. PALMIERI, *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, op. cit., 2274 ss.

<sup>807</sup> *Stowarzyszenie "Olawska Telewizja Kablowa w Olawie contro Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie*, in *Giur. It.*, 2017, 1873 ss., con nota di A. CHIABOTTO, *La liquidazione forfettaria del danno da contraffazione*; v. anche P. SAMMARCO, *Brevi note sul pagamento di una somma pari al doppio del prezzo del consenso nei casi di violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Dir. Informazione e informatica*, 2017, 95 ss.; F. PERSANO, *L'ammissibilità dei danni punitivi ai sensi della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale: Il caso SFP c. OTK*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1566 ss.; M. LOPEZ DE GONZALO, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di Giustizia europea*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2017, 435 ss.

<sup>808</sup> Nella citata Comunicazione del 29 novembre 2017, COM(2017) 708, la Commissione UE nell'individuare il rapporto tra i criteri di liquidazione del danno risarcibile alla luce dell'art. 13 paragrafi a) e b) Dir. ha avuto modo di precisare che il ricorso al metodo forfettario è alternativo e rimesso alla scelta del danneggiato o comunque dell'autorità giudiziaria interna che può farvi ricorso ove ritenuto opportuno alla luce delle circostanze del caso concreto tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, vi è la particolare difficoltà nella quantificazione del risarcimento ai sensi della lettera a) (così a pag. 5). Non può quindi ritenersi in linea con le previsioni europee la disciplina nazionale che dovesse limitare il ricorso al metodo forfettario soltanto in ipotesi di impossibilità di quantificazione secondo quanto previsto dalla lett. a) alla luce del considerando 17, dell'art. 3 Dir. e dei principi di effettività e di proporzionalità. Independentemente dal metodo di calcolo adottato – e quindi anche in presenza di quello forfettario che riguarda il danno patrimoniale –, il danneggiato può sempre ottenere il risarcimento del danno morale subito per la violazione del proprio diritto (v. CGUE 16 marzo 2016, C – 99/15, par. 15 – 25, da ora anche causa *Liffers*). Il danno morale, a differenza della somma forfettaria, deve però essere provato dalla parte che lamenta la lesione della propria reputazione, sofferenze, stress emotivo e così via. Il risarcimento limitato al metodo forfettario non ha un sufficiente effetto deterrente e spesso si rivela non pianamente soddisfacente per il danneggiato, di qui l'esame della compatibilità con la disciplina europea di quella nazionale che preveda risarcimenti multipli (CGUE 25 gennaio 2017, causa C-367/15, *Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa w Olawie contro Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie*, EU:C:2017:36, cit., da ora anche Causa OTK). Si è infatti notato che il metodo forfettario non include il rimborso delle spese legate alla ricerca e identificazione della contraffazione, il danno non patrimoniale e gli interessi sulla somma dovuta (CGUE Causa OTK, cit., par. 30 e *Liffers*, punto 18 v. anche Causa OTK punti 26 e 32).

La Direttiva, difatti, come si desume dal considerando 3 e dall'art. 3, par. 2 prevede che le misure, le procedure e i mezzi di ricorso previsti dagli Stati membri debbano essere effettivi, proporzionati e dissuasivi e perciò uno *standard* minimo di tutela che non impedisce agli Stati membri di disporre misure di protezione più incisive (nel medesimo senso, Corte di Giustizia, sent. del 9 giugno 2016, *Hansson*, C-481/14<sup>809</sup>, punti 36 e 40). Del resto, si osserva, il mero versamento a titolo risarcitorio del canone ipotetico non è sufficiente a garantire il risarcimento integrale del danno in cui vanno comprese le spese necessarie per la ricerca e l'identificazione di possibili atti di contraffazione (considerando 26), il danno morale (art. 13, par. 2, lett. a) – cfr. Corte di Giustizia, sent. 17 marzo 2016, *Liffers*, C-99/15<sup>810</sup>, punto 26), e gli interessi.

In termini generali, ad avviso della Corte, il Considerando 26, nella parte in cui dispone che la Direttiva non ha lo scopo di introdurre un obbligo di risarcimento punitivo, non può essere interpretato come un divieto per gli Stati membri di prevedere una misura del genere (par. 27 e 28). Tuttavia, qualora in casi eccezionali il risarcimento quantificato nel doppio del canone ipotetico superi in modo palese e considerevole il danno effettivamente subito, non può escludersi che una simile liquidazione costituisca abuso di diritto vietato dall'art. 3, par. 2 della direttiva (par. 31).

In definitiva, la Corte di Giustizia ritiene che un risarcimento punitivo, per la funzione dissuasiva espressamente richiamata nell'art. 3 della direttiva, non contrasti con la normativa europea di settore, purché non produca un risarcimento che «*superi in modo [...] palese e considerevole il danno effettivamente subito*».

Gli Stati membri possono, conformemente ai loro principi di diritto interno, implementare strumenti risarcitori di tipo ragionevolmente punitivo<sup>811</sup>.

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'attuazione dell'art. 13 Dir. *Enforcement* cit. (avvenuta con d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140) ha condotto alla previsione di un rimedio *sui generis*, di controversa natura giuridica, disciplinato dal terzo comma dell'art. 125 CPI (la cd. reversione dei profitti illeciti) che si aggiunge a peculiari tecniche di liquidazione del danno risarcibile di cui ai primi due commi del medesimo art. 125 CPI.

---

<sup>809</sup> EU:C:2016:419 in *curia.europa.eu*.

<sup>810</sup> EU:C:2016:173 in *curia.europa.eu*.

<sup>811</sup> Per un orientamento di segno contrario secondo il quale la CGUE non avrebbe decretato la compatibilità dei risarcimenti punitivi con la Direttiva, bensì soltanto accreditato una particolare tecnica di liquidazione forfettaria del danno risarcibile entro i confini della responsabilità civile v. MONTANARI, *La reversione dell'utile da lesione di proprietà industriale e il mito dei danni punitivi*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 4-5, 225 ss.

Se ne tratterà diffusamente nel corso del terzo capitolo, insieme con l'art. 158 L. dir.  
Autore.

### 4.3. Il risarcimento del danno cd. “presunto” per l’abusiva reiterazione dei contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato

L’art. 36, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 consente alla pubblica amministrazione di ricorrere alla contrattazione a termine per l’assunzione del personale soltanto in ipotesi tassative (esigenze eccezionali o temporanee) attesa la regola generale<sup>812</sup> che subordina l’accesso ai pubblici impieghi al vittorioso esperimento di procedure concorsuali, di diretta derivazione dal principio costituzionale di buon andamento e imparzialità *ex art. 97 cost.*, a sua volta proiezione del principio di eguaglianza *ex art. 3 cost.*

La violazione delle disposizioni imperative che consentono il legittimo impiego dei contratti a termine da parte della PA non determina, dunque, l’automatica costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato (art. 36, comma 3, *cit.*), bensì soltanto l’insorgenza del diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore<sup>813</sup> (art. 36, comma 5, *cit.*) che, stando alle tradizionali regole codicistiche, soffre significative difficoltà probatorie nel dimostrare l’*an* e il *quantum debeatur* (*v. infra*). Se di tali inconvenienti normalmente non si ha riguardo nelle fattispecie di rilevanza meramente interna, nei settori disciplinati dal diritto europeo, esse potrebbero rilevare ai fini della valutazione di compatibilità della disciplina nazionale con il principio di effettività della tutela dei diritti o obblighi derivanti dalle disposizioni sovranazionali (*cfr.*, per tutte, Cass., Sez. Un, 15 marzo 2016, n. 5072, par. 15).

Per prevenire abusi nella successione dei contratti a tempo determinato, la clausola n. 5<sup>814</sup> dell’accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE<sup>815</sup>, (relativa all’accordo qua-

---

<sup>812</sup> Ricorda PERRINI, *Pot-pourri di precetti, sanzioni e riparazioni: l’incontenibile universo del contratto a termine*, in *Foro it.*, 2016, I, col. 3034, che la stipulazione dei contratti a termine costituisce deroga alla regola della stabilità dell’impiego e alla natura indeterminata del rapporto di lavoro, ribadita dall’art. 1 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e assicurata a livello europeo. La legittimità della stipulazione dipende dall’osservanza delle condizioni prefissate dall’ordinamento per configurare tale deroga perché, in mancanza, opererebbe un’ipotesi di nullità parziale della clausola di apposizione del termine e sostituzione automatica della clausola nulla con la previsione legislativa della durata indeterminata del rapporto di lavoro. Nel settore del pubblico impiego contrattualizzato, tuttavia, si oppone alla conversione il principio del concorso pubblico *ex art. 97 cost.* Pur in presenza di un contratto stipulato in violazione di norme imperative pienamente produttivo di effetti giuridici, la reazione dell’ordinamento si focalizza solamente sul piano risarcitorio.

<sup>813</sup> Al risarcimento del danno in favore del lavoratore pubblico si aggiunge, sotto altro profilo, la responsabilità patrimoniale del dirigente che ha agito in violazione delle norme imperative abusando della contrattazione a termine.

<sup>814</sup> Secondo cui:

«1. Per prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;  
b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;  
c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

dro sul lavoro a tempo determinato, concluso da UNICE, CEEP, CES, GU L175, pag. 43<sup>816</sup>) ha introdotto specifiche misure che il legislatore italiano ha attuato, per il settore privato, con il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368<sup>817</sup>. Ai fini che qui interessano – quello delle sanzioni civilistiche introdotte in conseguenza della violazione delle disposizioni sovranazionali volte a prevenire abusi nella contrattazione a termine – l’art. 5, comma 4 *bis*, d.lgs. 368/2001 cit., aveva previsto espressamente che, la successione di contratti a termine di durata complessiva superiore a quella consentita dalla legge<sup>818</sup>, determinasse la conversione automatica del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato. L’indicata disciplina è stata successivamente trasfusa nell’art. 19, comma 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, oggi vigente, che ha disciplinato organicamente la materia. Rimaneva e rimane tutt’oggi salvo anche il risarcimento del danno subito dal lavoratore nel periodo in cui abbia svolto la prestazione lavorativa in condizione di illegalità, determinato in via semplificata<sup>819</sup> ai sensi dell’art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183 – oggi sostituito dall’art. 28, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 81/2015 cit.<sup>820</sup> –.

---

2. *Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:*

a) *devono essere considerati “successivi”;*

b) *devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».*

<sup>815</sup> La direttiva sopra indicata ha dato attuazione all’accordo quadro stipulato tra le associazioni sindacali comunitarie al dichiarato fine di prevenire le discriminazioni e gli abusi del ricorso al contratto a tempo. Si tratta di una direttiva non autoapplicativa che reca soltanto obblighi di risultato onde assicurare un livello di disciplina uniforme tra gli Stati membri lasciando agli stessi la scelta della forma e dei mezzi (v. punto 15 del preambolo). Non contiene invece un’autonoma disciplina della contrattazione a termine che non rientrerebbe tra le competenze europee.

È bene precisare sin da subito che la citata direttiva, non prevede specifiche sanzioni per l’ipotesi di violazione della citata clausola 5, sicchè rimane ferma, come meglio si vedrà di seguito, la discrezionalità degli Stati membri nella relativa introduzione, ferma l’osservanza dei principi di equivalenza ed effettività.

<sup>816</sup> L’art. 1 della direttiva citata stabilisce che essa mira ad attuare l’accordo quadro che figura nell’allegato concluso tra le organizzazioni intercategoriale di carattere generale (CES, CEEP e UNICE).

<sup>817</sup> Il d.lgs. n. 368/2001 cit. disciplina l’intera materia del contratto a tempo determinato ed è applicabile anche al pubblico impiego in virtù del comma 5 *ter* dell’art. 36, d.lgs. n. 165/2001 introdotto dall’art. 4, comma 1, lett. b), d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito in l. 30 ottobre 2013, n. 125, che esclude, tuttavia, il divieto di conversione del rapporto.

Dal primo gennaio 2017, il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 ha abrogato il d.lgs. n. 368/2001, ridisciplinando la materia, con esclusione della normativa aggiuntiva per il trasporto aereo e i servizi aeroportuali stabilendo che resta fermo quanto disposto dall’art. 36 d.lgs. n. 165/2001.

<sup>818</sup> 36 mesi (comprensiva di proroghe e rinnovi), indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra l’uno e l’altro

<sup>819</sup> Disciplina oggetto di censure di costituzionalità, ma ritenuta legittima da Corte. cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Foro it.* I, 717; Corte cost., ord. 3 maggio 2012, n. 112, in *Foro it.*, 1633, Corte. cost., 25 luglio 2014, n. 226, in *Foro it.*, 2014, I, 2633.

<sup>820</sup> Secondo cui:

*“2. Nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un’indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell’articolo 8 della legge n. 604 del 1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore,*

Si tratta, dunque, di un complesso di misure interne sufficientemente dissuasive, effettive e proporzionate introdotte per sanzionare gli abusi che il legislatore europeo ha inteso scongiurare limitatamente al settore del lavoro privato.

Nel settore del pubblico impiego contrattualizzato vige un regime differenziato<sup>821</sup>; il rapporto di lavoro a termine protrattosi in violazione di legge non è suscettibile di conversione a tempo indeterminato stante il divieto posto dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 cit., ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (Corte cost., 28 marzo 2003, n. 98) e non modificato con il successivo d.lgs. n. 368 del 2001 cit.

In applicazione della normativa speciale da ultimo richiamata (art. 36, d.lgs. n.165/2001), infatti, in caso di violazione delle norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, essendo preclusa la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, residua soltanto il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni subiti (Cass., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350; Cass., Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5072 che conferma il citato indirizzo alla luce delle previsioni contenute nel successivo art. 29, comma 4, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81). Il legislatore, però, non ha dettato alcuna specifica disposizione sugli oneri di allegazione e di prova che il lavoratore avrebbe dovuto affrontare in giudizio, né chiarito quali parametri avrebbe dovuto applicare il giudice per quantificare siffatto risarcimento.

L'indicata disciplina, differenziata a seconda della natura pubblica o privata del datore di lavoro, ha posto non solo questioni di legittimità costituzionale (risolte negativamente dalla citata Corte cost. n. 89/2003 con riferimento al principio di eguaglianza<sup>822</sup>), ma anche problemi di compatibilità con la disciplina europea sopra richiamata.

La CGUE, adita in sede pregiudiziale dai giudici nazionali, ha fornito importanti chiarimenti sulla portata delle disposizioni sovranazionali in commento e sui rapporti intercorrenti con il diritto nazionale definendo i parametri che i legislatori statali sono tenuti

---

*comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.*

*3. In presenza di contratti collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 2 è ridotto alla metà”.*

<sup>821</sup> Di specialità della contrattazione a termine nel lavoro pubblico discorre PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Bari, 2013, 19 ss., 105 ss.; SPEZIALE, voce *Contratto a termine*, in *Enc. dir.*, Milano, 2016, 524 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. L'autore da ultimo richiamato ricorda che, oltre al d.lgs. n. 165/2001, sono stati creati sottosistemi normativi autonomi ulteriormente derogatori del Testo unico in questione (ad esempio in materia di scuola o università).

<sup>822</sup> Il Tribunale di Pisa aveva sollevato questione di legittimità costituzionale (con ordinanza del 7 agosto 2002, DLM, 2003, 213) censurando la disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato con riguardo alla disciplina del contratto a termine, ritenuta infondata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 89/2003 cit. Cfr. anche successivamente Corte cost., 13 settembre 2012, n. 217; Corte cost., 12 maggio 2014, n. 134; Corte cost., 19 maggio 2017, n. 113.



ad osservare per assicurare che le norme limitative del ricorso abusivo alla contrattazione a termine previste in sede europea (adottate in attuazione dell'art. 5 dell'Accordo Quadro) abbiano un apparato sanzionatorio proporzionato, effettivo e dissuasivo<sup>823</sup>.

Anzitutto, l'accordo quadro e la direttiva 99/70/CE trovano applicazione anche per i contratti di lavoro a termine stipulati con le pubbliche amministrazioni<sup>824</sup>, ma la clausola 5 cit. non è sufficientemente precisa sicché la disciplina europea non può qualificarsi autoapplicativa e gli Stati membri conservano margini di discrezionalità in sede di recepimento<sup>825</sup>.

Il diritto europeo consente agli Stati di introdurre un regime differenziato a seconda che si tratti di assunzioni di personale alle dipendenze di datori di lavoro pubblici o privati<sup>826</sup> e non sussiste alcun obbligo di prevedere la necessaria trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato di durata eccessiva (v. CGUE, 4 luglio 2006, C-212/04 "Adelener"; CGUE, 7 settembre 2006 C-53/04 "Marrosu e Sardino"<sup>827</sup>; CGUE, 12 dicembre 2013, C-50/13 "Papalia"). L'indicata disciplina, però, intanto può reputarsi compatibile con il diritto sovranazionale in quanto siano assicurate altre misure interne effettive, proporzionate e dissuasive volte a garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (così CGUE sentenza Marrosu e Sardino cit., punto n. 51) con osservanza dei principi di equivalenza e di effettività<sup>828</sup>. La Corte di Giustizia ha così evidenziato che, sotto il primo profilo

---

<sup>823</sup> Sul punto v. Cass., Sez. Lav., 28 marzo 2019, n. 8671 che richiama CGUE, 7 settembre 2006, punto 49; CGUE, 12 dicembre 2013, punti 19 e 20.

<sup>824</sup> CGUE, C-212/04 "Adelener" cit.; CGUE, C-53/04, "Marrosu e Sardino" cit.; CGUE, 7 settembre 2006, C-180/04 "Vassallo"; CGUE, 8 settembre 2010, C-177/10 "Rosado Santana".

<sup>825</sup> CGUE, 23 aprile 2009, cause riunite C-378/07 - C-380/07; CGUE, 1 ottobre 2010, C-3/10 "Affatato"; Adeneler cit., punto 91; Marrosu e Sardino, cit. punto 47; Angelidaki e a., punti 145 e 183, ordinanze Vassilakis e a., punto 121; Koukou, punto 85, e Affatato, punto 38.

<sup>826</sup> CGUE *Marrosu e Sardino*, cit., punto 48; v. anche CGUE, 14 settembre 2016, *Martinez Andrés*, punto 40 secondo cui l'assenza della trasformazione esige la previsione di un'altra misura efficace.

<sup>827</sup> Il Tribunale di Genova che aveva sollevato la questione pregiudiziale (ordinanza 21.2.2004) ha deciso il giudizio, in seguito alla citata decisione della CGUE, individuando quale rimedio adeguato ed effettivo secondo i parametri europei, non già il risarcimento determinato secondo le ordinarie regole codicistiche, ma la tipica previsione sanzionatoria di cui all'art. 18, commi 4 e 5, l. n. 300/1970 – ante modifiche del 2012 –. Ha quindi quantificato il pregiudizio patito dai ricorrenti in 5 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto aggiungendovi 15 mensilità della indennità sostitutiva della reintegra nel posto di lavoro (liquidata per intero in favore di un ricorrente e ridotta al 10 per cento per l'altro in quanto reimpiegato successivamente alla cessazione dell'ultimo contratto a termine). Tale decisione è stata successivamente confermata in appello (App. Genova, 9 gennaio 2009, n. 974). In sede di legittimità, rilevato il contrasto giurisprudenziale esistente tra le Sezioni semplici per la quantificazione del cd. danno comunitario, la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha rimesso con ordinanza interlocutoria del 4 agosto 2015, n. 16363 l'indicata questione interpretativa, al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. Le Sezioni Unite hanno deciso con la successiva sentenza 15 marzo 2016, n. 5072 cit..

<sup>828</sup> Il risarcimento del danno, dunque, per essere conforme alla citata decisione della CGUE deve avere efficacia dissuasiva, conseguenze non deteriori rispetto al settore privato e tale da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto europeo per la violazione delle regole poste a presidio degli abusi della contrattazione a termine.

(principio di equivalenza), la disciplina nazionale di recepimento non deve essere meno favorevole delle disposizioni che contemplano situazioni analoghe di natura interna, né, sotto il secondo profilo (principio di effettività), deve rendere praticamente impossibile o estremamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico europeo (cfr. CGUE, 14 dicembre 1995, C-312/93, "Peterbroeck").

In questa prospettiva, il risarcimento del danno riconosciuto al lavoratore può considerarsi sanzione adeguata, in alternativa alla conversione (tutela specifica), purchè sia conforme ai citati principi di fonte europea<sup>829</sup>.

Secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, per potere ottenere il risarcimento del danno derivante dalla abusiva reiterazione di contratti a termine oltre i limiti massimi consentiti dalla legge, il lavoratore avrebbe dovuto dimostrare in giudizio non già la semplice violazione di disposizioni imperative (cd. danno - evento) da parte del datore di lavoro pubblico, ma anche l'esistenza di un pregiudizio consequenziale prodottosi nella propria sfera giuridica (cd. danno - conseguenza) quale la rinuncia a migliori opportunità di impiego<sup>830</sup>.

Nella ordinanza Papalia cit., il Tribunale di Aosta ha domandato in via pregiudiziale alla CGUE se siffatta interpretazione delle disposizioni nazionali – che escludono il diritto alla conversione del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato e subordinano in ogni caso il risarcimento alla esistenza di una prova positiva, anche indiziaria, ma pur sempre precisa che il lavoratore abbia dovuto rinunciare ad altre migliori occasioni di lavoro – sia compatibile con il principio di effettività del diritto europeo applicabile al caso in esame.

Secondo la Corte di Lussemburgo, atteso il divieto di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso la PA *ex art. 36*

---

<sup>829</sup> SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 526 - 527 ricorda che il giudice nazionale deve interpretare le disposizioni interne in conformità con il diritto sovranazionale per raggiungere il risultato garantito dalla direttiva con l'unico limite di non compiere interpretazioni *contra legem*. Effettività ed equivalenza non postulano l'adozione di una misura caratterizzata dalla identità di effetti, ma anche il ricorso a sanzioni diverse purchè efficaci.

Sul piano risarcitorio, dunque, occorre che il pregiudizio da ristorare abbia efficacia realmente dissuasiva e conseguenze non meno favorevoli di quelle previste per il settore privato; inoltre, non possono introdursi regole tali da rendere difficile o praticamente impossibile tutelare in giudizio i diritti derivanti dal diritto europeo. Spetta, pur sempre al giudice del rinvio individuare in concreto la sanzione adeguata in caso di violazione e verificarne la compatibilità con la disciplina sovranazionale garantendo che il risarcimento sia in concreto equivalente, effettivo, sufficientemente dissuasivo e proporzionato (Corte Giust. 1 ottobre 2010, C-3/2010, "Affatato").

<sup>830</sup> Non c'è dubbio infatti che durante l'esecuzione della prestazione lavorativa nel periodo di illegalità in favore della PA, il lavoratore continua a percepire la retribuzione, non può avere aspettative giuridiche sulla conversione del contratto illegittimo *ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001* e troverebbe estremamente difficile, se non impossibile, provare di avere perduto migliori occasioni lavorative perché, in quel periodo di riferimento, ha continuato a lavorare presso la PA e spesso la legislazione impone il blocco delle assunzioni a tempo indeterminato. Cfr. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, 528 ss.

cit., perché la disciplina interna possa reputarsi conforme all'accordo quadro «l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato» (così in motivazione, par. 17). Non può dirsi conforme alla clausola 5 cit., la disciplina del risarcimento domandato in giudizio dal lavoratore che «non goda di nessuna presunzione d'esistenza di un danno e, di conseguenza, debba dimostrarne concretamente il medesimo» per le innumerevoli difficoltà che incontrerebbe nel tutelare i propri diritti (impossibilità o eccessiva difficoltà probatoria del pregiudizio patito).

E così, «spetta al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, valutare in che misura le disposizioni di tale diritto miranti a punire il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato rispettino i principi di effettività ed equivalenza» (par. 30), fermo restando che il versamento delle indennità previste dalla legge in favore del lavoratore illegittimamente licenziato rappresenta una situazione diversa da quella della illecita apposizione dei termini nei contratti a tempo determinato (CGUE, 12 dicembre 2013, C-361/12, "Carratù").

L'applicazione giurisprudenziale dei principi di diritto così formulati dalla CGUE ha generato un contrasto interpretativo sui criteri di quantificazione del risarcimento a cui è seguito un importante intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5072 cit.).

In effetti, come rilevato nell'ordinanza interlocutoria n. 163737/2015 cit., alcune decisioni ritenevano che per assicurare una tutela effettiva e dissuasiva al lavoratore questi potesse invocare a proprio favore l'art. 18, commi 4 e 5, della l. 20 maggio 1970, n. 300 – ante modifiche operate con legge 28 giugno 2012, n. 92<sup>831</sup> - mentre, per altro indirizzo, il danneggiato, a prescindere dalla prova del danno – conseguenza per la illecita reiterazione dei contratti a termine, avrebbe potuto ricorrere all'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604<sup>832</sup>, quale sanzione *ex lege* della condotta della PA o all'art. 32, commi 5 e

---

<sup>831</sup> V. in particolare la decisione del Tribunale di Genova che ha occasionato il giudizio dinanzi alle Sezioni Unite. Si tratterebbe di una misura sanzionatoria come quella che monetizza "il valore del posto di lavoro assistito dalla c.d. stabilità reale" così App. Genova, 9 gennaio 2009; v. anche Trib. Foggia, 5 novembre 2009; Trib. Roma, 25 marzo 2011; Trib. Genova, 25 marzo 2011; Trib. Roma, 19 maggio 2011; Trib. Roma, 17 maggio 2011; Trib. Genova 24 maggio 2011; Trib. Bologna 1 marzo 2012, Trib. Milano, 28 novembre 2012; App. Aquila, 9 ottobre 2013, tutte reperibili in *Dejure*.

<sup>832</sup> L'ordinanza interlocutoria n.16373/2015 cit., richiama sul punto Cass., 30 dicembre 2014, n. 27481; Cass., 3 luglio 2015, n. 13655. V. anche Cass., 23 gennaio 2015, n. 1260; Cass., 11 febbraio 2015, n. 2685.

7, L. 4 novembre 2010, n. 183<sup>833</sup>; anche in quest'ultimo caso non sarebbe stata necessaria la dimostrazione del danno effettivamente subito perché il legislatore avrebbe previsto una indennità omnicomprensiva dei pregiudizi causati dalla nullità del termine. Vi erano poi ulteriori decisioni<sup>834</sup> che richiamaivano la liquidazione equitativa giudiziale di cui all' art. 1226 c.c.

Le Sezioni Unite, chiamate a risolvere il contrasto sopra illustrato, hanno riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità della PA ex art. 1218 c.c. per inadempimento degli obblighi di fonte europea (illegittima apposizione del termine o abusiva reiterazione dei contratti a termine in violazione di legge) e chiarito che il danno subito dal lavoratore non consiste nella perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato perché nell'impiego pubblico contrattualizzato vige il principio del concorso pubblico talché, se anche la PA avesse agito legittimamente, il lavoratore non sarebbe stato assunto a tempo indeterminato in assenza di concorso. Il pregiudizio di natura patrimoniale può essere variamente configurato e normalmente consiste nella perdita della *chance* di potere partecipare a un eventuale concorso (che la PA avrebbe dovuto bandire se avesse agito correttamente) oppure di trovare un altro impiego stabile pubblico o privato alternativo (se avesse concluso il rapporto di lavoro nei limiti di legge).

Discostandosi dal tradizionale orientamento che nega la configurabilità del cd. danno *in re ipsa*, le Sezioni Unite in questo specifico ambito, muovendo dalla interpretazione della normativa interna orientata al principio di effettività del diritto europeo violato<sup>835</sup> diretta a prevenire un incidente di costituzionalità per violazione dell'art. 117, primo

---

<sup>833</sup> L'ordinanza interlocutoria n.16373/2015 cit., richiama sul punto Cass., 21 agosto 2013, n. 19371. V. anche Trib. Treviso, 28 gennaio 2011, in *Dejure*; Trib. Mantova, 14 dicembre 2011, in *Leggitalia*; Trib. Milano, 1 marzo 2012, in *Leggitalia*; Trib. Reggio Emilia, 16 maggio 2014, in *Leggitalia*.

<sup>834</sup> Per i diversi criteri utilizzati in giurisprudenza v. diffusamente ANDREONI, *Il risarcimento del danno da violazione della normativa dell'Unione europea*, in A. Allamprese (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Roma, 2015, 67 ss.; FIORILLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, Torino, 2015, 164 ss.; cfr. anche PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato* (artt. 19-29, d.lgs. n. 81/2015), in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 140 ss.

<sup>835</sup> Le Sezioni Unite, richiamano in particolare sul punto l'ordinanza Papalia citata secondo la quale: la clausola 5 dell'accordo quadro osta a una normativa nazionale che "*nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione*".

comma, cost.<sup>836</sup>, hanno configurato il cd. “danno comunitario” discendente automaticamente dalla sola illegittima stipulazione o reiterazione della contrattazione a termine. Il lavoratore è esonerato dall’onere di provare l’esistenza del pregiudizio conseguentemente subito (che sarebbe estremamente difficile, se non impossibile da configurare), giacché il danno è presunto e insito nella stessa violazione della disciplina di derivazione sovranazionale imputabile alla PA. Solo in questo modo è possibile assicurare, seppur sotto il profilo di una agevolazione probatoria, una misura sufficientemente dissuasiva e rafforzare la tutela del prestatore di lavoro pubblico in conformità alla giurisprudenza sovranazionale. Diversamente, occorrerebbe sollevare questione di legittimità costituzionale per il *deficit* di tutela sostanziale cui andrebbe incontro il danneggiato applicando le ordinarie regole risarcitorie.

Dato che il danno non consiste nella perdita del diritto alla assunzione che non è mai esistito, per la quantificazione del risarcimento *ex art.* 36 d.lgs. n. 165/2001 non possono invocarsi le disposizioni sopra richiamate che il legislatore nazionale ha dettato per i licenziamenti illegittimi (art. 18 l. 300/1970; art. 8 l. 604/1966; art. 23 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23).

In virtù del principio di equivalenza, allora, deve ritenersi che il parametro di riferimento sia costituito dall’art. 32, comma 5<sup>837</sup>, della l. 4 novembre 2010, n. 183 (cd. collegato lavoro) seppure dettato con specifico riferimento alla conversione del contratto di lavoro a termine nel settore privato. Data l’identità di *rationes* delle due situazioni in esame (utilizzo della contrattazione a termine al di fuori dei limiti fissati dal legislatore), pur non potendosi riconoscere nel settore pubblico contrattualizzato il diritto alla con-

---

<sup>836</sup> Le Sezioni Unite osservano che la clausola n. 5 dell’accordo quadro non è autoapplicativa e costituisce un parametro interposto per valutare la conformità della normativa interna (art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001) rispetto all’art. 117, primo comma, cost. laddove la disciplina nazionale del risarcimento non sia adeguata rispetto ai parametri europei. Prima di sollevare questione di legittimità costituzionale, a pena di inammissibilità, il giudice nazionale è tenuto a tentare una interpretazione adeguatrice delle disposizioni interne da ricercarsi in un ambito normativo omogeneo, coerente e contiguo (così ai paragrafi 15 e 16 della motivazione).

<sup>837</sup> Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un’indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell’articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

A sua volta, la disposizione da ultimo richiamata, sancisce «*Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un’indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell’impresa, all’anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendente da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro*».

versione, il risarcimento dovrà essere determinato sulla base degli stessi parametri indicati per il settore privato.

L'indennità di cui all'art. 32 cit.<sup>838</sup> (da 2.5 a 12 mensilità dell'ultima retribuzione), costituisce una forma di liquidazione forfettizzata del danno subito dal lavoratore pubblico e prescinde, come ricordato, sia dalla prova dell'*an* che del *quantum* del pregiudizio effettivamente patito<sup>839</sup>. Le Sezioni Unite discorrono espressamente di un danno presunto con valenza sanzionatoria<sup>840</sup> giacché soltanto l'indicato indirizzo interpretativo può soddisfare i requisiti equivalenza, effettività, proporzionalità e dissuasività richiesti a livello europeo nella conformazione dei rimedi interni al diritto sovranazionale<sup>841</sup>.

Si tratta, però, solo di un limite minimo di quantificazione forfettaria del pregiudizio che non impedisce al lavoratore, in virtù del principio di effettività della tutela, di potere ottenere anche un ulteriore risarcimento dimostrando in giudizio, secondo le regole ordinarie, la perdita di eventuali *chances* lavorative oppure che se fosse stato bandito il regolare concorso lo avrebbe probabilmente vinto<sup>842</sup>.

---

<sup>838</sup> Nel settore privato questa indennità è sempre dovuta in aggiunta alla trasformazione in rapporto a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine e si riferisce al periodo compreso tra la cessazione del rapporto di lavoro e la sentenza dalla quale decorre l'obbligo di corrispondere la retribuzione.

<sup>839</sup> Così anche Corte. cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Giust. cost.*, 2012, 553.

<sup>840</sup> Nel senso che il risarcimento deve costituire una sanzione per la violazione delle disposizioni sovranazionali e quindi deve avere come fine principale la punizione del comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, quale "*sostituto funzionale della trasformazione del rapporto in uno stabile*" v. SPEZIALE, op. ult. cit., 528.

<sup>841</sup> GIUBBONI, *Risarcimento del "danno comunitario" da abuso di contratti a termine nel pubblico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *ilgiuslavorista.it*, 13 aprile 2016, secondo cui il principio di equivalenza è rispettato perché le Sezioni Unite, nell'individuare il parametro di determinazione del danno risarcibile, fanno riferimento a una fattispecie analoga a quella in esame, i principi di effettività e di dissuasività sono rispettati garantendo semplificazioni probatorie in favore del lavoratore e una sorta di automatismo risarcitorio e il principio di proporzionalità e adeguatezza deriva dal fatto che il danno presunto comunitario oscilla tra una entità minima e massima, ferma restando la possibilità di provare in giudizio l'esistenza di ulteriori pregiudizi risarcibili secondo le regole ordinarie della responsabilità civile. In realtà l'autore sottolinea che il parametro individuato dalle Sezioni Unite per il pubblico impiego privatizzato, dissociato dalla conversione del rapporto di lavoro prevista per il settore privato, avrebbe potuto porre problemi di compatibilità rispetto al principio di equivalenza (nello stesso senso G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in *Allamprese*, Il risarcimento del danno, cit., 65). Come si vedrà in seguito tale questione è stata risolta dalla CGUE con decisione Santoro di marzo 2018.

<sup>842</sup> Le Sezioni Unite nel precedente sopra citato hanno anche osservato che solo apparentemente il lavoratore privato riceverebbe un trattamento di miglior favore rispetto a quello pubblico. Il primo, infatti, tramite l'indennità di cui all'art. 32, comma 5 cit. vede limitato *ex lege* il proprio diritto al risarcimento del danno poiché correlato alla ulteriore assunzione a tempo indeterminato. Nel secondo, invece, il danno presunto, non esclude che il lavoratore possa provare in giudizio di avere subito ulteriori pregiudizi risarcibili secondo le regole ordinarie della responsabilità civile, costituendo soltanto un risarcimento minimo e forfettizzato.

L'indennità in discorso, trasposta al settore pubblico da quello privato in funzione di agevolazione dell'onere probatorio gravante sul lavoratore, oscilla tra un minimo di 2.5 mensilità a un massimo di 12. Il giudice è tenuto a determinarne il preciso ammontare in base ai fattori dettati dall'art. 8 della l. 604/1966 – licenziamento illegittimo per la tutela obbligatoria – ovvero il numero di dipendenti, le dimensioni dell'impesa, l'anzianità di servizio del lavoratore e il comportamento e le condizioni delle parti. Non sono ammessi criteri di liquidazione alternativi e l'onere di valorizzare le indicate circostanze nel caso concreto ai fini del *quantum debeatur* grava sul lavoratore; viceversa il datore di lavoro proverà in giudizio a smi-

Nonostante il precedente arresto delle Sezioni Unite, il Tribunale di Trapani ha sollevato nuove questioni pregiudiziali<sup>843</sup> nel mese di settembre 2016 sulle quali si è pronunciata la Corte di Giustizia con sentenza 7 marzo 2018, n. 494 (Santoro).

Sempre nel mese di ottobre 2016<sup>844</sup>, il Tribunale di Foggia ha sollevato, questione di legittimità costituzionale<sup>845</sup> dell'art. 10, comma 4 *ter*, d.lgs. n. 368/2001 e dell'art. 36, commi 5, 5-*ter* e 5 *quater*, d.lgs. n. 165/2001 nella parte in cui non permettono di applicare l'art. 5, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 e la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato nel settore della sanità pubblica, né alcun'altra misura preventiva e sanzionatoria, in violazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro sopra

---

nuirne la rilevanza per la riduzione del *quantum* dovuto. L'onere probatorio che grava sul lavoratore riguarda proprio l'esistenza delle citate circostanze e non invece il danno conseguenza. V. PASSALACQUA, *Le Sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella PA optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?* in *Dir. rel. ind.*, 3, 2016, 829 ss.

<sup>843</sup> Il giudice trapanese ha sollevato due questioni pregiudiziali dinanzi alla CGUE; con la prima ha domandato alla Corte di Lussemburgo di valutare se sia conforme ai principi di effettività e di equivalenza l'attribuzione operata dalle Sezioni Unite in favore del lavoratore pubblico vittima di abusiva reiterazione dei contratti a termine di un risarcimento automatico determinato ai sensi dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 (da 2.5 a 12 mensilità dell'ultima retribuzione), salva la possibilità di ottenere il risarcimento integrale solo mediante prova delle *chances* perdute.

Con la seconda questione pregiudiziale, sempre incentrata sul principio di equivalenza della sanzione (il risarcimento deve essere un surrogato della mancata conversione), ha chiesto alla CGUE valutare se lo Stato che non applichi la conversione del rapporto di lavoro, debba garantire al lavoratore la medesima utilità mediante il risarcimento del danno che abbia ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato.

Sarebbe, infatti, estremamente difficile se non impossibile per il lavoratore provare la perdita di opportunità di impiego per conseguire un risarcimento pieno o che avrebbe superato un ipotetico concorso pubblico. La dimostrazione della esistenza di un danno sarebbe puramente teorica e astratta.

<sup>844</sup> Trib. Foggia, ordinanza del 26 ottobre 2016, n. 32 reperibile in *Foro it.*, 2017, *Merito extra*, 2017.762.1

<sup>845</sup> Il giudice *a quo* era stato adito da lavoratori alle dipendenze dell'Istituto zooprofilattico sperimentale (IZP) della Puglia e Basilicata per l'accertamento della illegittima protrazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato e conseguente trasformazione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato *ex art. 5*, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 cit. atteso che l'Istituto convenuto in giudizio costituiva un ente pubblico economico, oltre al risarcimento del danno subito dagli stessi. L'IZP, invece, riteneva applicabile al caso di specie l'art. 10, comma 4 *ter*, d.lgs. 368/2001 che esclude l'applicabilità della disciplina di cui al citato art. 5, comma 4 *bis* per il personale assunto alle dipendenze del Servizio Sanitario Nazionale; rilevava inoltre che i lavoratori non avrebbero provato l'esistenza di un danno concretamente patito. I lavoratori chiedevano di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'indicata disposizione così come dell'art. 36, commi 5, 5 *ter* e 5 *quater* del d.lgs. n. 165/2001 poiché non consentirebbero la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato per il personale sanitario in violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, cost. atteso che la disciplina nazionale non conterrebbe alcuna forma di tutela sanzionatoria rispetto all'abusiva reiterazione dei contratti a termine, impedita a livello europeo, e parallelamente a quanto sancito dalla stessa corte cost. con sentenza 20 luglio 2016, n. 187 per il settore scolastico. In tale ultima decisione infatti il Giudice delle leggi ha dichiarato "*l'illegittimità costituzionale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustifichino*". Non potendo l'indicata disciplina settoriale trovare applicazione al settore sanitario, si incorrerebbe nel rischio che non siano previste misure sanzionatorie adeguate per gli abusi della contrattazione a termine in questo campo.

citato e degli artt. 3,4,24,35, 87, 101, 104, 111, 117 cost.<sup>846</sup>. Una questione incentrata, dunque, sulla estensione della tutela della stabilità lavorativa nel settore pubblico inteso in senso lato.

La CGUE (sentenza 7 marzo 2018 Santoro cit.) ha ribadito che la clausola n. 5, punto 1, dell'accordo quadro fissa come obiettivo generale la prevenzione degli abusi, fermi i mezzi a disposizione degli Stati per conseguirlo. Se il diritto europeo non prevede sanzioni specifiche per l'ipotesi in cui vengano accertati abusi, *«spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro»* (così in motivazione, par. 29).

Le modalità di attuazione di tali norme non devono risolversi nella lesione del principio di equivalenza o di effettività sicchè, in caso di successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, *«dev'essere possibile applicare una misura dotata di garanzie effettive ed equivalenti di protezione dei lavoratori per punire debitamente detto abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione»* (così par. 31. Si veda anche CGUE, sentenza del 26 novembre 2014, Mascolo e a., C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401, punto 79 e la giurisprudenza ivi citata).

La previsione dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 – ammontare forfettario del risarcimento, salva la prova di ulteriori pregiudizi subiti dal lavoratore – limita il danno risarcibile nel settore privato e offre, come osservato, un'agevolazione probatoria per il personale del settore pubblico privatizzato sicchè non avvantaggia i lavoratori dell'uno rispetto all'altro ambito.

Inoltre, in sede europea la CGUE non può valutare, sotto il profilo dell'osservanza del principio di equivalenza, le misure sanzionatorie previste per il settore pubblico rispetto a quelle del settore privato proprio perché non sussiste alcun obbligo per gli Stati membri di disporre la trasformazione dei contratti a termine imposto a livello sovranazionale. La concessione di siffatta indennità risarcitoria, accompagnata dalla possibilità per il lavoratore di ottenere il risarcimento del danno integralmente subito - sebbene mediante il ricorso a prove presuntive - è conforme al diritto europeo purchè assistita da meccanismi sanzionatori effettivi e dissuasivi che il giudice del rinvio deve verificare<sup>847</sup>.

---

<sup>846</sup> PUTATURO DONATI, *Precariato pubblico, effettività della tutela anti abusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, ADL, 2017, 65 ss.; G. CALVELLINI, *Contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: si torna alla Consulta*, RGL, 2017, II, 110 ss.

<sup>847</sup> Così la Sentenza CGUE “Santoro” citata sul punto che in sostanza avalla l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite del 2016: *«La clausola 5 dell'accordo quadro [...] dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che, da un lato, non sanziona il ricorso abusivo, da parte di un*



Le Sezioni Unite nella citata sentenza n. 5072/2016 avevano già precisato che, oltre al risarcimento, la disciplina interna prevede una serie di ulteriori disposizioni di “contorno” che contrastano con particolare forza dissuasiva l’abuso nella contrattazione a termine (in particolare, il regime della responsabilità dirigenziale v. *supra*) sicchè può ritenersi che la disciplina nazionale, per come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, sia pienamente conforme a quella europea.

Tale orientamento è stato da ultimo confermato dalla Corte costituzionale con sentenza 27 dicembre 2018, n. 248<sup>848</sup> che ha respinto la citata questione di legittimità costituzionale dell’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 in virtù della interpretazione adeguatrice fornita dalle Sezioni Unite (divieto di conversione assistito da automatismi risarcitori). Nell’indicata decisione il Giudice delle leggi ha sostenuto che l’orientamento in parola assicura alla disciplina interna piena compatibilità con il diritto sovranazionale mediante la introduzione, per via interpretativa, di una misura sanzionatoria adeguata (punti 8 – 10 della motivazione). Nello stesso senso si è pronunciata anche la successiva giurisprudenza di legittimità<sup>849</sup>.

Alcuni autori hanno osservato che il risarcimento del cd. danno comunitario in realtà non assumerebbe portata ultracompensativa e non sarebbe assimilabile ai *punitive damages* anglosassoni perché consente di ristorare, in misura minima, la lesione dei diritti conferiti a livello europeo in dipendenza di violazioni imputabili alla PA anche se la liquidazione del risarcimento avviene senza prova del danno subito dal lavoratore sicchè può considerarsi *in re ipsa*.

Il profilo della sanzione si rinverrebbe, invece, nelle ulteriori conseguenze negative che derivano *ex lege* per il soggetto pubblico (divieto di assunzione per altri 3 anni, responsabilità erariale per i dirigenti, perdita della retribuzione di risultato, nullità).

In assenza di misure interne adeguate a prevenire le violazioni del diritto sovranazionale e ad assicurare una tutela specifica al lavoratore, si è cercato di individuare, mediante

---

*datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, a una successione di contratti a tempo determinato mediante il versamento, al lavoratore interessato, di un'indennità volta a compensare la mancata trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato bensì, dall'altro, prevede la concessione di un'indennità [...], accompagnata dalla possibilità, per il lavoratore, di ottenere il risarcimento integrale del danno dimostrando, mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato, purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»*

<sup>848</sup> In *Foro it.*, 2019, I, 365 con nota di PERRINO - ROMBOLI.

<sup>849</sup> Tra le tante Cass., sez. lav., 02/03/2017, n. 5319; Cass., sez. VI, 03/12/2018, n.31174; Cass., sez. lav., 04/02/2019, n.3189; Cass., sez. lav., 28/03/2019, n.8671; Cass., sez. lav., 07/06/2019, n.15509.

Per la estensione del predetto orientamento ai contratti di somministrazione di lavoro a termine Cass., sez. lav., 16/01/2019, n.992. Sui criteri di liquidazione, si rinvia al cap. III, parte II, par. 3.

semplificazione probatoria, una sanzione effettiva minima nel risarcimento, attesa l'impossibilità di procedere alla conversione del rapporto di lavoro nel settore pubblico<sup>850</sup>.

In questo quadro si inserisce anche CGUE, 25 ottobre 2018, n. 331/17 in *Foro it.*, 2018, IV, 568 intervenuta in materia di fondazioni lirico – sinfoniche<sup>851</sup>. La Corte di Lussemburgo ha avuto cura di precisare che l'esclusione della trasformazione - volta a sanzionare l'abusiva successione della contrattazione a termine oltre i limiti di durata previsti dalla legge -, in assenza dell'indicazione di specifiche ragioni obiettive<sup>852</sup> che possano giustificarla, si pone in contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro cit. se il legislatore nazionale non ha previsto nessun'altra misura effettiva che sanzioni gli abusi della contrattazione a termine accertati nel settore *de quo*<sup>853</sup>.

Nella pronuncia in esame la CGUE ha ribadito che solo in alcune circostanze la successione della contrattazione a termine può reputarsi legittima perché è compito del diritto sovranazionale garantire la stabilità dell'impiego (punto 31); gli Stati membri sono così

---

<sup>850</sup> SIOTTO, *La via giurisprudenziale europea per la tutela risarcitoria dei precari pubblici*, in *Riv. it. dir. del lavoro*, 3, 2018, 693 ss.

<sup>851</sup> Nel caso di specie una lavoratrice è stata assunta dal Teatro dell'Opera di Roma dal 26 giugno 2007 al 30 ottobre 2011 con più contratti a termine nei quali non erano indicate le "esigenze tecniche, organizzative o produttive specifiche" che avrebbero permesso l'utilizzazione di contratti a tempo determinato. Ha quindi domandato al Tribunale di Roma di accertare l'illegittimità dei termini apposti e la conseguente conversione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato e il risarcimento dei danni conseguentemente subiti. Il Tribunale, facendo leva sulla disciplina settoriale che esclude l'applicabilità della disciplina di diritto comune (v. nota successiva), ha rigettato le domande proposte. La Corte di Appello di Roma, ha sollevato questione pregiudiziale chiedendo alla CGUE di chiarire «*Se la normativa nazionale (in particolare di cui all'art. 3, 6° comma, d.l. 30 aprile 2010 n. 64, [recante disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali], convertito, con modificazioni, nella l. 29 giugno 2010 n. 100, nella parte in cui stabilisce che: 'Non si applicano, in ogni caso, alle fondazioni lirico-sinfoniche le disposizioni dell'art. 1, commi 01 e 2, d.leg. [368/2001]'), sia contraria alla clausola 5 dell'[accordo quadro]*».

<sup>852</sup> L'art. 3 della L. 22 luglio 1977 n. 426, provvedimenti straordinari a sostegno delle attività musicali (G.U.R.I. n. 206, del 28 luglio 1977), vieta, a pena di nullità, «*i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, comporterebbero la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato*». Parallelamente l'art. 11, comma 4, d.lgs. n. 368/2001 cit. stabilisce che gli artt. 4 (riguardante la proroga per durata iniziale inferiore a tre anni per ragioni oggettive e per una sola volta) e 5 (riguardante la conversione se la successione dei contratti eccede i 36 mesi) non si applicano al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale.

Il successivo art. 3, comma 6, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64 – convertito con legge 29 giugno 2010, n. 100 – sancisce, che l'art. 3, 4° e 5° comma, l. 22 luglio 1977 n. 426, relativa a provvedimenti straordinari a sostegno delle attività musicali, continua ad applicarsi alle fondazioni lirico-sinfoniche, nonostante la loro trasformazione in soggetti di diritto privato e che le disposizioni dell'art. 1, commi 1 (il termine può essere stabilito per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo) e 2 (tali ragioni devono essere specificate per iscritto), d.leg. 368/01, applicabile *ratione temporis*, non si applicano alle fondazioni lirico-sinfoniche.

Nello stesso senso successivamente, ancorchè non applicabile *ratione temporis* al caso sottoposto all'esame della CGUE, l'art. 29 d.lgs. n.81/2015 laddove esclude l'applicabilità alle fondazioni lirico – sinfoniche l'art. 19 che fissa le regole per l'apposizione del termine, modificate dall'art. 2, comma 1 *ter* d.l. 87/2018, convertito con legge n. 96 del 2018.

<sup>853</sup> Così punto 60 e, in precedenza, sentenze 14 settembre 2016, Martínez Andrés e Castrejana López, C-184/15 e C-197/15, EU:C:2016:680, punto 41, *Foro it.*, Rep. 2016, voce cit., n. 1961, nonché 7 marzo 2018, Santoro, C-494/16, EU:C:2018:166, cit., punto 34.

tenuti ad adottare almeno una delle misure indicate al punto 1), lett. a – c) della clausola 5 cit. se non esistono altre misure equivalenti di diritto interno per scongiurare abusi in danno dei diritti dei lavoratori.

Nel caso delle fondazioni lirico – sinfoniche, la disciplina interna non risponde ad alcuna delle previsioni contenute nelle lettere a – c), punto 1, clausola 5 cit. perché il datore di lavoro non è tenuto a indicare le ragioni obiettive per l'utilizzazione dei contratti a termine, non è tenuto ad osservare un limite di durata massima del termine o del numero dei rinnovi dei contratti in successione<sup>854</sup>.

Bisogna valutare, purtuttavia, se esistano specifiche ragioni obiettive che giustifichino una simile disciplina derogatoria.

Nel settore della cultura e dello spettacolo possono costituire valide ragioni obiettive solo *esigenze provvisorie e specifiche* del datore di lavoro connesse alla rappresentazione di uno spettacolo (così in motivazione, punti 47 – 49) mentre va escluso che, in assenza di esse, sia possibile in ogni caso derogare la disciplina della clausola 5 cit. nello svolgimento della ordinaria attività delle fondazioni lirico – sinfoniche (esigenze permanenti e durature). La disciplina nazionale è dunque illegittima sotto il profilo eurounitario perché esclude *sic et simpliciter* l'applicabilità del regime di diritto comune alla contrattazione a termine di settore senza specificare alcuna condizione obiettivamente verificabile in presenza della quale sarebbe giustificato tale trattamento derogatorio - in difetto di altre misure sanzionatorie interne ..

Come indicato nella precedente sentenza Santoro cit., intanto l'esclusione della conversione può ritenersi conforme alla clausola 5 cit., in assenza di diverse e specifiche ragioni derogatorie, purchè esista un'altra misura effettiva come sarebbe, appunto, il risarcimento presuntivo di ammontare predeterminato di cui sopra e salva la possibilità di provare l'esistenza di un ulteriore danno risarcibile mediante presunzioni accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo che deve individuare il giudice nazionale.

---

<sup>854</sup> I contratti a termine in questo settore, per quanto osservato *supra*, sono infatti esclusi dal campo di applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 328/2001.

#### 4.4. *Segue*: Il risarcimento del danno per le discriminazioni lavorative dovute a ragioni di genere

Sempre in materia lavoristica la CGUE, con riferimento alle discriminazioni subite dal lavoratore per ragioni di genere, ha sancito che i provvedimenti atti a ristabilire l'effettiva parità di trattamento<sup>855</sup> devono assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace con portata dissuasiva reale nei confronti del datore di lavoro<sup>856</sup>.

Nel caso *Camacho* ha affermato che, per il ripristino della situazione di *par condicio* in presenza di licenziamenti discriminatori, sia necessaria la riassunzione del soggetto discriminato o la previsione di un risarcimento adeguato<sup>857</sup>.

---

<sup>855</sup> Tra i valori fondanti dell'Unione Europea, l'art. 2 TUE menziona l'eguaglianza e la non discriminazione; a sua volta l'art. 19 TFUE, abilita l'Unione ad adottare provvedimenti per "combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

La centrale rilevanza della parità di trattamento a livello europeo è confermata da ulteriori fonti normative; l'art. 21 CDFUE inserisce tra i diritti fondamentali la non discriminazione, e la parità di trattamento tra uomini e donne, precisa l'art. 23 CDFUE, deve essere assicurata in tutti i campi, compresa l'occupazione, il lavoro e la retribuzione.

Più specificamente, per il divieto di discriminazione fondato su ragioni di sesso v. l'articolo 8 del TFEU e l'articolo 159 del TFEU, nonché la Direttiva 2006/54/CE. Per ragioni razziali v. Direttiva 2000/43/CE e di religione, convinzioni personali, *handicap*, età o tendenze sessuali, v. la Direttiva 2000/78/CE.

Ai fini che qui interessano, va evidenziato che la centralità del divieto di discriminazione sancito a livello europeo si traduce nella previsione in favore del lavoratore danneggiato del diritto di ottenere una riparazione proporzionata, effettiva e dissuasiva. In particolare, l'articolo 18 della Direttiva 2006/54/CE prevede che "Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito". Analoga previsione figura nell'articolo 25 Dir. 2006/54/CE, nell'art. 15 Direttiva 2000/43/CE e nell'art. 17 della Direttiva 2000/78/CE.

<sup>856</sup> V. CGUE *von Colson e Kamann*, EU:C:1984:153, punti 23 e 24; *Dekker*, EU:C:1990:384, punto 23; *Marshall*, EU:C:1993:335, punto 24; *Draehmpaehl* EU:C:1997:208, punto 25, *Paquay*, C-460/06, EU:C:2007:601, punti 45 e 49.

<sup>857</sup> CGUE, 17 dicembre 2015, n. 407/14 in *Foro it.*, 2016, IV, 98, n. VENCHIARUTTI, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 715, n. MALZANI, in *Danno e resp.*, 2016, 583, n. MANFRON *Mass. giur. lav.*, 2016, 344, n. ROMEO – URSO, *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2016, 356, *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 125 (m), n. GUARISOR *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 444, n. CALAFÒR, *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2016, 865 (m)

<sup>857</sup> v. CGUE *von Colson e Kamann*, 14/83, EU:C:1984:153, punti 23 e 24; *Draehmpaehl*, C-180/95, EU:C:1997:208, punto 25, *Paquay*, C-460/06, EU:C:2007:601, punto 45).

Il caso di specie concerne una lavoratrice spagnola che, dopo aver tentato infruttuosamente una conciliazione stragiudiziale con il proprio datore di lavoro, ha impugnato il licenziamento intimatole per ragioni discriminatorie e chiesto la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno conseguentemente patito, quantificato in euro 6.000. Il Giudice del lavoro di Cordoba, accertata la nullità del licenziamento e rilevato che la somma di 3.000 euro costituiva integrale riparazione per i pregiudizi subiti dalla lavoratrice, ha sollevato questione pregiudiziale interpretativa dinanzi alla CGUE dell'art. 18 Dir. 2006/54/CE avente ad oggetto l'attuazione del principio della pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Il giudice spagnolo, in particolare, ha domandato alla CGUE «Se l'articolo 18 della direttiva 2006/54, nella parte in cui prevede il carattere dissuasivo (oltre che effettivo e proporzionato al danno subito) dell'indennizzo alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso, possa essere interpretato nel senso che autorizza il giudice nazionale a pronunciare una condanna veramente addizionale per danni punitivi ragionevoli: vale a dire, per un importo addizionale che, pur essendo superiore alla riparazione integrale dei reali danni subiti dalla vittima, serva come esempio per altri (oltre che per l'autore stesso del danno), mantenendosi tuttavia entro i limiti della proporzionalità; e ciò anche qualora tale figura di danni punitivi sia estranea alla stessa tradizione giuridica del giudice nazionale».

Ancora una volta, come già notato per l'abusiva reiterazione dei contratti a termine, ci si interroga se, al fine di garantire effettività al principio della parità di trattamento tra uomo e donna in sede lavorativa, si possano introdurre in via interpretativa e in favore delle vittime di discriminazioni risarcimenti di natura sanzionatoria aventi portata dissuasiva ex art. 18 Dir. 2006/54/CE ispirati al modello dei *punitive damages* – sempre che proporzionati – in un ordinamento di *civil law*, quale quello spagnolo, nel quale, secondo il giudice del rinvio, i cd. danni punitivi non esistono<sup>858</sup>.

Il vero problema è quello di chiarire se la dizione di *dissuasività*, di matrice europea, collegata al risarcimento possa consentire oppure fraporsi alla liquidazione di un risarcimento che ecceda la riparazione integrale del pregiudizio<sup>859</sup>.

La CGUE, dopo avere specificato nella sentenza in esame che l'art. 18 della Dir. 2006/54 cit. riproduce essenzialmente quanto già previsto dal precedente art. 6, par. 2, della Dir. 76/207 - come modificato dalla direttiva 2002/73<sup>860</sup> -, ha statuito che il diritto europeo non impone l'adozione di una determinata sanzione per la violazione del divieto di discriminazione<sup>861</sup>; gli Stati membri, pur conservando ampi margini di discrezionalità, devono soltanto garantire una tutela giurisdizionale effettiva ed efficace e misure interne con effetti dissuasivi reali<sup>862</sup>.

---

La disciplina interna spagnola (L'articolo 10 della legge organica n. 3/2007 sull'effettiva uguaglianza tra uomini e donne (*Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*), del 22 marzo 2007 (BOE n. 71, del 23 marzo 2007, pag. 12611), prevede quali conseguenze della accertata condotta discriminatoria “*un sistema di riparazioni e indennizzi che devono essere reali, effettivi e proporzionati al danno subito, nonché, se del caso, ... un sistema di sanzioni efficace e dissuasivo che previene la realizzazione di condotte discriminatorie*”.

L'articolo 183 della legge 36/2011 che disciplina la giurisdizione sociale (Ley 36/2011, BOE n. 245, 11 ottobre 2011), rubricato «Indennizzi», prevede:

«1. Quando una sentenza dichiara che vi è stata violazione, il giudice è tenuto a pronunciarsi in merito all'entità dell'indennizzo che, se del caso, spetta alla parte ricorrente per aver subito una discriminazione o un'altra violazione dei suoi diritti fondamentali e delle sue libertà civili, in funzione sia del danno morale unito alla violazione del diritto fondamentale, sia degli ulteriori danni derivati.

2. Il tribunale è tenuto a pronunciarsi in merito all'entità dell'indennizzo, determinandolo prudenzialmente quando la prova del suo importo esatto risulti troppo complicata o onerosa, in modo da risarcire la vittima in modo sufficiente e operare, nei limiti del possibile, un'integrale rimessione in pristino della situazione precedente alla violazione, nonché in modo da contribuire alla finalità di prevenire il danno».

<sup>858</sup> Per ulteriori rilievi sui risarcimenti punitivi in Spagna v. *retro* Cap. I, Parte II, par. 4.

<sup>859</sup> MALZANI, *Licenziamento discriminatorio e danno “punitivo ragionevole”*: verso il superamento di un (apparente) ossimoro, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2016, 720.

<sup>860</sup> L'indicata Direttiva è intervenuta per adeguare la disciplina del citato art. 6 agli orientamenti giurisprudenziali espressi dalla stessa CGUE nelle sentenze *Marshall* cit., nonché *Draehmpaehl* cit., così come risulta dal considerando n. 18 dir. 2002/73. Nella decisione in esame, la CGUE riprende conseguentemente gli orientamenti consolidatisi sotto il previgente regime e li trasferisce alla disciplina successiva immutata sul punto.

<sup>861</sup> v. CGUE *von Colson e Kamann*, cit., punto 18; *Marshall*, cit., punto 23; *Paquay*, cit., punto 44; *Camacho* cit. punto 30

<sup>862</sup> V. *Camacho* cit. punto 31.

In caso di licenziamento discriminatorio il ripristino delle condizioni di parità tra uomo e donna esige che il datore di lavoro riassuma il soggetto discriminato o, in alternativa, gli riconosca un risarcimento per il danno subito che, per la CGUE, deve essere adeguato «nel senso che deve consentire un'integrale riparazione del danno effettivamente subito a seguito del licenziamento discriminatorio, sulla base delle pertinenti norme nazionali» (così in motivazione, par. 33)<sup>863</sup>. Quale misura alternativa alla riassunzione, di regola, esso non potrà eccedere i pregiudizi effettivamente subiti dal lavoratore<sup>864</sup>.

Infatti, mentre l'art. 18 dir. cit., rubricato «risarcimento o riparazione», concerne l'indennizzo o la riparazione che gli Stati prevedono in favore della vittima della discriminazione in quanto dissuasivi e proporzionati al danno subito, il successivo art. 25 dir. cit.<sup>865</sup>, contempla le «sanzioni» che gli Stati introducono per la violazione delle norme attuative della direttiva antidiscriminatoria. Tra queste ultime figura anche il risarcimento del danno che, se concepito dal diritto interno in chiave sanzionatoria, come tutte le altre sanzioni, deve essere effettivo, proporzionato e dissuasivo. La disposizione da ultimo citata, in altri termini, risponde al principio di equivalenza nel senso che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che le violazioni del diritto europeo siano sanzionate con le stesse misure previste per analoghe violazioni interne purchè proporzionate, effettive e dissuasive<sup>866</sup>.

Per la CGUE, dunque, gli Stati hanno solo facoltà, ma non l'obbligo di introdurre un risarcimento concepito in chiave sanzionatoria<sup>867</sup> e, in mancanza di una specifica previsione in tal senso, non sono ammessi i cd. danni punitivi. Il risarcimento o l'indennizzo può reputarsi dissuasivo e proporzionato secondo il diritto sovranazionale se, alla luce

---

<sup>863</sup> Già nei precedenti sopra citati la CGUE aveva equiparato l'adeguatezza del risarcimento alla integralità e pienezza dello stesso v. CGUE *Von Colson* cit. (punti 23 e 28). Successivamente CGUE *Marshall* cit. (punto 26).

<sup>864</sup> Se l'obbligo di risultato è quello di ristabilire le condizioni di parità di sesso violate, gli Stati possono provvedervi in forma specifica con la riassunzione del soggetto discriminato ovvero, per equivalente, con un risarcimento pienamente riparatorio v. MANFRON, *La riparazione dissuasiva non impone i danni punitivi (e nemmeno la deterrenza)*, in *Danno e resp.*, 6, 2016, 585 ss.

<sup>865</sup> L'articolo 25 della direttiva 2006/54, rubricato «Sanzioni», prevede:

«Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento dei danni, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano le relative disposizioni alla Commissione entro il 5 ottobre 2005 e provvedono poi a notificare immediatamente le eventuali modificazioni successive».

<sup>866</sup> MANFRON, cit., 587 ss. secondo il quale i risarcimenti punitivi sono soltanto tollerati dalla CGUE a livello europeo e non certamente imposti allorchè, in forza del principio di equivalenza, siano conformi ai principi del diritto interno; nello stesso senso VENCHIARUTTI, *Punitive damages per licenziamento discriminatorio al vaglio della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, IV, 2016, col. 105. Cfr. anche VANLEENHOVE, *Punitive damages and European law: quo vademus?*, cit., 340 ss.

<sup>867</sup> Anche luce dell'art. 27 dir. che permette di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per la vittima

delle regole interne, sia idoneo a riparare tutti i pregiudizi sofferti dal danneggiato. Se invece per la violazione di norme nazionali in ipotesi equivalenti sono previsti risarcimenti ultracompensativi, allora anche analoghe violazioni di norme europee reclameranno lo stesso rimedio. Posto che nulla dispone il diritto europeo sul punto, spetta al legislatore nazionale fissare i criteri che influiscono sulla determinazione del risarcimento purchè siano rispettati i principi di equivalenza ed effettività<sup>868</sup>.

Se il problema è quello di assicurare secondo il diritto interno la riparazione integrale del pregiudizio subito dal lavoratore, qualche ambiguità può riscontrarsi per la liquidazione del risarcimento dei danni non patrimoniali. Come rilevato dallo stesso Avvocato Generale nelle proprie conclusioni (parr. 41 e 57 - 58) il giudice interno potrà modulare l'entità del danno risarcibile avendo riguardo al parametro del «*grado di gravità della violazione*» così imprimendo al risarcimento una venatura deterrente o addirittura punitiva. Ne consegue che la piena equivalenza tra risarcimento adeguato – integrale e dissuasivo propugnata dalla CGUE potrebbe porre concreti problemi applicativi in sede di liquidazione del danno non patrimoniale<sup>869</sup> anche nei Paesi di *civil law* che formalmente non conoscono i *punitive damages*<sup>870</sup>.

Si noti che la posizione espressa dalla CGUE nel caso in esame è meno coraggiosa e netta rispetto ai precedenti resi in materia di abuso della contrattazione a termine ove la Corte di Lussemburgo discorre espressamente di fine sanzionatorio dell'abuso, di deterrenza per il datore di lavoro ed eliminazione delle conseguenze derivanti dalla violazione del diritto europeo<sup>871</sup>.

---

<sup>868</sup> CGUE sentenza *Camacho* cit., punto 44 che richiama la posizione espressa nella precedente sentenza *Manfredi* cit. punti 92 ss. di centrale importanza perché, tramite il principio di equivalenza, consente di assicurare la coesistenza di tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law* profondamente diverse v. CERAMI, *L'interpretazione delle sentenze delle corti europee*, in *Scienza giuridica interpretazione e sviluppo del diritto europeo*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2013, 225 ss. V. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale punti 46 e ss. il quale rileva che la ammissibilità di un risarcimento ultracompensativo sarebbe stata esclusa dalla mancata armonizzazione della disciplina europea in tema di condizioni del risarcimento del danno e dalla difficoltà di riconoscere un effetto diretto all'art. 18 dir. 54/2006 cit. in un caso in cui il datore di lavoro non era un'autorità dello Stato.

<sup>869</sup> MANFRON, cit., 589 – 590; MALZANI, cit., 723; cfr. anche CALAFÀ, *Sul risarcimento "dissuasivo" del danno da discriminazione nel diritto UE*, in *Riv. it. dir. del lavoro*, 2, 2016, 444 ss. la quale nota sul piano sistematico che nella direttiva 2006/54 cit. gli artt. 18 e 25 sono entrambi posti tra le *Disposizioni orizzontali* del Titolo III; l'art. 18 (risarcimento o riparazione) rientra tra i *Mezzi di tutela* mentre l'art. 25 (Sanzioni) tra le *Disposizioni generali orizzontali*. Rispetto alla regola della equivalenza tra risarcimento adeguato e riparazione integrale sostenuta in passato dalla CGUE in virtù del solo art. 6, dir. 76/207 cit., tale modifica normativa avrebbe reso meno certa l'assenza di una funzione sanzionatoria sottesa al risarcimento.

Nel caso di specie, invece, il giudice nazionale aveva già ritenuto che fosse adeguato e comprensivo anche dei pregiudizi morali la somma di euro 3.000 sicchè una simile problematica non si è posta come rilevato al punto 41 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

<sup>870</sup> Per ulteriori approfondimenti v. *retro* Cap. I, Parte II, Par. 1 e ss.

<sup>871</sup> V. CGUE, 7.9.2006 Marrosu, Sardino, cit.; CGUE Adeneler cit.; CGUE Vassallo, cit.; CGUE Angelidaki cit.

Si è osservato criticamente che l'applicabilità della disciplina europea in commento presuppone condotte del datore di lavoro particolarmente gravi e riprovevoli (licenziamento discriminatorio/ritorsivo) la quale soltanto giustifica l'applicazione di sanzioni che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. L'indicata pronuncia, invece, ha reso sostanzialmente equivalente per il datore di lavoro le conseguenze di un licenziamento *ad nutum* rispetto a un licenziamento dotato di particolare carica offensiva perché discriminatorio. Il datore di lavoro è assolutamente indifferente e non è in alcun modo "dissuasivo" dal commettere violazioni del principio di eguaglianza se il risarcimento compensativo è l'unica *sanzione* civilistica cui possa andare incontro. Secondo il citato orientamento il requisito della dissuasività avrebbe richiesto un risarcimento che fosse, come specificato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale citate, adeguato alla gravità della condotta posta in essere in violazione del principio di non discriminazione perseguito e garantito a livello europeo. Sarebbe stato necessario, proprio in virtù del diritto sovranazionale, configurare un rimedio adeguatamente differenziato in ragione della peculiare condotta offensiva tenuta dal datore di lavoro<sup>872</sup>, anche ultracompensativo.

---

<sup>872</sup> In tal senso QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 95 – 96.



### **CAP III**

## **LE DIVERSE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITA' CIVILE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO E I RISARCIMENTI CON FUNZIONE PUNITIVA E/O DETERRENTE**



## PARTE I

### IL PROBLEMA DELLA COSIDDETTA POLIFUNZIONALITA' RESPONSABILITA' CIVILE E LE ALTRE FORME DI TUTELA CIVILE

#### 1. Premessa introduttiva

Prima di esaminare le regole della responsabilità civile sotto il profilo funzionale, occorre chiarire che attraverso l'istituto civilistico in esame si attua uno spostamento di ricchezza da un soggetto a un altro in presenza di un fatto dannoso<sup>873</sup>, previa formulazione, da parte del giudice, di un giudizio di responsabilità secondo i criteri dell'imputazione, dell'ingiustizia del danno e della sua risarcibilità prevista dalla seconda parte dell'art. 2043 c.c. a cui fa seguito l'individuazione, in concreto, dei danni risarcibili secondo la disciplina contenuta negli artt. 1223 e ss. c.c. in quanto richiamati, in ambito extracontrattuale, dall'art. 2056 c.c. Analogamente, nella responsabilità per inadempimento di cui all'art. 1218 c.c., il debitore è obbligato al risarcimento dei danni procurati al creditore secondo la disciplina di cui agli artt. 1223 – 1227 c.c.<sup>874</sup>

---

<sup>873</sup> Cfr. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 26 ss. secondo il quale «il diritto provvede a garantire che la ricchezza e le chances acquisitive, che in sede attributiva ha assegnato a ciascuno, non vengano impunemente distrutte ad opera di altri ed a questo fine prevede dispositivi atti a trasferire ricchezza da chi ne ha cagionato la distruzione a chi ne ha subito la perdita». Per ulteriori riferimenti, ID., *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 401 ss.; ID., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul concetto di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2004, 211 ss.

<sup>874</sup> Il giudizio di responsabilità si risolve nello stabilire “se” e “come” rendere responsabile un soggetto di un certo fatto dannoso verificando prima di tutto se quel danno sia “ingiusto” o discenda da un inadempimento e poi quale criterio di imputazione della responsabilità, definito dal legislatore, sia applicabile in concreto così FRANZONI, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, in *Commentario al Codice civile* a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna, 1993, 4. In precedenza per tutti v. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 73 secondo cui «l'attribuzione della responsabilità in senso giuridico consiste nella imputazione del danno sulla base di una valutazione comparativa degli interessi (di responsabilità, dunque, parliamo in senso unicamente pratico): sì che il problema della responsabilità civile non consiste nella scoperta del vero autore del fatto dannoso (alla quale, spesso, non sarebbe possibile pervenire in nessun modo), bensì nella fissazione di un criterio grazie al quale si può sostituire l'attribuzione automatica del danno con una giuridica».

Per la distinzione tra il giudizio vertente sull'an della responsabilità e il quantum del risarcimento si vedano già gli studi di CALAMANDREI, *La condanna «generica» ai danni*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 360 ss.; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1949, 59 ss. Secondo SALVI, *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 45, nota 11, «l'an presuppone che il quantum vi sia. E infatti la provvisoria è ammissibile “nei limiti della quantità per cui [il giudice] ritiene già raggiunta la prova” (art. 278, 2°c., c.p.c.)». Per la tesi contraria R.PARDOLESI, *I rimedi*, in ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 117 ss.

Il risarcimento risolve un problema successivo e diverso rispetto alla individuazione dell'eventuale soggetto o dei soggetti responsabili e ha riguardo al “quanto” e al “modo” con cui compensare o riparare il danneggiato/creditore così FRANZONI, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, cit., 4 – 5, il quale distingue la struttura della responsabilità che presuppone l'illecito/inadempimento, da quella del risarcimento che presuppone il danno laddove sia positivamente risarcibile.

Per le problematiche specifiche riferite al danno contrattuale si rinvia diffusamente a AA.VV., *Il danno contrattuale*, dir. da COSTANZA, Bologna, 2014.

L'ordinamento giuridico italiano non contempla una definizione unitaria di *responsabilità civile* e i termini *responsabilità*, *responsabile* e *rispondere*, indicativi di una povertà di linguaggio utilizzato dal legislatore nel codice civile, identificano modelli normativi tutt'altro che omogenei tra loro<sup>875</sup> a cui vanno aggiunti altri, anche di derivazione europea che, per le potenzialità deterrenti e/o sanzionatorie che li connotano, introducono meccanismi apparentemente estranei all'ordinamento giuridico italiano<sup>876</sup>.

In passato, parte della dottrina si era sforzata di unificare i diversi modelli in un unico paradigma<sup>877</sup>, ma il tentativo della *reductio ad unum* supportata da una nozione "unitaria" di "responsabilità civile" non si è rivelato appagante e ha prevalso la tendenza a distinguere i differenti modelli normativi<sup>878</sup>.

Tuttavia, qualora si volesse far riferimento a una nozione ampia di responsabilità civile, essa andrebbe intesa come il collegamento legale tra il danno subito da un soggetto (il *danneggiato*) e un secondo soggetto (il *responsabile*), per effetto del quale sorge un'obbligazione patrimoniale in capo a quest'ultimo di risarcire il primo. Ciò si verifica in tutti i diversi modelli di responsabilità presenti nell'ordinamento civilistico italiano e perciò sia in quelli tradizionali della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sia in quelli normativi collegati a questi ultimi da un rapporto di *species a genus*, in quelli che si collocano nell'area grigia tra responsabilità contrattuale e aquiliana e nei modelli che sfuggono alla classica bipartizione tra responsabilità "contrattuale" o "extracontrattuale", come accade nelle ipotesi di responsabilità da "contatto sociale

---

Per la critica dell'equiparazione tra fatto dannoso e illecito civile v. SCOGNAMIGLIO, «*Illecito (diritto vigente)*», in *NN.D.I.*, VIII, 1962, 164 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit. 50 ss. In controtendenza, per la valorizzazione dell'illecito nella costruzione del sistema della responsabilità civile v. diffusamente CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito*, Padova, 1966.

<sup>875</sup> Per tutti, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 41 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 38 ss. già in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, Vol. XV; FRANZONI, *Dei fatti illeciti (artt. 2043 – 2059 c.c.)*, cit., 1 ss. e 25 ss.; ID, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, I, 5 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, Vol. 5, Milano, 2012, 543 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 3 ss. e 863 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici; ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018, 3 ss. anche per ulteriori riferimenti di diritto comparato.

<sup>876</sup> Sull'argomento, cfr. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 133; SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 149 e ss.; SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale*, Milano, 2009, 488 e ss.

<sup>877</sup> CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744 e ss.

<sup>878</sup> Diffusamente, sul punto, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 186 e ss.; cfr. anche, FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit., 5 ss.; BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 25 ss. e 37 ss.; STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2012, 1 ss.; ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 15 ss.; MONATERI – GIANTI – SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 1 ss.

qualificato”, della Pubblica Amministrazione e dello Stato per violazione delle norme di diritto dell’Unione Europea.

Anticipando sin da subito quanto si dirà nei paragrafi che seguono, occorre esaminare in chiave problematica l’inquadramento giuridico dei cd. danni punitivi nell’alveo delle regole della responsabilità civile; comprendere le ragioni per le quali il formante dottrinale (prima) e giurisprudenziale (poi) ha discusso di frammentazione (o cd. polifunzionalità) dell’istituto aquiliano e proposto aperture, in ipotesi problematiche, ai risarcimenti con funzione anche deterrente e/o sanzionatoria (danni non patrimoniali, arricchimento mediante fatto ingiusto, microviolazioni, reati bagatellari)<sup>879</sup>.

Ricostruito il passaggio dalla concezione inizialmente sanzionatoria a quella prevalentemente compensativa delle regole della responsabilità civile, dato atto del dibattito intorno alla rivalutazione della prevenzione e deterrenza dell’illecito civile, muovendo dall’esame dei dati positivi, si procederà a differenziare la disciplina della tutela risarcitoria dalle altre forme di tutela civilistiche in chiave sistematica individuando le ipotesi problematiche nelle quali siano ravvisabili realmente risarcimenti ibridi (anche punitivi e/o deterrenti). Di qui l’esame delle conseguenze sostanziali e processuali che derivano dal corretto inquadramento giuridico della fattispecie e le possibili aperture e limiti prospettabili *de jure condito* e *de jure condendo* nell’ordinamento giuridico italiano.

---

<sup>879</sup> GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 15 ss.

## 2. Le funzioni della responsabilità civile: da quella sanzionatoria del diritto romano a quella prevalentemente compensativa dei nostri giorni.

Nel diritto romano più antico l'illecito<sup>880</sup> aveva natura sostanzialmente penale e la violazione di ogni diritto privato comportava l'applicazione di una pena. Anteriormente al periodo decemvirale – le antiche *legis actio per sacramentum* e *legis actio per manus iniectioem*, costituivano archetipi processuali con chiara finalità punitiva<sup>881</sup>. Tutti gli illeciti venivano sanzionati con una pena nell'area del diritto privato ed essa si risolveva nell'applicazione di una sanzione sulla persona del trasgressore<sup>882</sup>.

Soltanto nel periodo decemvirale<sup>883</sup> e, soprattutto postdecemvirale<sup>884</sup>, l'ordinaria forma di reazione all'illecito diviene il pagamento di una pena patrimoniale (non più personale)<sup>885</sup>.

---

<sup>880</sup> ALBANESE, Voce *Illecito (storia)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, 53 ss. distingue, con riguardo alla esperienza giuridica romana, gli atti illeciti penali da quelli non penali. Nel primo caso si tratta di illeciti riprovati dall'ordinamento in ragione della gravità del comportamento tenuto *ex se* considerato e, di regola, a prescindere dai relativi effetti. La reazione è allora quella di punire l'autore dell'illecito. Dall'altro lato vi sono gli illeciti non penali che l'ordinamento ripudia con riguardo ai relativi effetti giuridici nel senso che, a seconda dei casi, può neutralizzarli, ripararli, modificarli in tutto o in parte.

<sup>881</sup> BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., 2 ss. evidenzia che con la più antica forma processuale ovvero l'*actio per manus iniectioem*, applicabile solo in ipotesi tipiche, la vittima dell'illecito metteva le mani addosso all'offensore e, afferratolo fisicamente, lo conduceva in giudizio. In tal sede, in assenza di contraddittorio, un rappresentante dello Stato, accertata la violazione, riconosceva il colpevole alla potestà del soggetto leso. Non così in caso di furto a mano armata ove l'offensore poteva uccidere direttamente il ladro.

L'*actio legis per sacramentum*, che aveva invece portata generale, determinava l'accertamento della violazione del diritto in contraddittorio con gli interessati e conduceva inizialmente alla uccisione del colpevole, poi al sacrificio animale e, infine, al pagamento di una pena pecuniaria.

<sup>882</sup> Afferma ALBANESE, Voce *Illecito (storia)*, cit., 53 ss. che in questa epoca tutte le violazioni di diritto privato conducevano a una "pena"; o alla vendetta privata o agli archetipi del *sacramentum* e della *manus iniectio*. "Più evidente, e più cruda, nell'autodifesa e nella *manus iniectio*; meno immediata e, almeno in epoca più avanzata e in ipotesi di solvibilità, meno cruda nella *legis actio per sacramentum*; sempre, tuttavia, presente e minacciosa". Anche se si volesse ricondurre all'età predecemvirale la *pignoris capio*, si tratterebbe pur sempre di una afflizione patrimoniale all'offensore per illeciti meno gravi - anche privati - e quindi in sostanza di una pena.

<sup>883</sup> Ai fini della presente trattazione interessa evidenziare che nel periodo decemvirale – di cui alla legge delle XII Tavole collocabile tra il 551 e il 449 a.c. –, il processo per *sacramentum* subisce una evoluzione grazie alla quale vengono introdotti i procedimenti *per iudicis arbitrive postulationem* e *per conditionem* i quali si concludevano con l'applicazione di una condanna pecuniaria e non più invece di una sanzione personale. Anche nel processo *per manus iniectioem*, si assiste a una interessante evoluzione; l'autore dell'illecito poteva evitare la sanzione personale pagando una somma di denaro e chiedere una dilazione nella esecuzione della condanna per potere ricorrere a un garante. In questo contesto storico nasce anche la responsabilità nossale che avrebbe consentito al colpevole di evitare la sanzione personale con assunzione della responsabilità patrimoniale da parte del *pater familias* o del *dominus*.

<sup>884</sup> Nel periodo postdecemvirale gli archetipi processuali precedenti (*per manus iniectioem*, *per sacramentum*, *per iudicis arbitrive postulationem* e *per conditionem*) vengono sostituiti con il processo formulare che si conclude sempre con la condanna pecuniaria e viene eliminato il cd. *nexum* che, in caso di inadempimento del mutuo, prevedeva l'asservimento personale del mutuatario al mutuante. La *lex Popilia* del 326 a.c. a tal riguardo prevedeva ora che il mutuante potesse soddisfare le proprie pretese sul

Si assiste così alla progressiva mutazione della pena da afflizione personale ad afflizione patrimoniale fino ad arrivare, per l'illecito civile, al vero e proprio risarcimento del danno<sup>886</sup>.

In quest'ottica si inquadrano le previsioni della *Lex Aquilia*<sup>887</sup>.

Nel diritto romano classico gli atti illeciti che determinavano le lesioni di situazioni giuridicamente rilevanti, i cosiddetti *delicta*, costituivano una delle fonti delle obbligazioni<sup>888</sup>.

A seconda che fossero stati lesi interessi collettivi ovvero privati seguivano conseguenze giuridiche diverse: i primi erano sanzionati con pene pubblicistiche e, i

---

patrimonio del mutuuario inadempiente e non più sulla sua persona. Cfr., diffusamente, ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 942 e ss.

<sup>885</sup> ALBANESE, op. cit., 66 ss. evidenzia che, una volta riconosciuto che il denaro è una sanzione più conveniente per l'offensore, si iniziò a pensare di mutare la sanzione pecuniaria, per gli illeciti meno gravi, legandola al pregiudizio effettivo subito. Rimaneva però ferma la concezione sanzionatoria dell'illecito più arcaica per cui si veda *infra*.

<sup>886</sup> Sul punto diffusamente ALBANESE, *Voce Illecito (storia)*, cit., 53 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>887</sup> Di incerta datazione - verosimilmente collocabile dopo la *lex Hortensia* del 286 a.c. -, la *Lex Aquilia*, frutto dell'iniziativa del tribuno della plebe Aquilio, raggruppava le diverse ipotesi di danneggiamento ed era divisa in tre capitoli e molteplici disposizioni.

Il primo riguardava l'uccisione di schiavi o animali quadrupedi e prevedeva che il relativo proprietario potesse agire in giudizio per ottenere il pagamento di una somma di denaro pari al maggior valore avuto nell'ultimo anno di vita dello schiavo o dell'animale successivamente uccisi. La natura penale di tale azione discendeva appunto dalla previsione che permetteva al proprietario di ottenere una somma superiore al danno subito in conseguenza dell'evento lesivo e, in caso di diminuzione di valore della *res* per qualunque ragione nell'ultimo anno, non se ne sarebbe tenuto conto in sede di valutazione del pregiudizio.

Il secondo capitolo riguardava il caso della estinzione di obbligazioni plurisoggettive attive; il concreditore da *stipulatio* che estingueva il credito mediante la formale *acceptilatio* compiuta in favore del debitore lo liberava anche nei confronti di tutti gli altri concreditori ai quali avrebbe potuto arrecare un danno.

Il terzo capitolo riguardava qualsiasi altra ipotesi di danneggiamento di schiavi o animali altrui diversa dall'uccisione di cui al primo capitolo e ogni ipotesi di danneggiamento di cose inanimate. Nella valutazione del danno, bisognava fare riferimento al valore della cosa danneggiata durante i trenta giorni precedenti la lesione così MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino 2008, 419 ss.

Secondo ALBANESE, *Voce illecito*, op. cit., 55 ss., la previsione di sanzioni penali per il danneggiamento materiale appariva eccessiva sicché sarebbe stato preferibile concepire una sanzione risarcitoria così come in caso di comportamenti fraudolenti del condebitore. L'autore ricorda che nella *Lex Aquilia*, tuttavia, ancora non era venuto meno comunque l'aspetto afflittivo del rimedio combinato con quello risarcitorio.

<sup>888</sup> La *summa divisio* delineata dalle Istituzioni di Gaio (3.89) delle fonti delle obbligazioni in contratto e delitti, oltre a riguardare la fase genetica, riposava sulla possibilità per il danneggiato di esercitare le *actiones poenales* dove il concetto di *poena* stava a indicare la condanna al pagamento di una somma di denaro che avrebbe incrementato il patrimonio della vittima dell'illecito rispetto alla situazione antecedente alla instaurazione del giudizio. Gaio classificò tutte le azioni civili: a quelle dirette a ottenere la restituzione di una *res*, contrappose le azioni finalizzate a conseguire una *poena*; individuò quelle miste volte ad conseguire sia la penale che la cosa (Istituzioni di Gaio (IV, 6 -9). Su tali aspetti, diffusamente, MANNINO, *Introduzione*, cit., 414 e ss.

BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., 6 ricorda che solo a partire dal 1 secolo d.c. si assiste alla contrapposizione tra azioni reipersecutorie dirette a risarcire il danneggiato mediante restituzione di quanto sottrattogli dalle azioni penali dirette a sanzionare il trasgressore.

secondi, attraverso le cd. *actiones poenales*<sup>889</sup> private (*actio ex Lege Aquilia per damnum iniuria datum, actio furti, actio iniuriarum, actio bonorum vi raptorum*)<sup>890</sup> ovvero mediante la condanna dell'autore della condotta illecita al pagamento di somme che, di regola, costituivano un multiplo dei danni inferti a terzi<sup>891</sup>.

L'*actio penalis* privata era proponibile solo dal soggetto leso al quale sarebbe stata destinata l'intera condanna, compresa la componente eccedente il danno risarcibile<sup>892</sup>, sul modello della legge delle XII Tavole<sup>893</sup>.

Nel periodo classico tra le *actiones poenales* centrale importanza rivestiva l'*actio legis Aquiliae*, da esperire in caso di danneggiamento (*damnum iniuria datum*) che permetteva di ottenere la reintegrazione della perdita patrimoniale provocata dall'atto illecito.

Si trattava di un'azione che, a differenza degli altri *delicta privata*, non aveva funzioni sovracompensative (cd. *actio in simplum*) salvo il caso *adversus infitiantem*, dove la *poena* era *in duplum*.

In particolare la *poena* prevista per le ipotesi ivi contemplate non corrispondeva al *quanti ea res est*, bensì al *quanti plurimi in eo anno* (o *in triginta diebus proximis*) *ea res fuit* a seconda che vi fosse stata una fattispecie prevista nel primo capo della legge *Aquilia* (*uccisione dello schiavo o animale quadrupede*), ovvero di quella prevista nel terzo capo (*urere, frangere, rumpere*; e casi di *occisio*, di minore importanza).

---

<sup>889</sup> Avverte BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., 7, nota 25, che in realtà sarebbe più opportuno discorrere di azioni *ut poenam tantum consequamur* perché i giuristi romani non utilizzarono mai l'espressione *actio poenalis*.

<sup>890</sup> Le *actiones poenales* in esame indicate dalle Istituzioni di Gaio (3.182) erano previste dallo *ius civile* delle XII Tavole, ma subirono un progressivo ampliamento grazie allo *ius honorarium*. In quanto azioni derivanti dall'antica vendetta privata, creavano un vincolo di natura personale tra vittima e autore dell'illecito che non si trasmetteva né agli eredi dell'offeso né dell'offensore (ad eccezione del *furtum, rapina* e *damnum iniuria datum*). In caso di illeciti compiuti da più persone o che danneggiavano più soggetti, ripugnava al diritto romano la regola della solidarietà passiva sicché l'adempimento della obbligazione da parte di uno solo dei più debitori o a vantaggio di uno solo tra i più creditori non determinava l'estinzione delle ulteriori azioni esperibili da parte degli altri soggetti coinvolti dall'illecito. In quanto azioni nossali, degli illeciti compiuti da soggetti privi di capacità giuridica come lo schiavo, il *filius familias* e gli animali, rispondevano rispettivamente il *pater familias* e il *dominus* che potevano liberarsi dalla obbligazione consegnando al danneggiato il responsabile o l'animale. Tali azioni potevano poi cumularsi con le azioni reintegratorie del danno conseguente all'illecito. Mentre le azioni penali private di *ius civile* erano perpetue, quelle di *ius honorarium* invece erano esperibili entro un anno (così MANNINO, op. cit., 414 ss.).

<sup>891</sup> GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., 37 ss.; BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., 7 ss.

<sup>892</sup> VENTURINI, *Premessa romanistica*, in BUSNELLI - SCALFI (a cura di), "*Le pene private*", Milano, 1985, 16 fa risalire gli elementi della devoluzione della *poena* e della legittimazione ad agire del danneggiato già al periodo delle XII Tavole.

<sup>893</sup> Osserva BENATTI, *Correggere e punire*, op. cit., 1, nota 1 che già all'interno della legge delle XII Tavole erano previste sanzioni punitive (ad esempio per l'usura) e che la *lex praetoria* prevedeva sanzioni civili in diverse ipotesi.



L'indicata *actio*, come nella tradizione, aveva natura ibrida perché continuava a conservare elementi sanzionatori di derivazione penalistica (la nossalità, l'intrasmissibilità ereditaria passiva, l'esperibilità cumulativa contro più responsabili e il concorso con altre azioni) a cui affiancava profili risarcitori.

Muovendo dalla disciplina della *Lex Aquilia*, si iniziò a configurare, per mezzo delle azioni penali *in simplum* create dal Pretore, un nuovo rimedio complesso che univa sia l'aspetto punitivo originario sotteso alla pena privata sia quello risarcitorio tendente a neutralizzare gli effetti dell'illecito avente rilevanza privatistica<sup>894</sup>.

Inizialmente, per essere risarcibile, il *damnum* doveva essere arrecato (*datum*) con ingiustizia (*iniuria*). Il requisito della ingiustizia veniva interpretato con il concetto di contrarietà al diritto (*contra ius*) da rinvenirsi nelle sole ipotesi in cui l'autore dell'illecito avesse agito con dolo o con colpa perché, diversamente, il danno doveva intendersi casuale e quindi giusto.

Si richiedeva, inoltre, nelle ipotesi previste legislativamente (e in particolare in quelle dei capitoli primo e terzo della *Lex Aquilia*), che il danneggiamento fosse frutto di contatto fisico tra danneggiante e danneggiato (*corpore*).

Su entrambi tali profili intervennero i magistrati; con le *actiones utiles*<sup>895</sup> o *actiones in factum*<sup>896</sup> vennero concessi, in fattispecie atipiche, nuovi rimedi civilistici *ad exemplum legis Aquiliae* e dal *damnum* fu eliminato il requisito del contatto fisico tra danneggiante e danneggiato (*damnum non corpore*).

La finalità dell'*actio ex lege Aquilia* era di riparare il danno e non di arricchire il danneggiato tanto è vero che non poteva cumularsi con un'azione derivante dal contratto mentre lo era con l'azione criminale.

Anche le nuove *actiones* create per via pretoria conservavano la prevalente finalità risarcitoria (*condemnatio al quanti ea res est*), salvi alcuni rari casi in cui la condanna era prevista in un multiplo del danno risarcibile o in somma fissa.

---

<sup>894</sup> Secondo ALBANESE, Voce *Illecito (storia)*, cit., 62 ss., le azioni totalmente risarcitorie ossia le reipersecutorie derivano proprio dal diritto pretorio. L'autore ricorda che analoghe trasformazioni si sono verificate anche per il diritto pubblico in cui si è passati dalla pena capitale, alla pena patrimoniale inizialmente determinata in capi di bestiame e poi al pagamento di somme di denaro.

<sup>895</sup> Si trattava di azioni che venivano concesse attraverso la estensione del campo di applicazione di alcune azioni preesistenti *civiles, praetoriae o honorariae* cfr. MANNINO, op. cit., pag. 100.

<sup>896</sup> Si trattava di azioni che venivano concesse dal magistrato in presenza di un fatto o di una serie di fatti ritenuti meritevoli di tutela che secondo il *ius civile* non producevano effetti giuridici MANNINO, op. cit., pag. 100.

Dalla iniziale concezione della pena afflittiva sulla persona, si era quindi giunti in età classica a una afflizione patrimoniale che conservava natura mista (riparatoria e sanzionatoria al tempo stesso).

Nel medesimo periodo storico – a partire dagli ultimi secoli della Repubblica – si delineò la distinzione tra illecito civile e penale e così l’iniziale funzione punitiva della responsabilità civile si modificò; si iniziò a distinguere gli aspetti sanzionatori corrispondenti all’area penalmente rilevante rimessi allo Stato da quelli riparatori del danno che furono assegnati all’istituto privatistico. Nel periodo classico, l’espansione dei *crimina publica* determinò una progressiva restrizione delle *actiones poenales private*<sup>897</sup>.

Durante l’età imperiale l’introduzione dei *crimina extraordinaria* e del giudizio *extra ordinem* nelle stesse ipotesi in cui erano proponibili le azioni penali private determinarono la progressiva scissione normativa tra pena e risarcimento: la funzione punitiva venne definitivamente riservata al potere pubblico con il *delictum publicum* e il risarcimento rimesso alle parti attraverso l’azione risarcitoria privata<sup>898</sup>, ormai di portata generale.

Il *Corpus juris civilis* di Giustiniano ampliò notevolmente il campo di applicazione dell’istituto configurando il *delictum* come fonte di obbligazione risarcitoria in via generalizzata<sup>899</sup> e, ponendo la netta distinzione tra azioni reipersecutorie e penali, finì per impedire il cumulo tra l’azione *ex lege Aquilia* (di natura mista) con quella reipersecutoria; venne così generalizzata sempre di più la funzione riparatoria del rimedio civilistico.

Se quindi in origine l’*actio ex lege Aquilia* aveva natura penale, nel diritto giustiniano si registrò un notevole ampliamento del campo di applicazione dell’istituto civilistico e le *actiones ex maleficio* assunsero funzione meramente riparatoria contrapponendosi a quelle penali.

---

<sup>897</sup> VENTURINI, *Premessa*, cit., pp. 16 -17.

<sup>898</sup> BARATELLA, *Le pene private*, op. cit., 8.

<sup>899</sup> Erano necessari tre elementi: la colpa del danneggiante, il danno e il nesso causale. Secondo alcuni autori con la compilazione di Giustiniano si sarebbe passati dal concetto classico di *culpa* inteso come imputabilità a quello di “mancanza della dovuta diligenza” cfr. ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia all’art. 1151 cod. civ.: ricerche storico – dogmatiche*, cit., 14 ss. Di diverso avviso CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico – comparatistica : Scritti del Congresso Internazionale ARISTEC, Madrid 7 .10 ottobre 1993*, Torino, 1995, 113 secondo cui già durante l’epoca classica la *culpa* fosse intesa come violazione del dovere di diligenza.

Nel regno longobardo che presentava scarsa struttura organizzativa e ignorava la distinzione tra *crimem* e *delictum*, tra azioni penali, reipersecutorie e miste, la pena privata era lo strumento di repressione degli illeciti. La faida era il procedimento che il danneggiato e il suo gruppo di appartenenza poteva seguire per infliggere la sanzione al danneggiante consistente nel pagamento di una somma di danaro (*compositio*) variabile in funzione della gravità dell'offesa con funzione mista, punitiva e risarcitoria, inizialmente gravante sull'offensore e sul suo gruppo familiare e successivamente soltanto sul primo, con cui veniva ripristinata la pace tra le parti<sup>900</sup>. In alternativa, il danneggiato poteva ricorrere legittimamente alla forza e infliggere sanzioni personali (dalla pena capitale a quelle corporali e restrittive)<sup>901</sup>.

In epoca feudale, la repressione venne affidata al signore feudale e, poichè una quota molto alta della *compositio* fu destinata alle casse pubbliche, l'iniziale funzione punitiva/risarcitoria si trasformò in funzione esclusivamente punitiva<sup>902</sup>.

Con la successiva affermazione di stabili organizzazioni partecipative (i Comuni), la materia penale fu sottratta ai privati e sottoposta a organi pubblici<sup>903</sup>.

Nelle codificazioni moderne confluiscono materiali di fonte romana, adattati da glossatori e commentatori e materiali di fonte giusnaturalistica<sup>904</sup>. Le fonti romane sono particolarmente presenti nell'area tedesca dove era rimasta in vigore la *Lex Aquilia de damno* che, con le necessarie varianti richieste dalla mutata realtà economica e sociale e dalle nuove sensibilità, i giudici avevano continuato ad applicare sino al 1899.

Le regole di responsabilità civile contenute nelle codificazioni europee nascevano in un contesto sociale ed economico profondamente diverso da quello attuale; in una società liberale con economia preindustriale che esaltava l'individualismo e riduceva al minimo i compiti del potere pubblico.

Nello Stato liberale ottocentesco tutto ruotava attorno alla proprietà e alla figura del suo titolare; il contratto, le successioni a causa di morte e la stessa responsabilità civile erano congegnati come mezzi per trasferire e proteggere la proprietà<sup>905</sup>. Elemento unificante tra i tre istituti proprietà, contratto e responsabilità civile era la volontà che in materia contrattuale garantiva il proprietario che nulla di diverso dal suo volere avrebbe

---

<sup>900</sup> BARATELLA, *Le pene private*, cit., 8 e ss. Con l'editto di Rotari del 22 novembre 643 era stato introdotto un tariffario idoneo a prevedere l'ammontare della *compositio* a seconda dell'offesa arrecata e dello *status* della persona offesa.

<sup>901</sup> BARATELLA, *Le pene private*, cit., pag. 9, nota 33.

<sup>902</sup> DIURNI, voce *Pena (diritto intermedio: a) pena privata* in *Enc. diritto*, XXXII, Milano, 1960.

<sup>903</sup> Diffusamente, GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 40 e ss.

<sup>904</sup> Diffusamente, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. III, III Ed., Padova, 2015, 125 e ss.

<sup>905</sup> FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, II, cit., 735 e ss.

potuto privarlo del bene e, in tema di responsabilità civile, attribuiva rilevanza alla colpa valorizzando il principio giusnaturalistico “nessuna responsabilità senza colpa”<sup>906</sup>.

L’idea di fondo era che se soltanto un atto volontario dell’uomo poteva produrre il risarcimento, allora l’autonomia negoziale e la colpa rappresentavano rispettivamente il momento fisiologico e patologico dell’azione volontaria del soggetto di diritto<sup>907</sup> con conseguente perfetta coincidenza tra la sfera dell’illiceità e della colpa: un fatto era illecito quando la condotta colposa di un soggetto cagionava la lesione di un diritto assoluto altrui<sup>908</sup>.

Espressione di un principio morale del diritto, lo scopo della responsabilità civile era quello di punire l’azione colpevole del danneggiante, di sanzionarlo e, poiché il danno “non colposo” non è “antigiuridico”, la colpa diviene criterio di selezione degli interessi da tutelare.

Il BGB del 1900, ferma l’atipicità del tipo di danno (distruzione totale o parziale, alterazione del bene, eccetera), nel rispetto della tradizione romanistica, individua tipiche ipotesi di diritti tutelati con il risarcimento: alla proprietà già oggetto di tutela nel diritto romano, il § 823 di chiara derivazione giusnaturalistica, aggiunge i diritti della personalità: vita, integrità fisica, salute, libertà o altri diritti purchè assoluti<sup>909</sup>. Presupposto della responsabilità è il requisito della colpa, secondo una tradizione più che millenaria che andava da Giustiniano ai giusnaturalisti e, in coerenza con tale principio, il § 831 sulla responsabilità per il fatto degli ausiliari, escludeva la responsabilità del titolare dell’affare qualora questi avesse fornito la prova di un difetto di *culpa in eligendo* o *in vigilando*. Lo stesso accadeva per i danni procurati da animali (§ 838-838), per la rovina di edificio (§ 838-838) e del sorvegliante di incapaci (§ 832). In Francia, l’art. 1382 del *Code civil*, con riferimento al «delitto civile»<sup>910</sup>, sanciva «*qualunque fatto dell’uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello, per colpa del*

---

<sup>906</sup> JHERING, *Das Schuldmoment im romischen Privatrecht*, Giessen, 1867, pag. 40; DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, 137 e ss.

<sup>907</sup> RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit. 64 e ss.

<sup>908</sup> ALPA - BESSONE, *I fatti illeciti in Tratt. dir. priv.* Dir. da RESCIGNO, XIV, Torino, 1982, 16 e ss.

<sup>909</sup> Diffusamente FERRARI, *Atipicità dell’illecito civile*, Milano 1992.

<sup>910</sup> Il riferimento al «delitto civile» lasciava intendere che l’illecito civile fosse categoria parallela a quella dell’illecito penale, quale corollario della separazione tra diritto pubblico e privato. Nella codificazione francese, infatti, i giusnaturalisti e i giuristi prerivoluzionari avevano riorganizzato concettualmente le fonti romane insieme con la concezione etico-comportamentale della responsabilità del diritto canonico (cfr. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2005, 16 ss.). Il passaggio dalla concezione sanzionatoria dell’illecito alla riparazione del danno in Francia è sottolineato anche dalla collocazione sistematica del vigente art. 1240 c.c. inserito nell’ambito delle disposizioni dedicate *alla responsabilità extracontrattuale in generale* (Libro III, Sez. III, Sotto titolo II, Capitolo primo Codice civile francese) e non più al delitto civile.

quale è avvenuto, a risarcire il danno» e il Codice civile italiano del 1865, all'art. 1151, riproduceva esattamente l'amplessima formula adottata dal Codice francese.

La dottrina italiana del tempo osservava che nell'art. 1151 c.c. «il legislatore, contento di nominare la colpa dell'offensore, omette di dire che il fatto deve essere ingiusto, *contra jus*»<sup>911</sup> e così, in via di fatto, aggiungeva all'ampia formula legislativa, la lesione di «un diritto assoluto della vittima o una norma posta a sua protezione»<sup>912</sup> in ciò seguita dalla prevalente giurisprudenza che affermava «nel diritto nostro come nell'antico la colpa *extracontrattuale* esiste solo in quanto sussiste un fatto illecito e non vi è fatto illecito senza la violazione di un diritto altrui protetto dalla legge»<sup>913</sup>. Nella massima «Non ogni fatto che rechi danno ad altri importa l'obbligo del risarcimento, ma quello solo che sia per sé stesso illecito»<sup>914</sup>, si affermava l'esatto opposto della lettera dell'art. 1151 cod. civ. del 1865.

In tal modo, richiedendo la lesione di un diritto, dottrina (e giurisprudenza) integravano il dato normativo e limitavano la portata del principio enunciato dal legislatore.

La regola, diversa dalla formula legale, affermata e applicata dagli interpreti del vecchio Codice civile permaneva presso gli interpreti del nuovo, che trovavano nella codificazione dell'ingiustizia del danno, prima inesistente, un appiglio testuale. Secondo una diffusa opinione il danno, inteso come perdita economica, non poteva considerarsi né giusto né ingiusto<sup>915</sup> perché l'ingiustizia, sinonimo di illiceità intesa come violazione di un diritto, inizialmente assoluto, non poteva che essere riferita alla condotta e perciò al fatto<sup>916</sup>. Pertanto, si costruiva un sistema di responsabilità tipico, molto simile a quello tedesco, in cui l'area dell'illiceità era predeterminata dall'insieme dei diritti assoluti e la colpa (o dolo) costituiva il criterio di selezione del danno risarcibile.

---

<sup>911</sup> GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, ed. Firenze, 1886, V, n. 138, e cfr. n. 167 e n. 163.

<sup>912</sup> CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, Torino, 1903-1906, I, 81 ss.; PACIFICI - MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3 ed., Firenze, 1886, IV, 134; RICCI, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Torino, 1886, VI, Parte III, 112.

<sup>913</sup> Cass. Roma, 25 ottobre 1893, in *Giur. tor.*, 1893, p.768; in *Legge*, 1894, I, 9; in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 101. Si vedano anche App. Firenze, 7 marzo 1908, in *Cass. Fir.*, 1908, 682; *Piludu c. Perra*, App. Cagliari, 7 maggio 1901, in *Giur. sarda*, 1901, 169; *Orofino c. Com. Palermo* App. Palermo, 2 maggio 1910, in *Foro sic.*, 1910, 490.

<sup>914</sup> Cass. Torino, 4 dicembre 1896, in *Giur. tor.*, 1897, 212 negava al detentore precario il risarcimento fatto valere nei confronti del creditore del suo concedente che, procedendo ad esecuzione forzata, aveva occupato i locali e fatto sgombrare i mobili del detentore.

<sup>915</sup> FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, 117.

<sup>916</sup> Diffusamente, BUSNELLI, *la lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 3; SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus* 1960, 334 collega l'ingiustizia al fatto anziché al danno nella parte in cui individua l'ingiustizia nel «comportamento dannoso non posto in essere nell'esercizio di un diritto»; SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1438 afferma che «il requisito dell'ingiustizia del danno viene riverberato comunemente come fatto dannoso».

Anche la giurisprudenza era orientata nello stesso senso<sup>917</sup> e, concordemente alla dottrina, riteneva che il principio di Ulpiano *alterum non laedere* non avesse alcuna influenza in tema di responsabilità civile in quanto tutelati attraverso sanzione<sup>918</sup>, sono soltanto i diritti assoluti da ricercare in altre disposizioni<sup>919</sup>.

La prima notevole espansione della responsabilità civile, passò attraverso una nuova interpretazione dell'art. 1372 c.c.

Si osservò che l'affermazione secondo cui è inammissibile una lesione del credito perché l'art. 1372 c.c. prevede espressamente che il contratto non vincola i terzi<sup>920</sup> o perché alcune disposizioni del codice che al di là del loro specifico ambito di applicazione, dispongono il subingresso del creditore nella posizione del proprio debitore verso il terzo responsabile<sup>921</sup>, non escludono affatto che anche un diritto relativo, nel momento in cui è sorto, sotto il profilo statico è un elemento patrimoniale del creditore che va tutelato, in attesa dell'adempimento, allo stesso modo di un diritto assoluto. La citata disposizione, così come non vincola i terzi, neppure li autorizza a interferire nel rapporto obbligatorio e a pregiudicarne l'esecuzione, poiché il suo ambito

---

<sup>917</sup> Cass., Sez. III, 4 luglio 1953, n. 2085 in *Foro it.*, 76, 8, 1953, 1985 ss. sul caso Superga. In *Superga* l'intera squadra del Torino era rimasta vittima di un incidente aereo al ritorno da una partita di calcio. In fase di atterraggio, l'aereo si era schiantato ai piedi della Basilica di Superga che domina la collina torinese, a pochi metri dalle tombe dei Savoia. Il Torino conveniva anche in via extracontrattuale il vettore per il proprio danno economico conseguente al decesso di 10/11 dei propri giocatori di prima squadra deducendo di essere titolare di un diritto soggettivo assoluto sul singolo giocatore, tesi giudicata insostenibile dalla Corte di cassazione.

<sup>918</sup> Secondo CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 62, l'art. 1151 (e lo stesso sarebbe per l'art. 2043 c.c.) non contiene una intera norma, ma soltanto una sanzione la quale fa corpo con tutte le altre proposizioni, che comandano o vietano determinati atti. Secondo MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1957-1967, 534 e ss. il risarcimento è una pena civile. Per SACCO, op. ult. cit., 1439, l'illecito aquiliano è tipico e «la tipizzazione si ottiene mediante un procedimento di semplificazione delle fattispecie legalmente prevenute o repressive»; per accertare l'ingiustizia «si dovrà prendere le mosse dai testi di legge chiari e precisi, e cioè dai testi che prevedono o reprimono determinati comportamenti umani».

<sup>919</sup> Secondo App. Torino, 27 gennaio 1969 (caso Meroni) in *Giur. it.* 1969, I, 2, 682, il precetto del *neminem laedere* possiede un valore imperativo generale e autonomo nella sfera etica imponendo di astenersi da ogni atto riprovato dalla comune coscienza. «Proiettato nella sfera giuridica, valore imperativo conserva soltanto quando al precetto corrisponda uno specifico dovere legale di astensione». Sull'irrelevanza del principio ai fini giuridici, CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale* in *Riv. dir. comm.* 1912, II, 774 che attribuisce al *neminem laedere* la veste di Fata Morgana quando scollegato dalla lesione di un diritto assoluto; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 221; PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1958-1992, 98 e ss. Su questo schema è stato modellato il ragionamento che ha portato la Corte Costituzionale a riconoscere la risarcibilità del danno biologico; nella sentenza n. 184 del 14 luglio 1986 in *Foro it.* 1986, I, 2053, la Corte ha individuato la norma primaria nell'art. 32 Cost. e quella secondaria nell'art. 2043 c.c.

<sup>920</sup> FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio al credito*, cit., 287 e ss.

<sup>921</sup> Così DE CUPIS, *Il danno*, II, cit., 42 e ss. che richiama l'art. 1259 c.c. il quale prevede che in caso di impossibilità dell'adempimento di una prestazione avente ad oggetto una cosa determinata (si pensi alla distruzione della *res* da parte di un terzo), il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore e può esigere da questi quanto conseguito a titolo di risarcimento e l'art. 1916 c.c. che dispone che l'assicuratore che abbia pagato al danneggiato, si surroga nei diritti che l'assicurato vanta nei confronti dei terzi responsabili.

di operatività non è estensibile all'aspetto statico dell'obbligazione come si desume dall'art. 1180 c.c. Difatti, attraverso l'adempimento del terzo, l'interesse del creditore al di fuori dell'aspetto dinamico che attiene propriamente al rapporto interno che trova nell'art. 1218 c.c. il rimedio in caso di inadempimento del debitore, può ben essere realizzato dal terzo per cui, se costui interferisce nel rapporto procurando la soddisfazione del creditore, allo stesso modo la sua intromissione deve essere rilevante quando anziché procurare l'adempimento, produce una lesione al creditore<sup>922</sup>.

In definitiva, il creditore ha interesse a che nessuno impedisca al debitore di adempiere magari uccidendolo, distruggendo il bene oggetto della prestazione o concludendo un contratto incompatibile con quello precedente. In tali ipotesi, poichè il terzo si intromette nel rapporto di credito e ne impedisce il normale svolgimento, è tenuto in via extracontrattuale al risarcimento dei danni procurati al creditore.

La giurisprudenza ha accolto l'indicata tesi nel celebre caso Meroni<sup>923</sup> che da allora non è mai stata più messa in discussione.

Autorevole dottrina<sup>924</sup> ha poi osservato che vi sono ipotesi normative in cui è accordata la tutela aquiliana a situazioni giuridiche che non hanno consistenza di diritto, né assoluto e neppure relativo; si pensi all' art. 872, comma 2, c.c. che riconosce il risarcimento dei danni al danneggiato dalla violazione di norme pubbliche in materia edilizia o all'art. 2675 c.c. che riconosce analogo diritto a chi subisce un danno da omissione delle trascrizioni o annotazioni da parte del conservatore dei registri immobiliari o, ancora, alla responsabilità del notaio nei confronti dei terzi per aver redatto un atto nullo ai sensi dell'art. 13 L. notarile<sup>925</sup>.

---

<sup>922</sup> BUSNELLI, *da parte di terzi*, cit., 3 e 41 e ss.

<sup>923</sup> Cass., S.U., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 681 con nota di VISINTINI; in *Foro it.*, 1971, I, 199 con nota di SANTOSUOSSO. Il calciatore Luigi Meroni, tesserato per la società Torino Calcio, era stato travolto da un'autovettura condotta da un minore e aveva perso la vita. Il caso era sostanzialmente identico a quello Superga. Il Torino Calcio restò fedele all'idea della necessità di una lesione di un diritto assoluto che indicò nella perdita di avviamento dell'azienda di spettacoli sportivi, violato dall'uccisione di un giocatore professionista il quale, essendo vincolato alla società a tempo indeterminato, ne costituiva un elemento. La Corte valorizzò invece il rapporto di lavoro subordinato che legava la vittima alla Società e senza avventurarsi nel dibattito dottrinario, affermò che «l'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. va intesa nella duplice accezione di danno non jure e contra jus; non jure nel senso che il fatto produttivo del danno non deve essere altrimenti giustificato dall'ordinamento e contra jus nel senso che il fatto deve ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento giuridico nella forma del diritto soggettivo». Ritenne perciò arbitraria ogni discriminazione fra una categoria e l'altra dei diritti soggettivi, al fine di riconoscere o escludere la tutela aquiliana. Successivamente, la tesi è stata ribadita da Cass. S.U. 24 giugno 1972, n. 2135 in *Foro it.* 1973, I, 112 e da Cass, S.U. 30 marzo 1972, n. 1008 in *Foro it.*, 1972, I, 887.

<sup>924</sup> BUSNELLI, *La lesione*, cit., 80 e ss.

<sup>925</sup> Sia contentito rinviare a PETROCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità notarile*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 19 gennaio 2018.

Il *contra jus*, allora, non coincide più soltanto con la lesione di un diritto soggettivo, ma deve essere esteso a qualsiasi interesse giuridicamente protetto dall'ordinamento giuridico, ad eccezione di quelli di mero fatto, attraverso valutazione comparativa degli interessi in gioco<sup>926</sup>; inoltre, diversamente dal § 823 BGB, l'art. 2043 c.c. non fa alcun riferimento ai diritti tutelati (proprietà e della personalità nella norma tedesca) per cui la disposizione italiana ha natura primaria ed è clausola generale di responsabilità<sup>927</sup> come del resto affermato dalle Sezioni Unite nella storica sentenza 22 luglio 1999, n. 500<sup>928</sup> che ha riconosciuto la tutela risarcitoria anche agli interessi legittimi: «*la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma secondaria, volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme, bensì norma primaria volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui*».

Terminata l'opera di Busnelli che ponendosi sulle orme della tradizione aveva svelato gli errori e le contraddizioni insite nell'interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c., inizia quella di Rodotà che apre il concetto di ingiustizia ad orizzonti sino ad allora sconosciuti desunti dal testo costituzionale, rivelando quale fosse la portata della ingiustizia e con essa dell'intera fattispecie di responsabilità civile<sup>929</sup>.

L'autore osserva che nel rispetto della lettera della legge, l'aggettivo "ingiusto" riferito al danno deve pur aver un qualche significato e non può essere riassorbito nelle modalità della condotta (dolo o colpa). Il danno, così come previsto nell'art. 2043 c.c., non è più quello materiale, economico e pregiuridico previsto puramente e semplicemente dal precedente codice; è un danno qualificato che attribuisce all'accadimento dannoso una sua rilevanza giuridica sotto il profilo oggettivo, a prescindere dagli aspetti soggettivi del danneggiante<sup>930</sup>. La disposizione valorizza la figura del danneggiato che subisce il danno ingiusto e perciò l'ingiustizia – attributo giuridico del danno – è una clausola generale che svolge la funzione di selezionare le lesioni delle situazioni giuridiche nelle quali è stata violata la solidarietà sociale, da intendersi come limite generale dell'operare dei soggetti<sup>931</sup> il cui oggetto è desumibile

---

<sup>926</sup> BUSNELLI, *La lesione*, cit., 80 e ss. Il concetto di "correlatività" tra la lesione dell'interesse del danneggiato e debitore è mutuato da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 138 che ha sempre negato tutela a situazioni diverse dal diritto soggettivo.

<sup>927</sup> BUSNELLI, *La lesione* cit., pag. 64; RODOTÀ, *Il problema* cit., pag. 84 e pag. 187; ALPA-BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, II, *Orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 1977; ID., *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1980; ID., *La responsabilità civile*, Milano, 1981; ID., *I fatti illeciti*, in Trattato RESCIGNO, cit. 14; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, cit., 170.

<sup>928</sup> in *Foro Amm.* 2000, 349. Diffusamente, SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 230 e ss.

<sup>929</sup> Così, FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 176.

<sup>930</sup> RODOTÀ, *Il problema*, cit., 108-109.

<sup>931</sup> SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1985, IX, 77.



dagli artt. 2 e 41, comma 2 Cost.

Danno ingiusto è perciò il danno inferto al diritto, assoluto o relativo e a qualsiasi interesse meritevole di tutela che viola il dovere di solidarietà comparando i contrapposti interessi del danneggiante e del danneggiato. L' "ingiustizia" viene allora emancipata dall'aspetto soggettivo e diviene superfluo distinguere tra responsabilità soggettiva e oggettiva perché la responsabilità è unica e non cambia con l'aggettivazione; ciò che cambia è soltanto il criterio di imputazione che collega ad un responsabile le conseguenze di un fatto. Diversamente da quanto accade in Germania, è inutile distinguere la responsabilità diretta da quella indiretta e ricorrere all'espedito della presunzione di colpa: il custode risponde non perché ha negligenzemente custodito, ma perché, essendo custode, non è riuscito a dimostrare il caso fortuito e il committente non risponde perché ha male vigilato o male scelto il domestico o il commesso, ma perché è committente in applicazione dei criteri di imputazione in base ai quali ripartire il costo del danno di volta in volta scelti dal legislatore e ritenuti più adeguati al fatto che negli esempi citati sono rispettivamente previsti dagli artt. 2051 e 2049 c.c.

Lo spostamento di attenzione dal danneggiante alla vittima fa tramontare l'idea della punizione e nel contempo getta le basi della concezione riparatoria della responsabilità civile tuttora attuale; diversifica le regole di valutazione dell'illecito penale e civile poiché la centralità della figura del reo nel giudizio penale, assistita dalle garanzie di cui agli artt. 27 e 111 Cost., esige che la colpevolezza risulti provata *al di là di ogni ragionevole dubbio* (art. 533, comma 1, c.p.p.); nell'illecito civile in cui è la vittima al centro dell'attenzione, per il risarcimento è sufficiente che il fatto dannoso risulti provato secondo la regola del "*più probabile che non*" poiché la sua posizione va salvaguardata anche a scapito di quella dell'autore del fatto o comunque di colui che è indicato come responsabile, secondo un certo criterio di imputazione<sup>932</sup>.

La particolare duttilità delle regole della responsabilità civile<sup>933</sup> ha consentito l'adattamento delle regole codicistiche ai nuovi valori costituzionali, alle innovazioni tecnologiche ed economiche e al mutamento del contesto sociale; ha favorito l'attività

---

<sup>932</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ.*, 2008, p. 323, con nota di LOCATELLI; diffusamente, FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* fasc. 2, 2018, 653.

<sup>933</sup> Osservava RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 48, che gli artt. 2043-2059 «racchiudono in breve spazio ardui ed amplissimi problemi»; sono disposizioni scarse ma vivissime perché la loro permanente vitalità è assicurata da un sapiente dosaggio delle clausole generali.

creatrice della giurisprudenza<sup>934</sup> che, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, illuminata da sapiente dottrina, ha fatto discendere dalle medesime disposizioni norme sempre diverse per farsi carico delle nuove esigenze nate dalle dinamiche dei rapporti sociali<sup>935</sup> contribuendo a cambiare il volto della responsabilità civile in attuazione del quadro dei diritti costituzionali senza che la certezza del diritto ne abbia subito contraccolpi insopportabili<sup>936</sup>.

Per effetto della Costituzione che non ha inserito la proprietà tra i principi fondamentali, ma nella parte che regola i diritti e i doveri – Titolo III dedicato ai Rapporti economici – (art. 42 Cost.), è mutato anche il ruolo e la funzione del contratto; l'attenzione si è spostata dal contraente all'atto; dalla volontà del soggetto allo scambio per favorire la circolazione della ricchezza<sup>937</sup> di cui sono espressione la conservazione degli effetti del contratto, la tutela del terzo in buona fede, lo sfavore per vincoli perpetui desumibili dalla disciplina del recesso. Con la civilizzazione del diritto commerciale e il sopravvenuto art. 41 Cost. che limita all'utilità sociale l'iniziativa economica privata, il contratto diviene strumento di governo del mercato da parte delle imprese che si avvalgono di contratti *standard* per cui l'attenzione passa dal singolo contraente al controllo dell'atto di scambio che assume una dimensione sociale<sup>938</sup>.

La valorizzazione del dovere di solidarietà previsto dagli artt. 2 e 41 Cost. e il mutato assetto ordinamentale risultante dal nuovo codice nel quale sono presenti molteplici esempi di *dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui* fuori dai limiti della legittima tutela dell'interesse proprio (artt. 833, 1175 e 1375, 1337 c.c.)<sup>939</sup>, ha permesso di passare “*dalla responsabilità alla riparazione*”<sup>940</sup>, e di far assumere alla responsabilità civile la più moderna funzione compensativa con spostamento dell'attenzione dal polo soggettivo e sanzionatorio a quello oggettivo e riparatorio<sup>941</sup>.

Il passaggio dallo Stato liberale nel quale sono state concepite le regole codicistiche allo Stato sociale fondato sul principio solidaristico di cui all' art. 2 cost. ha fatto sì che sia sempre meno tollerata la lesione di interessi protetti priva di conseguenze giuridiche e al tempo stesso che la responsabilità civile possa costituire un efficace strumento di

---

<sup>934</sup> Per la metamorfosi della responsabilità civile in Francia, cfr. MAZEAUD, *Le juge et le droit de la responsabilité civile: bilan et perspective*, in *Revue des contrats*, 2017, 736 ss.

<sup>935</sup> Diffusamente LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 200 e ss.

<sup>936</sup> BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione in I danni punitivi*, cit., 23.

<sup>937</sup> GALGANO, *Negoziio giuridico (dottr. gen.)*, in *Enc. del dir.*, 941 e ss.

<sup>938</sup> GALGANO, *Trattato di diritto civile I*, cit., 83 e ss.

<sup>939</sup> RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 105, diffusamente 90 ss.

<sup>940</sup> RIPERT, *Le regime democratique et le droit civile modern*, Paris, 1948.

<sup>941</sup> Diffusamente, SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 11 ss.; ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, 297; BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 33.

controllo di attività pericolose e riprovevoli<sup>942</sup> e di tutela dei nuovi interessi meritevoli di protezione giuridica<sup>943</sup> che emergono nella società contemporanea.

Il sistema della responsabilità civile fondata sulla colpa è inadeguato a garantire il risarcimento di tutte le possibili ipotesi di danno e non consente perciò una equa distribuzione dei relativi costi<sup>944</sup>, anche considerando che talvolta a negligenza lievissima può corrispondere un danno enorme e viceversa<sup>945</sup>; lascia fuori dalla responsabilità molteplici danni quali gli infortuni sul lavoro<sup>946</sup>, quelli anonimi e inevitabili, procurati in assenza di leggerezza come ad esempio quello da vaccinazione obbligatoria nel quale non sia riscontrabile una colpa da parte dell'ente somministrante<sup>947</sup>, quelli esterni alla logica proprietaria e i danni derivanti dal progresso tecnologico per i quali non è agevole individuare l'autore materiale del fatto<sup>948</sup>, che restano "là dove cadono", secondo la logica liberistica che aveva garantito immunità alla borghesia imprenditoriale ottocentesca, agevolato l'accumulazione di capitale in danno delle vittime<sup>949</sup> e finanziato lo sviluppo dell'industria nella fase del capitalismo ottocentesco<sup>950</sup>.

Il rafforzamento delle istanze solidaristiche e riparatorie ha spinto il legislatore a individuare dapprima nuovi soggetti su cui traslare il costo del danno (dal responsabile diretto, alla collettività degli assicurati tramite le assicurazioni dapprima volontarie e poi obbligatorie e, in taluni settori, fino allo Stato con la costituzione di fondi pubblici di garanzia) e poi, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, a introdurre sistemi sociali di compensazione del pregiudizio alla persona per gli incidenti legati alla società industriale al di fuori del settore privatistico.

---

<sup>942</sup> SALVI, *La responsabilità civile*, op. cit., 313.

<sup>943</sup> Sul punto cfr. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, op. cit., 24 ss.; FRANZONI, *Dei fatti illeciti (artt. 2043 – 2059 c.c.)*, op. cit., 39 ss.; GALGANO, *I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di GALGANO, Padova, 2014, 128 ss.

<sup>944</sup> CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., 369 e ss.

<sup>945</sup> TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 9.

<sup>946</sup> Gli infortuni sul lavoro che, per primi, attraverso l'introduzione di norme eccezionali, hanno derogato al principio "nessuna responsabilità senza colpa". Diffusamente, sul punto, COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*; Coviello, *La responsabilità senza colpa* in *Riv. it scienze giur.* 1897, 3 e ss.

<sup>947</sup> Corte Cost. 22 giugno 1990, n. 307 ha dichiarato costituzionalmente illegittima la L. n. 51/1966 nella pare in cui non prevede alcuna forma di indennizzo a favore di chi abbia subito contagio a seguito di vaccinazione; Trib. Milano 20 dicembre 1990, in *Foro it.* 1991, I, 1239, accordò al danneggiato oltre all'indennizzo, anche il risarcimento che nella logica della colpa sarebbe stato irrisarcibile.

<sup>948</sup> RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 21; ALPA – BESSONE, *La responsabilità del produttore*, 1 ss.

<sup>949</sup> Cfr. HOLMES, *The Common Law*, Cambridge, 1963 (rist.), 67 ss. Per ulteriori riferimenti v. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, in *il diritto privato nella società moderna*, a cura di RODOTÀ, Bologna, 1971, 432.

<sup>950</sup> FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 738; GALGANO, *I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile*, cit., 128 ss.

Hanno contribuito al superamento della tesi tradizionale della responsabilità civile fondata sulla punizione della colpa, nuove tendenze tra cui la socializzazione dei costi che si realizza affiancando alla responsabilità civile l'istituto dell'assicurazione obbligatoria in taluni settori di attività umane e l'impiego di criteri di imputazione che prescindendo totalmente dalla colpa, collocano il costo del danno sul soggetto che può ridistribuirlo sulla collettività attraverso aumento del prezzo del bene ceduto che include il ricarico dei costi dei premi assicurativi versati<sup>951</sup>.

L'applicazione delle esposte tesi dottrinali ha realizzato una notevole espansione del danno risarcibile non più limitato alla lesione di qualsiasi diritto soggettivo (*contra ius*) ma esteso a qualsiasi interesse meritevole di tutela ad eccezione di quelli di mero fatto.

Il giudice è tenuto a ricercare l'interesse violato oltre e più che in altre norme, risalendo ai principi dell'ordinamento giuridico dai quali desumere la volontà di proteggerlo o meno, comparando, nella concreta vicenda, gli interessi in conflitto. Al danneggiato non è perciò sempre e comunque offerta una tutela incondizionata perché essa discende dalla valutazione dei contrapposti interessi e delle attività umane di cui sono espressione con conseguente trasformazione della responsabilità civile in uno strumento di controllo sociale delle attività produttive<sup>952</sup>.

La giurisprudenza ha però seguito un diverso percorso.

Anziché effettuare il giudizio di comparazione degli opposti interessi, eleva l'interesse protetto, qualora sia possibile, a nuovo diritto restando perciò fedele all'impostazione tradizionale della lesione del diritto soggettivo in cui l'*iniuria* consiste in un comportamento del danneggiante *contra ius e non iure*<sup>953</sup> inteso, quest'ultimo, come non giustificato dall'esercizio di un diritto soggettivo o altra causa di giustificazione<sup>954</sup>.

In tal modo, pur garantendo apertura a nuove ipotesi risarcitorie, governa l'area del danno risarcibile senza aumentare a dismisura le potenzialità della responsabilità civile.

---

<sup>951</sup> Diffusamente CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., 17 ss.; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 19 ss.; cfr., altresì COMPORI – SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 5 ss.

<sup>952</sup> FRANZONI, *Il danno* cit., 749 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, cit., 232.

<sup>953</sup> In piena conformità con quanto sancito dalla stessa Relazione al Re del Ministro Guardasigilli, Roma, 1943, n. 267.

<sup>954</sup> Per alcuni riferimenti, cfr. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito* in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 219 e ss. Più recentemente, cfr. Cass. 18 aprile 2019, n. 10831 in *Giust. civ. mass.* 2019, rv 653587 – 01. Critico nei confronti di una giurisprudenza creatrice di nuovi diritti privi di basi normative, CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 131-132; BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 55 ss. il quale osserva «lasciare ai giudici di ammettere alla tutela aquiliana beni e interessi che la legge o il sistema giuridico nel suo complesso non hanno attribuito “divisamente” o non hanno considerato suscettibili di appropriazione privata “divisa” (cioè che hanno fatto oggetto di una considerazione solo oggettiva, non individualizzata/individualizzabile) significherebbe, infatti, spostare la “decisione” sulle risorse e sulla loro appropriazione dal potere legislativo al potere giudiziario».

Nel nuovo corso dottrinale e giurisprudenziale, l'illiceità non coincide più con la colpa psichica ed è diventata diligenza, parametro elastico da utilizzare con riferimento alle particolarità del caso concreto<sup>955</sup>.

Il nostro sistema della responsabilità civile, al pari di quello francese<sup>956</sup>, si regge sul principio di atipicità poiché i fatti ingiusti da cui scaturisce il risarcimento si concretizzano attraverso la clausola generale dell'ingiustizia del danno diversamente dall'ordinamento tedesco ispirato al principio di tipicità<sup>957</sup>. Diverso è il discorso per il danno non patrimoniale per cui *infra* (parte II, par. 5).

---

<sup>955</sup> FRANZONI, *Il danno* cit., cit., 749 e ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 141 e ss.

<sup>956</sup> L'art. 1382 cod. civ. del 1804 dispone che “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”. Oggi l'indicata disposizione è stata trasferita nel nuovo art. 1240 c.c. cit. francese.

<sup>957</sup> Il § 823 del BGB dispone che “*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*” (Chiunque illegittimamente, con dolo o con colpa, lede la vita, l'integrità personale, la salute, la libertà la proprietà od un altro diritto assimilabile, è obbligato al risarcimento del danno). Dall'elencazione tassativa dei diritti la cui lesione comporta responsabilità civile, si desume che il sistema tedesco è improntato al principio della tipicità dei fatti illeciti. Tuttavia, nonostante la puntuale indicazione effettuata dal BGB, grazie al rinvio che la norma fa ai “*sonstiges Recht*” e cioè ai diritti assimilabili, la giurisprudenza ha raggiunto risultati del tutto simili a quelli italiani e francesi.

### 3. Dalla monofunzionalità della responsabilità civile alla cd. polifunzionalità

I mutamenti degli assetti ordinamentali derivati dalle trasformazioni del capitalismo<sup>958</sup>, la crisi del *welfare State*, la proliferazione di nuovi diritti e il paradigma ordoliberal europeo hanno contribuito a modificare i rapporti tra pubblico e privato e, in certa misura, determinato la rinnovata attenzione, anche in Italia, verso i cd. danni punitivi quale possibile soluzione per garantire un adeguato controllo sociale sulle attività pericolose e/o lesive<sup>959</sup>.

Nelle società contemporanee, in continua evoluzione per l'inarrestabile progresso scientifico, tecnologico ed economico, la responsabilità civile vive una stagione di particolare complessità sia per il moltiplicarsi delle occasioni di danno legate all'impiego delle nuove tecnologie, all'inquinamento ambientale e alla produzione di massa che per altri fattori eterogenei.

Emergono due tendenze in perenne movimento, non ancora pienamente consolidate; da un lato, la previsione legislativa di istituti pubblicistici diversi dalla responsabilità civile per la tutela di interessi protetti che riducono il campo di applicazione della disciplina civilistica e dall'altro la contestuale espansione del risarcimento in settori totalmente innovativi<sup>960</sup>.

La tendenza alla legificazione che avrebbe segnato il declino dell'istituto civilistico, non si è consolidata e, anzi, la responsabilità civile ha conosciuto una stagione di consistente espansione verso la tutela di nuove situazioni protette (si pensi agli interessi superindividuali e/o di natura non patrimoniale).

L'adempimento dei compiti assunti dal diritto pubblico di assicurare solidarietà sociale e sicurezza individuale risente oggi inevitabilmente della crisi fiscale dello Stato sociale e del regime vincolistico derivante dal diritto europeo.

L'opposta tendenza volta a modellare le tutele civili anche al perseguimento di obiettivi sociali in cui si inserisce la problematica di risarcimenti punitivi e/o deterrenti intesi non

---

<sup>958</sup> SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 193 ss.

<sup>959</sup> SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro It.*, 2018, 7-8, 2511; ID, *Il risarcimento ultrariparatorio*, in *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, III, Milano, 2018, 1824-1825. V anche recentemente MEURKENS, *Punitive damages: foundations to start with*, in *Punitive damages and private international law: state of art and future developments* a cura di BARIATTI – FUMAGALLI – CRESPI – REGHIZZI, Milano, 2019, 19 ss. Per ulteriori approfondimenti sul punto si rinvia *retro* al Cap. I, Parte II, Par. 1.

<sup>960</sup> Cfr. già GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e imp.*, 1985; ID, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 ss.; in prospettiva critica alla tendenza giurisprudenziale verso la espansione dell'istituto in assenza di un progetto già CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 539 ss. In termini generali, si rinvia a SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 310 ss.

soltanto a ovviare alle difficoltà legate alla spesa pubblica del *welfare State*, ma anche per assecondare le istanze di partecipazione sociale e controllo diffuso dei consociati sulle attività lesive, si scontra con il dato normativo e una tradizionale civilistica continentale che concepisce la tutela risarcitoria come istituto di carattere interindividuale e, almeno inizialmente, di situazioni protette aventi solo consistenza patrimoniale.

Se in ambito patrimoniale la funzione compensativa della responsabilità civile è assicurata dalle regole risarcitorie codicistiche fondate sulla riparazione del danno<sup>961</sup> e sul principio dell'equivalenza monetaria<sup>962</sup>, lo stesso non può dirsi per il danno non

---

<sup>961</sup> La riparazione del danno per equivalente assicura alla vittima utilità equivalenti a quelle perdute a differenza delle restituzioni che invece mirano a ristabilire la situazione di fatto e di diritto anteriore. La riparazione può anche attuarsi mediante risarcimento in forma specifica nei limiti dell'art. 2058 c.c. (SALVI, voce *Danno*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1989). Secondo alcuni autori, il concetto di riparazione è più ampio rispetto a quello di risarcimento di cui quest'ultimo costituisce una *species* (cfr. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, cit., 39 ss.; ROMANO, *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, I, Perugia, 1929, 117 ss.); per FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 246, riparare è sinonimo di risarcire e descrive una modalità con la quale si attua il risarcimento.

Nella tradizione romanistica la riparazione è incentrata sul rimediare a un danno (*damnum iniuria datum*), dapprima attraverso una sanzione e poi con il risarcimento monetario per equivalente allo stesso modo di quanto avviene negli ordinamenti fondati su una economia di mercato; nel pensiero giusnaturalistico la riparazione è invece diretta a reintegrare il diritto/interesse protetto violato. L'art. 1223 c.c. deriva perciò dal diritto romano mentre la riparazione in natura di cui all'art. 2058 c.c. è di matrice giusnaturalistica in quanto mira a ricostruire la situazione che sarebbe esistita in assenza del fatto dannoso (se possibile e non eccessivamente oneroso) v. diffusamente DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 261 ss. Per le diverse definizioni e concezioni del danno v. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 227 ss.; diffusamente SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit. 52 ss.

<sup>962</sup> Dall'art. 1223 c.c. si desume che qualora il fatto dannoso comporti la distruzione di risorse, il risarcimento traduce in valore patrimoniale e in forma monetaria quella perdita/mancato conseguimento di ricchezza tenuto conto « di ogni interesse leso (*id quod interest*), e così anche di quelle ulteriori conseguenze negative che sfuggirebbero alla nozione di danno reale» così TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 554.

Per il danno patrimoniale, in ossequio alla teoria differenziale limitata e corretta dalle regole codicistiche sul risarcimento (1223 – 1227 c.c.), vige il principio della riparazione integrale – se non è diversamente disposto dalla legge – e può operare la tecnica della cd. *compensatio lucri cum damno* per evitare arricchimenti ingiustificati del danneggiato/creditore. Le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, nn. 12564 -7/2018 cit.), nell'affrontare il problema della cd. *compensatio lucri cum damno*, muovono dalla teoria differenziale e affermano: «la compensatio ... [trova] il proprio fondamento nella idea del danno risarcibile quale risultato di una valutazione globale degli effetti prodotti dall'atto dannoso»... «se l'atto dannoso porta, accanto al danno, un vantaggio, quest'ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell'entità del risarcimento», non potendo il danno determinare un lucro né potendo «la misura del risarcimento (...) superare quella dell'interesse leso o condurre a sua volta ad un arricchimento ingiustificato del danneggiato». L'art. 1223 c.c. «implica, in linea logica, che l'accertamento conclusivo degli effetti pregiudizievoli tenga anche conto degli eventuali vantaggi collegati all'illecito in applicazione della regola della causalità giuridica». In dottrina, cfr. diffusamente IZZO, *La giustizia del beneficio*, Trento, 2018, 161; PELLEGRINI, *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni sul risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, in *Jus civile*, 5, 2018 640 ss.; SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit. 52; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 700; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 272. Il principio del risarcimento integrale e il divieto di arricchimento del danneggiato/creditore, non codificati, riposano sulla esigenza di riportare il danneggiato nella situazione ipotetica nella quale si sarebbe trovato in assenza del fatto illecito o dell'inadempimento in ossequio all'origine etimologica del lemma risarcimento. Sul punto, v. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 891; GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, 172; MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano,

patrimoniale previsto dall'art. 2059 c.c. che, secondo parte della dottrina, contiene in sé una componente deterrente e/o sanzionatoria e, secondo altri autori, assolve a una funzione solidaristico/satisfattiva che impedisce di ascrivergli una esclusiva funzione compensativa in quanto, insuscettibile di una misurazione oggettiva in termini monetari, sfugge alla regola della equivalenza economica<sup>963</sup>.

Venuta meno la funzione “sanzionatoria” della colpa, non si nega che la responsabilità civile, oltre alla prevalente funzione compensativa, svolga anche in senso lato una funzione deterrente essendo indubbio che in un sistema in cui a un atto illecito consegue il sorgere di un'obbligazione risarcitoria, al pari della pena, anche il risarcimento viene avvertito dal danneggiante come un male in quanto costituisce una perdita economica<sup>964</sup>.

Inoltre, nel corso degli anni e in materie diverse tra loro, sono state emanate numerose disposizioni legislative indicate - in parte - al punto 5.2. della motivazione di Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601 (oggetto di trattazione successiva) aventi ad oggetto misure civilistiche punitive e/o deterrenti (talvolta ricondotte alle pene private) all'interno delle leggi speciali<sup>965</sup> che hanno impresso agli istituti di volta in volta considerati valenza deterrente e/o sanzionatoria che dovrebbero deporre, in termini ricostruttivi, per la cd. polifunzionalità della responsabilità civile.

E' assolutamente essenziale accertare quale/i funzione/i persegue l'istituto civilistico su cui vi è notevole incertezza che rischia di tradursi, nell'opera di interpretazione e

---

1990, 68; PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. e imp.*, 1998, 1144; PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 553; ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. E imp.*, 2017, 1097. Situazione che, perché ipotetica e quindi filtrata dalla disciplina normativa, ben può divergere da quella naturalistica (v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 815). Il problema della quantificazione del danno è una questione di politica del diritto, mutevole nel tempo e il principio della riparazione integrale può soffrire più o meno specifiche limitazioni in dipendenza del bilanciamento degli interessi del danneggiato con quelli della società nel suo complesso considerata.

<sup>963</sup> *Infra*, parte II, par. 5.

<sup>964</sup> CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, cit., 391; RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., 30 ss.

<sup>965</sup> Per approfondimenti, si rinvia a MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.; ID, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. Civ.*, 3, 2016, 548 ss.; BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996 PATTI, voce *Pena Privata*, in *Digesto*, XIII, Torino, 1995; CICERO, voce *Pena privata*, *ivi*, agg., Torino, 2013; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit.; BARATELLA, *Le pene private*, cit.; PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, *Dig. disc. priv. civ.*, Sez. Civ., agg., Torino, 2007, 452 ss.; CICERO, *I danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg., XI, 2018, 93 ss.



applicazione dei concetti giuridici indeterminati impiegati dal legislatore (quali il danno ingiusto, il nesso causale e il danno risarcibile), in incertezza normativa e operativa<sup>966</sup>.

Se nell'attuale panorama normativo alla responsabilità civile non può ascriversi una funzione unitaria ed esclusiva<sup>967</sup>, per altro verso, si tende sovente ad assegnarle una eccessiva quantità di compiti che difficilmente potrebbe realizzare in maniera adeguata, talora sovrapponendosi ad altre forme di tutela civile o pubblicistiche. «*Punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il carico dei danni, ripartire le perdite ed i rischi, allocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive e i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato ed il valore primario della persona umana, sono compiti troppo numerosi e contraddittori non solo per il titolo IX del libro IV, ma per qualunque sistema positivo*»<sup>968</sup>.

Autorevole dottrina<sup>969</sup> ha affermato che alla responsabilità civile può essere assegnata una funzione generale: indicare al legislatore i settori nei quali intervenire con idonei provvedimenti poiché l'istituto si giova di una tecnica legislativa per clausole generali facilmente adattabili a molteplici situazioni ed è quindi in grado di segnalare al legislatore la necessità di regolare in modo univoco un complesso omogeneo di conflitti. Va segnalato che nell'ambito della responsabilità civile e in particolare con riferimento alle funzioni, si è assistito a uno scollamento, talvolta notevole, tra la dottrina e la

---

<sup>966</sup> SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 310 ss. Nel senso che il discorso intorno alle funzioni della responsabilità civile debba essere condotto in prospettiva storico – sistematica v. FRANZONI, *Dei fatti illeciti (artt. 2043 – 2059 c.c.)*, cit., 37 ss.

<sup>967</sup> Cfr. già RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643 e ss.

<sup>968</sup> Così SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 128 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici anche alla letteratura straniera.

Sulle funzioni della responsabilità civile la letteratura è amplissima v. *ex multis* ID., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, cit., 83 ss.; ID., *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1085 ss.; ID., *La responsabilità civile*, cit., 1 – 42 e 304 – 329; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di SACCO, Torino, 1998, 19 ss.; PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1996, 9 ss.; BUSNELLI – PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 272 ss.; TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 3 ss.; SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, 829 ss.; ID (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 1 ss.; BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 876 ss.; ALPA, *La responsabilità civile, I principi*, Torino, 2018, 41 ss.; VOLPE, *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi*, in *I danni punitivi*, cit., 83 ss.; CRICENTI, *I principi della responsabilità civile*, Bari, 2018, 17 ss.; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile*, a cit., 36 ss.; ID., *Il danno risarcibile*, cit., 699 ss.; P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., 129 ss.; ALPA – BESSONE – ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1995, 26 ss.; FAVA, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 196 ss.

Per tutti, nella tradizione giuridica di *common law* v. FLEMING, *The Law of Torts*, Sydney, 1975, 13.

Di eclissi della responsabilità civile discorre invece CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 191 ss.; sempre in prospettiva critica ID., *Responsabilità civile*, cit. 28.

<sup>969</sup> ALPA, *Ingegneria sociale*, in *La responsabilità civile*, a cura di ALPA-BESSONE, cit., 10; cfr. anche DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, 65 e ss. secondo cui alla responsabilità civile è attribuito il ruolo di sperimentare il modo di risolvere conflitti secondo modelli che successivamente possono diventare norme giuridiche.

giurisprudenza; basti soltanto considerare che delle tre classiche funzioni riparatoria, deterrente e sanzionatoria<sup>970</sup> rinvenibili nell'art. 2059 c.c., nelle previsioni contenute nelle leggi speciali e anche in alcune disposizioni codicistiche (ad esempio la clausola penale), la prevalente giurisprudenza ha valorizzato soltanto la prima, ritenuta unica e esclusiva.

Chiara espressione della concezione monofunzionale delle regole di responsabilità civile sono le pronunzie rese in tema di cd. danni punitivi prima del *revirement* operato da Cass., Sez. Un., n. 16601/2017 cit.

Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183<sup>971</sup> e Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781<sup>972</sup>, hanno ritenuto incompatibili con l'ordinamento giuridico italiano, sotto il profilo della violazione delle regole dell'ordine pubblico nazionale, sentenze straniere contenenti condanne ai *punitive damages* poiché al risarcimento del danno è estranea l'idea di punizione e, di conseguenza, è irrilevante la condotta del danneggiante<sup>973</sup>; analogo principio è stato

---

<sup>970</sup> Diffusamente ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, cit., 41 e ss. e ivi ulteriori riferimenti sul punto.

<sup>971</sup> In *Resp. civ. e prev.* 2008, 1, 188. Così in motivazione «Ritenuto che nell'ordinamento italiano alla responsabilità civile è estranea l'idea della punizione, fondandosi il risarcimento del danno sull'esistenza di una lesione e sulla prova delle conseguenze negative sofferte dal danneggiato, e rimanendo irrilevanti, ai fini del risarcimento, la condotta del danneggiante, lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato; ritenuto che la clausola penale non ha natura e finalità punitive, assolvendo alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tanto è vero che, se l'ammontare della clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso od uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotto;... è incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto nordamericano dei cc.dd. danni punitivi ("punitive damages")».

<sup>972</sup> In *Foro it.* 2012, 5, 1449. Così in motivazione «Nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive — restando estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta — ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, non essendo previsto l'arricchimento, se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto all'altro. È quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi».

<sup>973</sup> Nello stesso senso anche la giurisprudenza di merito negli ulteriori precedenti in tema di esclusione del riconoscimento di sentenze straniere recanti condanne punitive ex artt. 16, 64 e 65 L. 31 maggio 1995, n. 218 v. *App. Trento*, 16 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 92 ss. e *App. Napoli*, 4 gennaio 2010, in *leggiditalia.it*.

Lo stesso orientamento è stato ribadito nella sentenza Cass., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255 sul caso CIR/Fininvest in *Danno e resp.*, 2, 2014, 123 ss., commentata in tutte le principali riviste giuridiche. Nella nota e complessa vicenda, nonostante la liquidazione di un ingente importo a titolo di risarcimento del danno extracontrattuale da reato (corruzione di un giudice), la Suprema Corte, dopo avere premesso che «la legittimità e l'autonomia dell'azione aquiliana resta ..., tutta iscritta nella tradizionale orbita riparatoria/compensativa della responsabilità civile, nella quale l'intensità del dolo e la gravità della colpa non sono (ancora) destinati a giocare un ruolo decisivo ai fini della pronuncia risarcitoria», ha osservato in motivazione «Non coglie nel segno la doglianza relativa alla pretesa liquidazione di un danno c.d. "punitivo" in favore della Cir perchè, oltre a quanto si è già avuto modo di osservare in occasione dell'esame del 4 motivo di ricorso (supra, p. 99), di danni punitivi (costantemente esclusi nella loro astratta configurabilità da questa corte regolatrice che, dopo una isolata sentenza del giudice delle leggi ricognitiva di una funzione anche sanzionatoria della responsabilità civile -Corte cost. 641/1987- ne ha sempre espressamente evocato la esclusiva funzione riparatorio/restitutoria - Cass. 1781/2012; 10329/2008; 1183/2007; 10837/1995 - al pari della stessa giurisprudenza amministrativa - da ultimo, Consiglio di giustizia siciliano 424/2013; Consiglio di Stato 4523/2012 - che preferisce discorrere di sanzioni civili

affermato in materia di responsabilità professionale da Cass. n. 15814/2008<sup>974</sup>, per il danno non patrimoniale (Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, nn. 26972-5)<sup>975</sup> e quello cd. “tanatologico” da morte immediata o quasi immediata da Cass. S.U. n. 15350/2015<sup>976</sup>.

*A latere* di pronunce che hanno affermato la monofunzionalità della responsabilità civile a carattere esclusivamente compensativo, se ne pongono altre, coeve, di contenuto diametralmente opposto.

Cass., 15 aprile 2015, n. 7613<sup>977</sup>, valorizzando indici normativi presenti nel nostro ordinamento in cui il risarcimento può perseguire funzione deterrente e/o sanzionatoria, ha risolto in termini positivi il tema del riconoscimento e dell'esecutività nel nostro Paese di un provvedimento giurisdizionale emesso da un'Autorità giudiziaria straniera (Belgio) contenente l'applicazione della misura dell'*astreinte*<sup>978</sup>. Nello stesso anno le

---

*indirette, nella specie con riguardo all'art. 114, comma 4 lett. e del codice del processo amministrativo) è lecito discorrere tutte le volte che la quantificazione del risarcimento non sia riferibile al danno lamentato, ma alla gravità dell'offesa arrecata, e da quello del tutto prescindere (al punto che la liquidazione è dovuta anche in assenza di danno), mentre, nel caso di specie, la corte territoriale ha proceduto ad una analitica valutazione dell'an e del quantum del danno lamentato, ponendolo poi in correlazione causale con la condotta del danneggiante (impregiudicata, al momento, la questione della correttezza di tale valutazione con riguardo ai danni riconosciuti in via equitativa al di là di quelli concretamente accertati tramite CTU con riferimento alla convenzione transattiva)». La Suprema Corte ha seguito l'orientamento consolidato confermando la sentenza impugnata nella misura in cui, immune da vizi logici nella individuazione dei criteri di quantificazione, ha individuato il danno patrimoniale subito da CIR nel divario economico tra la transazione stipulata in concreto dalle parti a causa della decisione viziata dalla corruzione di un giudice (componente il Collegio) e la proposta transattiva iniziale formulata da Fininvest a CIR quale “occasione perduta” certamente ad essa più favorevole. Ha invece censurato la decisione di merito nella misura in cui ha attribuito in via equitativa a CIR una ulteriore maggiorazione del danno in relazione alle diverse situazioni di mercato in cui la stessa si sarebbe trovata in epoca precedente il deposito del lodo viziato e ha confermato la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto la domanda di condanna generica di Fininvest al risarcimento del danno non patrimoniale da reato subito da CIR.*

<sup>974</sup> Secondo Cass., 12 giugno 2008, n. 15814 in *Guida al diritto* 2008, 42, 85 «*Nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro; ne consegue che, pure nelle ipotesi di danno in re ipsa, in cui la presunzione si riferisce solo all'an debeat (che presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l'id quod plerumque accidit) e non alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale, permane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario*».

<sup>975</sup> Le note sentenze si San Martino del 2008 hanno escluso la risarcibilità del danno patrimoniale *in re ipsa* e richiamato anche in questo caso il principio della riparazione integrale. Per ulteriori approfondimenti anche sul nuovo corso del danno alla persona e la successiva evoluzione giurisprudenziale si tornerà nei paragrafi successivi (*infra* parte II, par. 7 e ss.).

<sup>976</sup> Cass., S.U., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2015, 4, 1287. Per l'evoluzione giurisprudenziale sul punto, *infra* parte II, par. 5.

<sup>977</sup> In *Resp. civ. prev.* 2015, 1899, con nota di VENCHIARUTTI.

<sup>978</sup> *Infra*, parte I, par. 7. Sollecitata dalle argomentazioni dei ricorrenti che accostavano l'istituto delle *astreintes* a quello dei danni punitivi, i giudici avevano delineato i tratti differenziali delle prime dai secondi non negando che entrambi i rimedi mirano all'adempimento e funzionano come sanzioni. L'*astreinte* non ripara il danno, ma lo minaccia nei confronti di chi si comporterà nel modo non previsto e quindi esercita una pressione a tenere il comportamento dovuto; il risarcimento ha come finalità primaria di riparare al pregiudizio subito anche se può perseguire altri scopi quali la deterrenza/prevenzione dei fatti illeciti sulla base di vari indici normativi tra cui l'art. 125, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, sulla

Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., S.U., 6 maggio 2015, n. 9100<sup>979</sup>), in tema di danno patrimoniale e in fattispecie concernente la responsabilità degli amministratori, hanno messo in luce che *«postulare che l'amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società solo perchè non ha correttamente adempiuto l'obbligo di conservazione delle scritture contabili ed ha reso perciò più arduo il compito ricostruttivo del curatore fallimentare equivale ad attribuire al risarcimento del danno così identificato una funzione palesemente sanzionatoria (che, in ipotesi di condotta dolosa, rischierebbe almeno in parte di sovrapporsi alle sanzioni penali già contemplate dalla L. Fall., art. 216, comma 1, n. 2, e art. 223). Ciò potrebbe oggi forse non apparire più così incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacchè negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento (si pensi, ad esempio, all'art. 96 c.p.c., u.c., in materia di responsabilità processuale aggravata)»*<sup>980</sup>.

Ancora Cass., Sez. III., 22 gennaio 2015<sup>981</sup>, n. 1126, nel censurare la condotta gravemente discriminatoria tenuta dai Ministeri nei confronti di un soggetto dichiaratosi omosessuale –dapprima esonerato dal servizio di leva e poi, a cagione del proprio orientamento sessuale, obbligato a sostenere una nuova visita per l'accertamento dell'idoneità psico-fisica alla guida –, ha statuito *«nonostante il malaccorto tentativo della Corte territoriale di edulcorare la gravità del fatto, riconducendola ad aspetti soltanto endo-amministrativi, non pare revocabile in dubbio che la parte lesa sia stata vittima di un vero e proprio (oltre che intollerabilmente reiterato) comportamento di omofobia. La gravità dell'offesa, requisito la cui indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno si desume, sia pur a contrario, dalle stesse sentenze delle Sezioni Unite di questa Corte dell'11 novembre 2008, appare pertanto predicabile, nella specie, con assoluta certezza»*.

---

violazione di un diritto di proprietà industriale e l'art. 158, l. 22 aprile 1941, n. 633, come sostituito all'art. 5, d.lgs. n. 140/2006, sulla protezione del diritto d'autore. Per ulteriori approfondimenti v. i paragrafi successivi.

<sup>979</sup> In *Giur. Comm.* 2016, 3, 529.

<sup>980</sup> Cass. S.U. 6 maggio 2015, n. 9100 in *Foro It.* 2016, I, I, 292 citata da BENEDETTI: *Funzione sanzionatoria*, cit., pag. 32 il quale osserva la notevole apertura verso una funzione punitiva nella parte in cui la Corte afferma che se la mancanza di scritture contabili rende difficile per il curatore una quantificazione ed una prova precisa del danno ... riconducibile a un ben determinato inadempimento imputabile all'amministratore della società fallita, lo stesso curatore potrà invocare a proprio vantaggio la disposizione dell'art. 1226 c.c. e chiedere che il giudice nell'ambito di questa valutazione tenga conto, in tutto o in parte, dello sbilancio patrimoniale della società.

<sup>981</sup> In *Diritto di Famiglia e delle Persone (Il)* 2015, 3, 928.

In un contesto così confuso e contraddittorio, anche su sollecitazioni della dottrina, con l'ordinanza n. 9978 del 16 maggio 2016<sup>982</sup>, la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha sottoposto alle Sezioni Unite la questione della riconoscibilità in Italia di sentenze straniere che comminano risarcimenti punitivi per ottenere una definitiva decisione anche sulla natura mono o polifunzionale della responsabilità civile.

Emergono conseguentemente due profili problematici: la necessità di chiarire, al di là della certa funzione riparatoria, in presenza di quali presupposti la responsabilità civile possa eventualmente svolgere ulteriori funzioni (in particolare, ai fini della presente ricerca, quella deterrente e/o sanzionatoria) per rendere effettiva la protezione dei diritti in tutti i casi in cui il risarcimento meramente compensativo risulti inadeguato per difficoltà probatorie o perché largamente inferiore al profitto conseguito dall'autore dell'illecito o per l'inadeguatezza delle tutele pubblicistiche o per l'estrema diffusività del danno, e gli eventuali limiti di razionalità e di efficienza sottesi alla stessa riparazione dei danni in ottica puramente compensativa<sup>983</sup>.

---

<sup>982</sup> In *Resp. civ. prev.* 2016, p. 232 con note di SCOGNAMIGLIO e QUARTA.

<sup>983</sup> SALVI, *La responsabilità civile*, op. cit., 311. L'esigenza di garantire compensazione piena ed effettiva alle vittime degli illeciti ha spinto il legislatore talora a ridurre l'area di operatività dell'istituto civilistico prevedendo forme di assicurazione o di sicurezza sociale e talora a diversificare i vari modelli normativi di responsabilità presenti in settori specifici (ad esempio responsabilità per danno ambientale, responsabilità del produttore, responsabilità per illecito trattamento dei dati personali e così via).

#### **4. I principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite con riferimento ai cd. danni punitivi e l'adesione alla cd. polifunzionalità delle regole della responsabilità civile**

Con la citata ordinanza n. 9978/2016, la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha sottoposto alle Sezioni Unite il tema della riconoscibilità in Italia di sentenze straniere che comminano risarcimenti punitivi. Al di là dei profili di diritto internazionale privato sottesi alla decisione sui quali non occorre indugiare ai fini della presente ricerca (essenzialmente il passaggio dalla concezione dell'ordine pubblico intesa in una dimensione nazionale a quella meno restrittiva di stampo internazionale), conviene soffermarsi sui principi di diritto formulati con riferimento alle regole della responsabilità civile<sup>984</sup>.

Al punto 5.1. della motivazione, Cass. S.U. 16601/2017 cit. osserva che in precedenza, per negare ingresso a pronunce straniere contenenti una condanna punitiva, Cass. nn. 1183/2007 e 1781/2012 cit. hanno richiamato la concezione esclusivamente compensativa della responsabilità civile.

Le Sezioni Unite ritengono che questa analisi risulti superata perché le stesse Sezioni Unite n. 9100/2015 cit., in tema di responsabilità degli amministratori, hanno evidenziato che, diversamente da quanto una volta si riteneva, negli ultimi decenni sono state introdotte disposizioni legislative volte a dare un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento del danno che non può perciò più ritenersi «*incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento*».

Pertanto, concludono le S.U. n. 16601/2017 cit., «*accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni)*<sup>985</sup>, che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva».

Al punto 5.2. della motivazione la Suprema Corte ha dato atto della presenza nel panorama normativo di molteplici interventi legislativi da cui può agevolmente ricavarsi la polifunzionalità della responsabilità civile e, al punto 5.3., ha evidenziato che la stessa Corte Costituzionale per rispondere a un'esigenza di effettività della tutela dei

---

<sup>984</sup> Sia l'ordinanza di rimessione n. 9978/2016 sia la sentenza delle Sezioni Unite n. 16691/2017 cit. sono state commentate in tutte le principali riviste giuridiche e il tema dei danni punitivi è stato preceduto da un ampio dibattito dottrinale. Per ulteriori approfondimenti si rinvia agli autori già citati nel Cap. I in nota n. 3.

<sup>985</sup> Il riferimento è a BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 879 che richiama MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, Dig. IV, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 24.

diritti (Corte Cost. n. 238/2014<sup>986</sup>) ammette espressamente la polifunzionalità della responsabilità civile e in particolare quella sanzionatoria/deterrente (Corte Cost. n. 303/2011)<sup>987</sup> e sanzionatoria-indennitaria (Corte Cost. n. 152/2016<sup>988</sup> e, più recentemente, Corte Cost. n. 139/2019)<sup>989</sup>.

Vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile per assicurare effettività della tutela alle situazioni giuridiche soggettive lese.

Tuttavia, «*ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati.*

*Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario»<sup>990</sup>.*

Nella sua prima parte, il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite è che, sulla base di una ontologica incompatibilità dei *punitive damages*, non potrà più negarsi l'ingresso nel nostro ordinamento di condanne contenenti danni punitivi adottate da giudici stranieri. E' poi enunciata, al punto 7 della motivazione, una seconda parte dello stesso principio per arginare un'eccessiva apertura all'ingresso di prodotti giuridici stranieri: il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una condanna ai *punitive damages*, deve essere resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico che in Italia è caratterizzato dalla necessità che un tipo di condanna del genere debba necessariamente essere ancorata alla riserva di legge prevista dall'art. 23 cost. anche in relazione agli artt. 24 e 25 cost. e in rapporto con l'art. 7 CEDU.

---

<sup>986</sup> Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, 1152.

<sup>987</sup> Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Guida al diritto* 2012, 5, 39 con riferimento all'indennità *ex art.* 32, commi 5, 6 e 7 L. n. 183/2010 (trasfusa nell'art. 28 D.Lgs. n. 81/2015) su cui *infra* par. 6.

<sup>988</sup> Corte cost., 23 giugno 2016, n. 152 in *Foro it.* 2016, 9, 2639, con riferimento all'art. 96 c.p.c. su cui *infra* par. 9.

<sup>989</sup> Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139 in *Diritto e Giustizia on line*, sempre con riferimento all'art. 96 c.p.c. su cui *infra* par. 9.

<sup>990</sup> Così, par. 5 mot., ultima parte.

Il principio di legalità postula che la condanna provenga da una fonte normativa riconoscibile e risponda a principi di tipicità mediante precisa perimetrazione della fattispecie. Così come il giudice italiano non può emettere condanne punitive, allo stesso modo nell'ordinamento straniero la decisione deve trovare ancoraggio normativo nel senso che deve esservi una legge o una fonte simile (es.: giurisprudenza assurta a pari rango nell'ordinamento di provenienza) che abbia autorizzato il giudice a pronunciare quella condanna. Inoltre, la condanna deve essere caratterizzata da limiti predeterminati in modo da poter essere prevedibile nell'ordinamento di provenienza e deve essere proporzionata come si desume dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione relativo ai "*Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*".

Proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione.

E' stato osservato che il controllo sulla proporzionalità attribuibile a Beccaria, è accolto in tutti gli ordinamenti occidentali e, come già ampiamente visto nel Cap. I è sancito nell'VIII emendamento della Costituzione americana che vieta i *grossly excessive* analogamente agli orientamenti di tutte le altre Corti Supreme che si sono pronunziate in argomento.

Poiché dalla rapida rassegna contenuta nella decisione dei dati rinvenuti oltre Atlantico emerge un *trend* evolutivo verso una sempre maggiore tipizzazione e predeterminazione qualitativa e quantitativa dei *punitive damages*<sup>991</sup>, è agevole pensare, in futuro, ad una maggiore circolazione di simili prodotti giuridici stranieri<sup>992</sup>.

Sulle problematiche interne che derivano dal riconoscimento dei principi di legalità, tipicità e proporzionalità anche in materia di responsabilità civile, si tornerà in seguito dopo avere esaminato e correttamente inquadrato le ipotesi problematiche in presenza delle quali si avrebbero aperture verso una concezione polifunzionale delle regole di responsabilità civile.

---

<sup>991</sup> Ampiamente riportata al Cap. 1, Parte I, par. 4.2.6.

<sup>992</sup> Per ulteriori aspetti problematici con riferimento alla delibabilità, cfr. BRIGUGLIO, *Responsabilità civile ed ipotesi di ammissibilità dell'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi* in *Resp. civ. e prev.* 2017, 5, 1597.



## 5. Il problema dei cd. danni punitivi in Italia tra responsabilità civile e prestazioni pecuniarie sanzionatorie.

Discorrere di *danni punitivi* nell'ordinamento giuridico italiano pone un preliminare problema di inquadramento giuridico<sup>993</sup> acuito dall'assenza di specifiche previsioni legislative che illuminino l'interprete da cui derivano importanti conseguenze in ordine alla disciplina di diritto sostanziale e processuale applicabile ai singoli istituti considerati<sup>994</sup>.

L'analisi svolta nei precedenti capitoli, rilevante a fini interpretativi interni<sup>995</sup>, ha consentito di trarre importanti conclusioni. Nella configurazione prevalente, i *punitive – exemplary damages* sono prestazioni pecuniarie con principale funzione deterrente e sanzionatoria e ancillare scopo risarcitorio mentre i risarcimenti punitivi e/o deterrenti interni sono strutturalmente e funzionalmente inquadrati nelle regole della responsabilità civile, ma presentano una commistione nel senso che perseguono, in dipendenza di peculiari ragioni di politica del diritto, anche scopi preventivi ed eventualmente sanzionatori<sup>996</sup>.

Dunque i *punitive damages* nordamericani<sup>997</sup>, di natura polimorfa e ibrida, che hanno prodotto eccessi e inciso sulla stessa tenuta del sistema – da cui sono seguiti importanti

---

<sup>993</sup> Sul punto per tutti GRANELLI, op. cit., 1761. V. anche DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 53 ss.; RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2018, 1813 ss. V. anche GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 10, 2018, con riferimento alle disposizioni contenute nei codici di diritto processuale civile e amministrativo, 2293 ss. Sulla necessità di distinguere sul piano strutturale e funzionale le regole di responsabilità civile dalle altre molteplici previsioni di sanzioni civili punitive e/o deterrenti presenti nell'ordinamento v. già BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 863.

<sup>994</sup> Per i profili di criticità di diritto processuale sottesi alle sanzioni civili punitive v. DONZELLI, *Sanzioni civili pecuniarie civili e giusto processo*, in *Giustizia civile*, 2, 2019, 373 ss. L'autore, come indicato nel testo, propone di distinguere i risarcimenti punitivi in senso stretto dalle altre ipotesi tipiche di sanzioni civili che sono aggiuntive o indipendenti dall'esistenza di un danno risarcibile che fuoriescono dalla tutela risarcitoria.

<sup>995</sup> Secondo TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di CICU – MESSINEO, Milano, 1980, 375, l'analisi comparatistica può rilevare a fini interpretativi «ad accreditare l'attribuzione a un enunciato legislativo di quel significato normativo che si assume costituire il significato di enunciati normativi (o di altri documenti-fonti) di un diverso ordinamento giuridico» da saggiare successivamente con il dato positivo interno per verificarne la condivisibilità e l'eventuale recepimento.

<sup>996</sup> Si rinvia al precedente cap. I e a DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, op. cit., 70. Si è già osservato nel capitolo precedente che nella tradizione dei Paesi di *civil law* l'obiettivo principale non è tanto quello della sanzione degli illeciti civili, quanto quello della prevenzione e deterrenza; nello stesso senso, recentemente, MEURKENS, op. ult. cit., 23.

<sup>997</sup> Si rinvia al Cap. I, Parte I, parr. 4.2. ss. Ben diversa è risultata la situazione inglese ove le condanne esemplari non hanno presentato particolari eccessi sotto il profilo quantitativo per la contestuale esistenza degli *aggravated damages*, la non applicabilità in ambito contrattuale, la ristretta serie di ipotesi nelle quali è presente la giuria e le sole 3 categorie di ipotesi delineate dalla *House of Lords*. Se comune è l'origine dei *punitive – exemplary damages* nel campo dei *torts*, nell'ambito dei labili confini tra i domini propri del diritto civile e quelli del diritto penale, diversa è l'evoluzione registratasi nel tempo all'interno delle due principali esperienze di *common law* in esame (USA e Inghilterra).

correttivi sostanziali e processuali che ne hanno ristretto la portata applicativa e reso sempre più prevedibili le condanne ultracompenso – non si prestano a un trapianto nel nostro sistema normativo e neppure avrebbe senso pensare di importarli nell'ordinamento giuridico italiano perchè costituiscono un mattone di un edificio ben più complesso<sup>998</sup>.

Allo stato appare quasi impensabile un intervento legislativo che introduca, in via generale<sup>999</sup>, i danni punitivi sul modello anglosassone il quale porrebbe a rischio, attraverso un'eccessiva discrezionalità del giudice, quella calcolabilità e prevedibilità del diritto di cui il capitalismo ha bisogno<sup>1000</sup> e determinerebbe un'eclissi del diritto della responsabilità civile<sup>1001</sup>.

Autorevole dottrina ha osservato che una regola di responsabilità punitiva, eccedente la misura del danno cagionato, aprirebbe la strada a valutazioni non controllabili oggettivamente e, poiché nel diritto italiano la disciplina positiva della responsabilità civile non prevede l'imposizione del pagamento di somme di danaro in mancanza di danno e in funzione puramente punitiva<sup>1002</sup>, le ipotesi normative nelle quali la condanna dell'autore di un comportamento lesivo al pagamento di una somma di danaro prescinde dalla rilevazione di una corrispondente perdita nel patrimonio della vittima, devono essere relegate a eccezione alla regola generale della natura compensativa dell'istituto civilistico in esame<sup>1003</sup>.

Nella citata Cass. Sez. Un., n. 16601/2017, nell'ambito dell'ampia motivazione resa ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c., la Suprema Corte ha ricondotto i cd. danni punitivi

---

<sup>998</sup> Per tutti v. ZENO - ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a punitive damages*, reperibile in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

In precedenza, sia sufficiente il rinvio alle sintetiche riflessioni di PONZANELLI, *I danni punitivi, in La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 320 – 322.

<sup>999</sup> SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi?*, cit. osserva che «non è rinvenibile, tra le pieghe dell'ordinamento, una regola che possa ergersi a presidio di un rimedio punitivo generalizzato»; non certo il principio di effettività che presuppone una forma di tutela già nota al sistema che, in particolari ipotesi, va corretta attraverso ipotesi di risarcimenti ultracompenso per assicurare al titolare del diritto la piena ed effettiva attuazione del suo interesse.

Secondo CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, c.d. danno esistenziale*, cit., 331 ss., «una disposizione legislativa che si limitasse a prevedere il potere del giudice di irrogare risarcimenti punitivi contrasterebbe con il principio di legalità che presiede alla pena da almeno due punti di vista: il primo e più importante costituito dall'assenza di una previsione legislativa che tale potere preveda; il secondo costituito dall'incertezza essenziale circa l'entità della pena stessa: ambedue questi profili contrasterebbero con l'art. 25, 2° co. Cost. Dal punto di vista più propriamente civilistico, vi è poi l'art. 23 Cost., che prevede la riserva di legge per ogni «prestazione personale o patrimoniale».

<sup>1000</sup> Per tutti IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; ID, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 20 e 26.

<sup>1001</sup> Il riferimento è a CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 191 ss.; cfr. anche BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, in [giustiziavivile.com](http://giustiziavivile.com), approfondimento del 24 maggio 2017, 12.

<sup>1002</sup> Cfr. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, 28 – 31 e 897 ss.

<sup>1003</sup> TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 4 e ss.

alla disciplina della responsabilità civile ed evidenziato - superando l'orientamento di segno contrario in precedenza sostenuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità - che da una pluralità di previsioni normative alquanto eterogenee interne, si evincerebbero aperture legislative verso la deterrenza e la sanzione degli illeciti civili anche nell'ordinamento giuridico italiano.

Nel valutare la struttura delle norme giuridiche che contemplano specifiche prestazioni pecuniarie a scopo sanzionatorio e/o deterrente occorrerà, dunque, verificare, se sussista un collegamento qualificato con un *danno* da risarcire perché solo in tale evenienza può essere invocata la disciplina della responsabilità civile (contrattuale o extracontrattuale a seconda del fatto generatore) e configurare eventuali risarcimenti punitivi e/o deterrenti. In questa prospettiva, dalle ipotesi di responsabilità civile - caratterizzate dalla necessaria esistenza di un *danno* giuridicamente rilevante e una conseguente obbligazione risarcitoria (pecuniaria e di valore) - vanno distinte altre forme di tutela civile (inibitoria, restitutoria, riduzione in pristino).

L'inibitoria mira a prevenire il verificarsi di un pregiudizio o a impedire che l'illecito possa produrre ulteriori conseguenze dannose. L'ordine di inibitoria presuppone l'esistenza di un illecito civile, ma non sempre di un danno e guarda al futuro e non al passato; costituisce una forma di tutela *ex ante* e non è volta a rimuovere *ex post* (per equivalente o in forma specifica) un pregiudizio già prodottosi nella sfera giuridica del danneggiato<sup>1004</sup>.

---

<sup>1004</sup> Secondo LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e attuazione dei diritti*, vol. I, cit., 345 ss., in caso di illeciti permanenti, il risarcimento in forma specifica attraverso ripristino delle precedenti condizioni, potrebbe contenere al proprio interno anche l'ordine di inibitoria. L'autore sostiene che il risarcimento del danno in forma specifica in realtà non è un risarcimento, ma un rimedio generale di tipo reintegrativo che è volto al ripristino della situazione violata senza l'impiego del denaro come surrogato (LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e imp.*, 1987, 106 ss.); l'art. 2058 c.c. rappresenterebbe il fondamento di un generale rimedio ripristinatorio e inibitorio; non sarebbe in alcun modo collegabile al risarcimento per equivalente e potrebbe contemplare qualsiasi condanna a una prestazione per la reintegrazione dell'interesse leso e la imposizione di comportamenti per il futuro. L'autore riprende e sviluppa ulteriormente la posizione di DE CUPIS, *Il danno*, II, cit., 305 ss.

Si obietta che in tal modo si finisce per sovrapporre l'ordine di inibitoria che incide soltanto sull'interesse leso con il risarcimento del danno che invece ripara le utilità perdute in conseguenza della lesione dell'interesse stesso (reazione al pregiudizio prodottosi) cfr. già SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 204 ss. secondo cui il risarcimento in forma specifica e per equivalente sono due modalità alternative di attuazione dell'obbligazione risarcitoria (pag. 228); SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e attuazione dei diritti*, vol. I, cit., 578 ss.; anche CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, ivi, 500 ss.; BARCELLONA, *Sul risarcimento in forma specifica*, ivi. Nello stesso senso SALVI, *Il danno*, cit., 33 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 214 ss.; D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 312 ss.

Posto che l'inibitoria non rientra nella disciplina della responsabilità civile e perciò nell'oggetto della presente ricerca, occorre evidenziare che, specie con riferimento agli illeciti seriali diffusi, potrebbe avere significativa portata preventiva e deterrente. Si rinvia per ulteriori approfondimenti a PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, cit., 216 ss. In questa prospettiva di ampliamento della sfera di azione delle

Dal risarcimento in forma specifica o per equivalente occorre distinguere anche le azioni restitutorie di carattere personale e le azioni di riduzione in pristino nonché quelle di esecuzione forzata in forma specifica successive all'inadempimento/fatto illecito che non vengono trattate in quanto se il loro obiettivo è restaurare o reintegrare/attuare il diritto violato in conseguenza della condotta illecita/inadempimento e non di riparare un pregiudizio, fuoriescono dal campo della tutela risarcitoria<sup>1005</sup>.

Muovendo dai dati positivi, occorre individuare tra le molteplici e variegate fattispecie indicate nella decisione delle Sezioni Unite<sup>1006</sup> - tra quelle caratterizzate da restituzione degli utili che presentano talune possibili affinità con l'ingiustificato arricchimento, tra le obbligazioni indennitarie con particolare riferimento a quelle previste in materia lavoristica, tra le misure di coercizione indiretta (c.d. *astreintes*) e le prestazioni pecuniarie che in vario modo si aggiungono o si sostituiscono al risarcimento -, quali siano riconducibili propriamente alla disciplina della responsabilità civile sul piano strutturale e funzionale (risarcimenti punitivi e/o deterrenti in senso stretto).

Soltanto ai risarcimenti liquidati per espressa previsione di legge con riferimento a parametri riferibili all'autore del fatto dannoso - quali la gravità della condotta, l'intensità dell'elemento psicologico, l'ammontare dei profitti e le condizioni patrimoniali del danneggiante/debitore - potrà essere riconosciuta natura preventiva e/o punitiva senza sovrapporre, nell'ampio dibattito sulla cd. polifunzionalità della responsabilità civile, l'efficacia sociale alla funzione giuridica delle regole privatistiche<sup>1007</sup>.

---

tutele inibitorie collettive (e della conseguente deterrenza per gli illeciti seriali) va anche inquadrata la nuova disciplina dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. che entrerà in vigore il 19 aprile 2020.

<sup>1005</sup> Diffusamente DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 80 ss. e 305 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 683 ss.; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, 242 ss. ricorda che si rientra nel campo delle restituzioni se si prescinde dall'esistenza di un danno giuridicamente rilevante. Tali azioni mirano a restaurare o reintegrare il diritto violato in conseguenza della condotta illecita e non a riparare un pregiudizio.

<sup>1006</sup> Cass., Sez. Un., 16601/2017 cit. riprende l'elenco di previsioni normative, per definizione mai completo, fornito dalla ordinanza di rimessione Cass. 9978/2016 cit. e da Cass., 14 aprile 2015, n. 7613 in tema di *astreinte* belga che di seguito verranno trattate.

Rispetto, invece, alla ordinanza di rimessione non è vi è alcun riferimento nella decisione delle Sezioni Unite al danno non patrimoniale. Cass. n. 9978/2016 rilevava sul punto che se «*l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato. La recente Cass. n. 1126 del 2015 ha visto nella "gravità dell'offesa" un "requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale"*». Per ulteriori riferimenti *infra*, Parte II, par. 5.

<sup>1007</sup> Secondo BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 7 ss., ogni norma giuridica produce molteplici ed eterogenee conseguenze rispetto alle condotte tenute dai consociati di cui si occupa la sociologia del diritto. Quando si tratta, invece, di dovere selezionare la funzione/i di un istituto giuridico, l'interprete si interroga sulla ragione normativa per la quale il legislatore ha conformato la disciplina (nella specie della responsabilità e del risarcimento) in una determinata maniera. Ricostruire la *ratio legis* diviene poi centrale per segnare i confini della interpretazione estensiva della disposizione e far luogo

## 6. Responsabilità civile e obbligazioni indennitarie

Particolarmente problematiche, rispetto alle regole di responsabilità civile, appaiono le molteplici previsioni conosciute nel codice civile e nelle leggi speciali che contemplano prestazioni pecuniarie di natura indennitaria<sup>1008</sup>. Anche in talune di queste ipotesi tipiche sussiste un fatto dannoso che produce conseguenze pregiudizievoli nella sfera giuridica di un soggetto diverso, ma l'ordinamento giuridico vi ricollega come conseguenza non già il sorgere di una obbligazione risarcitoria, bensì il pagamento di una prestazione indennitaria (o indennizzo) regolata diversamente a seconda dei casi considerati. La disciplina non è unitaria, ma varia in relazione all'ambito considerato come del resto accade per altre previsioni contenute nel codice civile (si pensi all'equità o alla buona fede<sup>1009</sup>).

Occorre comprendere, dunque, se le previsioni di indennizzi forfettari (anche menzionate nella citata Cass., Sez. Un., n. 16601/2017), dovuti a prescindere dalla prova di un pregiudizio ristorabile – che potrebbe in concreto essere tanto superiore quanto inferiore all'ammontare della prestazione dovuta *ex lege* – siano o meno riconducibili alle regole risarcitorie e se conseguentemente possano configurarsi risarcimenti punitivi e/o deterrenti o piuttosto prestazioni pecuniarie *sui generis* estranee al modello codicistico.

Il problema non è meramente teorico perché ne discendono importanti conseguenze giuridiche (si pensi soltanto al differente regime della prescrizione ordinario *ex art.* 2946 in luogo di quella breve *ex art.* 2947 c.c., alla eventuale possibilità di far luogo alla *compensatio lucri cum damno* piuttosto che avere il cumulo tra indennizzo e risarcimento, alle differenti regole probatorie, alla possibile alternativa dell'art. 2058 c.c. e così via).

Tradizionalmente, muovendo da molteplici previsioni contenute nel codice civile, si ricorre, in termini generali, alla categoria dell'atto lecito dannoso per spiegare

---

all'applicazione analogica (*analogia legis e iuris*) solamente in presenza di una lacuna normativa da colmare *ex art.* 12 disp. prel c.c.

<sup>1008</sup> Evidenzia R.SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 21 ss. che il legislatore ha utilizzato il termine indennizzo e indennità con significati profondamente diversi nelle previsioni normative: in alcuni casi come sinonimo di risarcimento, in altri come corrispettivo per la lesione o limitazione di un diritto in altri come criterio per determinare la prestazione correlata alla conclusione di un contratto (ad esempio di assicurazione); cfr. anche ID, voce *Indennità*, in *Noviss. dig. it.*, cit., 594; TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 149; SALVI, voce *Risarcimento del danno*, cit., 1091 ss.; diffusamente FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 710 ss.

<sup>1009</sup> Così FRANZONI, op. ult. cit., 710 secondo cui l'equità, a seconda della disposizione considerata, assume significati completamente diversi (v. art. 1226 c.c. rispetto all'art. 1374 c.c. e quest'ultimo rispetto all'art. 114 c.p.c.) allo stesso modo della buona fede soggettiva *ex art.* 1147 c.c. rispetto a quella oggettiva di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

fattispecie nella quali il legislatore bilancia diritti confliggenti autorizzando, da un lato, il compimento dell'atto dannoso e disponendo, dall'altro, l'indennizzabilità dell'interesse sacrificato<sup>1010</sup>. In tal modo alla prevalenza dell'uno non corrisponde il sacrificio integrale dell'altro.

Diverse sono le posizioni emerse in dottrina sui rapporti esistenti tra responsabilità civile e responsabilità da cd. atti leciti dannosi.

Per un primo indirizzo<sup>1011</sup>, sussistono evidenti differenze strutturali; difetta l'*ingiustizia* del danno perchè nel bilanciamento dei contrapposti interessi – entrambi meritevoli di protezione giuridica – il legislatore dà prevalenza a quello dell'autore del fatto dannoso autorizzandone la condotta lesiva; manca, inoltre, l'obbligo di provvedere alla riparazione integrale del pregiudizio sofferto perchè l'indennizzo, nella misura stabilita *ex lege* o dal giudice, copre soltanto una parte del danno effettivamente subito dalla vittima. Tanto perchè l'ordinamento non potrebbe, senza incorrere in una contraddizione normativa, autorizzare il comportamento lesivo e successivamente ammettere il risarcimento di ogni pregiudizio consequenziale secondo le ordinarie regole risarcitorie. Pur condividendo una funzione parzialmente compensativa la disciplina delle obbligazioni indennitarie è diversa da quelle risarcitorie *ex art.* 1173, ultimo inciso, c.c.<sup>1012</sup>

Per altro orientamento non molto dissimile dal primo, è esclusa la ricorrenza della responsabilità civile proprio perchè il legislatore prevede, per l'esercizio del diritto, l'*onere* del pagamento di una indennità irriducibile alla logica risarcitoria<sup>1013</sup>.

Ad avviso di altra dottrina<sup>1014</sup>, invece, se l'*ingiustizia* del danno si sostanzia nella lesione di una situazione giuridica protetta del danneggiato, anche gli atti leciti dannosi

---

<sup>1010</sup> La categoria dell'atto lecito dannoso risale a SCADUTO – RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, 705 ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 205 ss.

<sup>1011</sup> BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, cit., 77; Secondo BIANCA, *La responsabilità*, V, cit., 567 -569 ss., non è corretto discorrere di responsabilità in presenza di un fatto che non sia antigiuridico. L'obbligo di indennizzo trova fondamento nell'*«esigenza che in determinati casi chi esercita un diritto ne paghi le conseguenze negative subite da altri»*. Le molteplici fattispecie codicistiche di atto lecito dannoso sono da ricondurre al principio secondo cui devono essere indennizzati i pregiudizi derivanti da atti espropriativi e da atti di revoca o di recesso che incidono su contrapposti interessi giuridicamente rilevanti sulla base del bilanciamento effettuato, a monte, dall'ordinamento giuridico attraverso una disposizione che rende lecito il comportamento lesivo. Per ragioni equitative, il legislatore non sacrifica totalmente l'interesse della vittima della lesione, ma vi offre una protezione diversa dal risarcimento: non tutto il pregiudizio è risarcito, ma solo la parte normalmente collegata alla lesione della posizione giuridica sacrificata senza alcuna estensione a pregiudizi ulteriori e riflessi.

<sup>1012</sup> Cfr. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 105 ss. per la quale alle obbligazioni indennitarie si potrebbero applicare estensivamente le disposizioni codicistiche dettate in materia di risarcimento del danno strettamente connesse alla funzione compensativa di quest'ultimo come ad esempio l'art. 2055 c.c. (così a pag. 115).

<sup>1013</sup> MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 462.

possono essere ricondotti alle regole di responsabilità civile poiché tanto nella responsabilità civile quanto in quella da atto lecito dannoso si muove dallo stesso presupposto: un fatto causativo di un danno ingiusto a un interesse protetto dall'ordinamento. La distinzione tra atto lecito dannoso e atto illecito e la conseguente dicotomia indennizzo - risarcimento si fonda sulla concezione sanzionatoria della responsabilità civile da ritenersi ormai definitivamente superata per cui, una volta emancipata la responsabilità civile dall'illecito, si può affermare che tanto un'attività lecita, quanto un'attività illecita possa creare un danno ingiusto risarcibile<sup>1015</sup>.

Anche negli atti leciti dannosi vengono in rilievo «*fattispecie di responsabilità civile in senso tecnico, in quanto si ha l'imputazione di un danno giuridicamente rilevante ad un soggetto*»<sup>1016</sup>. Non va poi taciuto che in materia di responsabilità civile non sempre il risarcimento del danno segue le regole generali; nel codice civile e nelle leggi speciali vi sono disposizioni come ad esempio l'art. 1696 c.c., che escludono dal risarcimento il lucro cessante o che, come gli artt. 1671 e 2227 c.c., pur escludendo il risarcimento, prevedono la liquidazione delle spese e del mancato guadagno; allo stesso modo, non sempre l'indennizzo è liquidato su basi equitative perché vi sono molteplici disposizioni specifiche e rigide che ne regolano le modalità di calcolo tra loro eterogenee<sup>1017</sup>.

Al di là dei tentativi di offrire una soluzione unitaria al problema sopra prospettato, preso atto della poliedricità degli ambiti normativi e dei significati che può assumere il

---

<sup>1014</sup> TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 263 «solo in base alla concezione sanzionatoria della responsabilità civile, l'esercizio del diritto può acquistare una funzione di causa d'esonero del risarcimento, sanzione simile a quella che esplica in sede penalistica con l'art. 51 c.p. Avendo accertato, invece, che con il risarcimento non si sanziona una condotta, questo ben può essere l'effetto giuridico di un atto lecito, poiché rappresenta soltanto un mezzo di protezione della sfera giuridica soggettiva». Nello stesso senso P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, *Rass. dir. civ.*, 2004, 1078-1079 «Pretermessa la esclusiva funzione sanzionatoria del risarcimento, la distinzione tra questo e indennizzo si mostra sempre più opinabile per il venir meno delle rispettive peculiarità funzionali, in quanto entrambi sono rivolti ad eliminare non certo l'illecito, né tantomeno l'illegittimità dell'atto, quanto, piuttosto, a riparare il danno ingiusto. Ne consegue che la responsabilità da atto lecito, non la si debba più ritenere eccezionale, poiché costituisce non una deroga alla ratio della responsabilità civile, quanto piuttosto un'enunciazione». E ancora «La responsabilità civile non può che essere considerata in una prospettiva unitaria come funzione riparatrice del danno ingiusto ovvero del semplice danno a prescindere dalla sua ingiustizia, secondo i correttivi della proporzionalità e della ragionevolezza» (così a pag. 1086).

<sup>1015</sup> Nel senso che anche gli atti leciti dannosi producono un danno ingiusto cfr. TUCCI, op. cit., 250 ss.; P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., 1061 ss.; ID, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 271. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 4; MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 136; G. BELLÌ, *L'atto illecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una forma speciale di responsabilità?*, in *La resp. civ.*, 2012, 66. Dalla liceità del fatto occorre distinguere la illiceità della lesione. Si osserva in tal modo che nelle disposizioni codicistiche è ad esempio consentito il fatto di inseguire gli animali propri nel fondo altrui, ma non è lecito procurare danni sicché ove fossero cagionati andrebbero risarciti così TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 78, 149 ss. e 171 ss. Nello stesso senso FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1249 ss.

<sup>1016</sup> TUCCI, op. cit., 266.

<sup>1017</sup> Diffusamente, P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo*, cit., 1071 e ss.

termine indennizzo o indennità, pare più opportuno rinviare alla parte II, par. 3, ove verranno trattate le singole fattispecie tipiche – evocate dalle Sezioni Unite – che potrebbero ascrivere alle regole di responsabilità civile e avere al contempo finalità preventive e/o repressive in materia giuslavoristica. In effetti talora il termine indennizzo o indennità è inteso come giusto corrispettivo per la limitazione o perdita di un diritto, talvolta come prestazione che deriva da un contratto e altre come oggetto di un'obbligazione risarcitoria (eventualmente con fine punitivo e/o deterrente)<sup>1018</sup>.

---

<sup>1018</sup> Cfr. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 710 ss.; SALVI, voce *risarcimento del danno*, cit., 1091 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, cit., 594; P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 1073 ss.; secondo DE CUPIS, *Il danno*, II, cit., 241, anche la prima categoria indicata nel testo sarebbe riconducibile a un'ipotesi di risarcimento danni.

Più strettamente correlate al tema d'indagine del presente lavoro, sono le previsioni dell'art. 129 *bis* c.c. in cui l'indennità dovuta dal coniuge o dal terzo in mala fede prescinde dalla prova del danno risarcibile e più che di risarcimento sembra doversi discutere di sanzione civile indiretta; dell'art. 18, comma 2, Stat. Lav. su cui *infra*, par. 5.1 e degli abusi del locatore (artt. 31, 34, 60, comma 2, l. equo canone) riconducibili alla categoria delle pene private con finalità (anche) riparatoria.



## 7. Responsabilità civile e le misure di coercizione indiretta (o *astreinte*)

Ulteriore distinzione, ad avviso di parte della dottrina, può essere tracciata in linea teorica tra risarcimento punitivo e/o deterrente e misure di coercizione indiretta (o *astreinte*).

Muovendo dalla definizione resa da autorevole dottrina, «*diconsi mezzi di coazione i mezzi con cui gli organi giurisdizionali tendono a far conseguire al creditore il bene a cui ha diritto colla partecipazione dell'obbligato e, quindi tendono a influire sulla volontà dell'obbligato perché si determini a prestare ciò che deve*»<sup>1019</sup>; da essi si distinguono i mezzi di surrogazione che invece nell'esecuzione forzata implicano l'intervento di terzi per attuare i diritti consacrati nel titolo esecutivo (contro o indipendentemente la volontà dell'obbligato). Le misure coercitive costituiscono, pertanto, una forma di tutela giurisdizionale specifica<sup>1020</sup> (cd. esecuzione indiretta) perché tendono a favorire la spontanea esecuzione di obblighi già imposti da provvedimenti giurisdizionali mediante “minaccia” di una sanzione civile<sup>1021</sup> da parte dello stesso obbligato e non di terzi.

Tra le ipotesi normative caratterizzate da funzione deterrente e sanzionatoria-punitiva, la Suprema Corte ha citato alcune disposizioni processuali rispettivamente del processo civile (art. 614 *bis* c.p.c.<sup>1022</sup>), amministrativo (art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a.<sup>1023</sup>) e

---

<sup>1019</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, 261. Nello stesso senso anche CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 289; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 10; DU RUSQUEC, *Astreintes*, in *Juris Classeur de Procedure Civile*, 1993, fasc. 2120 (*Introduction*), in part. paragrafi 1-2, 46, fasc. 2130 (*Astreinte provisoire*), fasc. 2140 (*Astreintes définitive et légales. Astreintes en droit international privé, droit communautaire et droit comparé*); CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 157, in part. 163 per la definizione dell'istituto.

<sup>1020</sup> Favoriscono cioè l'esatto adempimento della obbligazione spingendo l'obbligato ad eseguire la prestazione dovuta e facendo conseguire all'avente diritto l'utilità specifica oggetto dell'aspettativa contrattuale e/o dell'obbligazione. Si evita così la possibilità che ci sia un inadempimento da cui conseguirebbe un danno risarcibile fermo restando che può esservi concorso tra esecuzione tardiva della prestazione dovuta e risarcimento del danno da ritardo. Cfr. diffusamente MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1987; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 279 ss.

<sup>1021</sup> Nel senso quindi che le misure di coercizione indiretta siano proiettate verso l'esecuzione, l'attuazione della decisione giudiziale v. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 75 ss. L'autore più precisamente afferma che l'esecuzione indiretta si sostanzia per l'obbligato «*nella minaccia di una lesione del suo interesse più grave di quello che cagioni l'adempimento, allo scopo di influire sulla volontà onde indurlo ad adempiere l'obbligo cui è tenuto*». V. anche VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614 bis c.p.c. (legge 5 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83)*, in *Riv. es. for.*, I, 2017, 37.

<sup>1022</sup> L'indicata disposizione fu introdotta, nella versione iniziale, dall'art. 49 della L. 18 giugno 2009, n. 69 ed era inizialmente limitata, come dalla rubrica originaria, all'attuazione degli «*obblighi di fare infungibili o di non fare*».

L'art. 13 D.l. 27 giugno 2015, n. 83 – convertito con legge 6 agosto 2015, n. 132, ha introdotto il vigente art. 614 *bis* c.p.c. ai sensi del quale «*con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna*

contabile (art. 218 comma 4, lett. d) c.g.c.<sup>1024</sup>) accumulate dalla previsione di misure che, su istanza di parte e alle condizioni previste, il giudice può adottare per prevenire ed evitare la futura ed eventuale produzione di un danno<sup>1025</sup>. Attraverso tali misure si induce la parte obbligata a conformare la propria condotta al *dictum* giudiziale sotto “minaccia” che, in caso di trasgressione, dovrà sopportare il pagamento di una ulteriore somma di denaro che aumenterà progressivamente per ogni violazione, successiva inosservanza o ritardo nella esecuzione del provvedimento recante un ordine di prestazione (reso all’esito di un processo di cognizione o anche cautelare).

---

*costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano 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 1 comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».*

Vi rinvia oggi, anche in tema di inibitoria collettiva, l’art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.

Rispetto alla precedente versione, quella attuale, può quindi concernere anche provvedimenti diversi dalla condanna agli obblighi di fare infungibili o di non fare, con eccezione delle obbligazioni pecuniarie e delle controversie indicate dal legislatore. Si può ammettere anche per le condanne alla consegna o al rilascio (artt. 605 e 612 c.p.c.) e persino secondo alcuni autori a presidio delle sentenze costitutive v. diffusamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 399 ss. e ivi ulteriori riferimenti. A proposito dell’art. 2932 c.c. si rinvia a CONSOLO – GODIO, *La “impasse” del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l’alternativa dell’art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corr. giur.*, 3, 2018, 370 ss.

<sup>1023</sup> L’art. 114, comma 4, lett. e) d.lgs., 2 luglio 2010, n. 104 dispone «*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso:*

*e) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del giudicato: tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penali di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell’ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penali non può considerarsi manifestamente iniqua quanto è stabilita in misura pari agli interessi legali».*

Nel processo amministrativo, a differenza di quello civile, dunque, non vi è la limitazione delle misure di coercizione indiretta soltanto agli obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro v. SCOCA, *Natura e funzione dell’ “astreinte” nel processo amministrativo*, in *Corr. Giur.*, 2014, 1406 ss.

<sup>1024</sup> Art. 218, comma 4, lett. d) D.Lgs. n. 174/2016: «*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso:*

*d) salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo».*

<sup>1025</sup> Discorre di una condanna in futuro sottoposta a condizione sospensiva ZUCCONI GALLI FONSECA, cit., 205. Situazione diversa si verifica nel processo amministrativo nel quale, diversamente da quanto avviene in quello civile nel quale la misura coercitiva è adottata nel giudizio di cognizione/cautelare e perciò anteriormente all’adempimento, l’astreinte «*salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d’ottemperanza di cui agli artt. 112 ss. c.p.a., ha già accertato l’inadempimento del debitore; le astreintes disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto non si è riprodotto nell’art. 114, 4° co., lett. e, c.p.a., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile; la norma del codice del processo amministrativo non richiama i parametri di quantificazione dell’ammontare della somma fissati dall’art. 614 bis; il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell’inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l’ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di “ragioni ostative”*» così C. St., Ad. Plen., 25.6.2014, n. 15.

A differenza del sistema francese caratterizzato da una scissione tra il giudice della cognizione che dispone la condanna e quello dell'esecuzione che provvede alla liquidazione dopo che si è verificata la violazione, in Italia, è il giudice della cognizione a determinarla direttamente prima che l'illecito si sia realizzato. Inoltre mentre in Francia la somma ingiunta è indipendente dal risarcimento del danno<sup>1026</sup> ed è commisurata alla capacità patrimoniale dell'inadempiente e altri parametri come il grado della colpa, in Italia si tiene conto anche del danno quantificato o prevedibile<sup>1027</sup>. Nel 2009 il legislatore ha introdotto per la prima volta in termini generali il cd. *astreinte* all'interno del codice di procedura civile con l'art. 614 *bis* c.p.c., rubricato «*obblighi di fare infungibili o di non fare*» collocandolo sistematicamente nel Titolo IV, Libro III, successivamente agli artt. 612-614 c.p.c. che contemplano l'attuazione degli obblighi di fare. L'indicata disposizione trovava giustificazione nell'esigenza di garantire l'esecuzione indiretta delle prestazioni infungibili<sup>1028</sup> (di fare e non fare) ove l'interesse dell'avente diritto può essere soddisfatto solo dal comportamento dell'obbligato medesimo e non di un terzo (come l'ufficiale giudiziario) onde evitare possibili vuoti di tutela denunciati in passato<sup>1029</sup>. A questa iniziale cautela<sup>1030</sup> del legislatore, è seguito un ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. per effetto della novella attuata con la citata L. n. 132/2015.

---

<sup>1026</sup> Cfr., in precedenza gli artt. 33 -36 della legge n. 9 luglio 1991, n. 650, oggi confluite negli artt. da L131 -1 a L.131.4 con la riforma del 2011.

<sup>1027</sup> In Francia il procedimento è bifasico: nella prima fase si determina una *astreinte* provvisoria, suscettibile di ulteriori modifiche che ha funzione dissuasiva. Dopo che si è verificato l'inadempimento il creditore agisce di nuovo in giudizio per ottenere, in una seconda fase, la liquidazione della somma conformemente al tasso iniziale o modificandolo in ragione del comportamento tenuto dal debitore. Per ulteriori riferimenti comparatistici VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. di dir. proc.*, 2004, 727 ss.; TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 63 ss.

<sup>1028</sup> Per ampi riferimenti sulla infungibilità cfr. SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2015, 583 ss.

<sup>1029</sup> Diffusamente TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012; BORRÈ, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Milano, 1966; CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1981, 217 ss.; MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 52 ss.; CAPPONI, *Astreinte nel processo civile italiano?*, cit., 157 ss.; FORNACIARI, *I limiti dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. es. forz.*, 2000, 397; VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., 746; MARAZIA, *Astreinte e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. es. for.*, 2004, 383; CHIZZINI, *La riforma della giustizia civile: commento alla legge n. 69 del 2009*, Torino, 2009, 155 ss. Per lungo tempo, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, l'attuazione dell'ordine del giudice era presidiata soltanto da sanzioni penali di cui agli artt. 388 e 650 c.p.

<sup>1030</sup> CONSOLO-GODIO, *Sub art. 614 bis*, in CONSOLO (diretto da), *C.p.c. Commentato*, II, Milano, 2013, 2554; CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2011, 191 ss.; ID, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2015, 35.

In virtù del nuovo art. 614 *bis* c.p.c. – ora inserito in un autonomo Titolo IV *bis* del Libro III –, è possibile presidiare qualsiasi provvedimento di condanna<sup>1031</sup> all’adempimento di obbligazioni diverse dal pagamento di somme di denaro (dunque anche di fare fungibili, di rilascio, di consegna, oltre che infungibili ad es. in materia familiare<sup>1032</sup> o ancillari a provvedimenti inibitori)<sup>1033</sup> purchè il giudice valuti l’indicata misura *non manifestamente iniqua*<sup>1034</sup> e non si tratti delle controversie escluse *ex lege* (sostanzialmente obbligazioni pecuniarie e controversie di lavoro).

---

<sup>1031</sup> Il legislatore non fa riferimento alla *sentenza* di condanna, ma a qualsiasi provvedimento anche ordinanze ad esempio emessi in sede possessoria, in ambito cautelare o nel procedimento sommario di cognizione così MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l’attuazione degli obblighi infungibili nella l. n. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 6, 1548. In giurisprudenza v. ad esempio Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. mer.*, 2010, 7-8, 1857; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2011, 1, 287; *contra* Trib. Salerno, 20 luglio 2011, in *Giur. mer.*, 2013, 10, 2105.

<sup>1032</sup> Ad esempio secondo una giurisprudenza di merito è possibile il cumulo dei rimedi di cui agli artt. 709 *ter* c.p.c. e 614 *bis* c.p.c. in caso di condotte gravi pregiudizievoli per la prole e reiterate nel tempo addirittura in assenza di domanda di parte v. Trib. Milano, 7 gennaio 2018; Trib. Firenze, 10 novembre 2011; Trib. Roma 16 dicembre 2016, Trib. Roma, sez. I, 23 dicembre 2017; Trib. Roma, 27 giugno 2014; Trib. Roma, 6 luglio 2012 tutte in *Dejure*. Per ulteriori riferimenti v. *infra* anche Cap. III, Parte II., Par. 2. Trib. Bologna, 27 dicembre 2018, in *Il Caso.it*, ha applicato l’*astreinte* a presidio della condanna all’obbligo di consegna dell’immobile concesso in locazione sulla base di un contratto registrato per ogni giorno di ritardo nel rilascio dell’immobile. Per la convalida di sfratto per finita locazione Trib. Busto Arsizio, 17 dicembre 2015, in *Il Caso.it*.

Per ulteriori riferimenti ai provvedimenti resi in sede cautelare v. anche Trib. Cosenza, 20 luglio 2016, in *Il Caso.it* per l’ordine di segnalazione di ritiro della precedente illegittima segnalazione alla Centrale Rischi; Trib. Palermo, 27 marzo 2014, in *Il caso.it*; Trib. Roma, sez. IX, 17 aprile 2017; Tribunale Milano Sez. spec. Impresa, 09 luglio 2015; in *Dejure*; per la condanna del condominio alla penalità di mora in relazione all’obbligo di consegna alla società creditrice un elenco completo della generalità dei condomini morosi e delle quote di debito in base alle tabelle millesimali *ex artt.* 614 *bis* c.p.c. e 63 disp. att. c.c. v. Trib. Roma, sez. V, 1 febbraio 2017; Tribunale Avezzano, 01 marzo 2016; Tribunale Pescara, 23 febbraio 2016; Trib. Pescara, 27 ottobre 2014, Trib. Pescara, 25 ottobre 2014, tutte in *Dejure*. Per la immediata rimozione delle pubblicazioni diffamatorie presenti sui *social network* Trib. Reggio Emilia, 14 aprile 2015, in *Il caso.it*

Per l’inapplicabilità al prestatore di servizi si *hosting* v. Trib. Napoli Nord, 3 novembre 2016, in *Dejure*.

<sup>1033</sup> Dalla precedente alla attuale formulazione è venuto meno il riferimento alla infungibilità della prestazione emancipando l’istituto dal principio *nemo praecise ad factum cogi potest* così CAPPONI, *Ancora sull’astreinte*, in *Riv. es. forzata*, 4, 2017, 574 secondo il quale, nato per le condanne non forzosamente eseguibili, con la riforma del 2015, l’istituto ha finito per ricomprendere anche quelle forzosamente eseguibili, con eccezione delle obbligazioni pecuniarie.

V. anche diffusamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, cit., 399 ss.

<sup>1034</sup> Non è affatto chiaro cosa debba intendersi per *non manifesta iniquità*, in difetto di ulteriore specificazione legislativa. In effetti il legislatore ha lasciato un ampio potere discrezionale ai giudici quanto alla concedibilità della misura in esame.

Come ricorda CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, cit., 574 ss. in dottrina sono state fornite le più ampie e disparate interpretazioni della nozione sopra riferita al punto da potere essere ritenute tutte compatibili in astratto con il disposto legislativo «*da quella meramente economica col rischio di locupletazione al conflitto con gli interessi non patrimoniali dell’obbligato; dal riferimento all’art. 2058 c.c. all’eventualità del coinvolgimento di un terzo non obbligato; dalla salvaguardia dei diritti di libertà o della personalità al contegno processuale delle parti anche nell’esecuzione spontanea di precedenti provvedimenti; dall’esistenza di altre possibili vie (anche in executivis) per la soddisfazione del diritto alla presenza di un preminente interesse pubblico; dall’oggettiva impossibilità per l’obbligato di eseguire la prestazione al giudizio comparativo degli interessi tra esecutante e obbligato*». L’autore afferma che, trattandosi di requisito negativo, i giudici non sono propensi a motivare sulla *non manifesta iniquità* del provvedimento concesso. Eppure si tratta di un requisito diverso dalla valutazione di mera legittimità del provvedimento compulsorio. Il giudice, per come è disciplinato l’art. 614 *bis* c.p.c., è tenuto ad effettuare

Il distacco delle misure di coercizione indiretta dalla infungibilità della prestazione oggetto di condanna e dal conseguente principio *nemo praecise ad factum cogi potest* attuato con la riforma del 2015, ha rafforzato l'obiettivo di assicurare la pronta e celere realizzazione dell'interesse dell'avente diritto ad ottenere l'adempimento in natura della prestazione dovutagli e anche alla realizzazione di una tutela giurisdizionale resa in tempi ragionevoli<sup>1035</sup>. Sembra così spiegabile la ragione della esclusione delle obbligazioni pecuniarie dal campo oggettivo di applicazione della citata disposizione; per queste ultime, difatti, l'interesse del creditore ad ottenere l'adempimento tempestivo è già presidiato dalla rigorosa disciplina degli interessi moratori, in particolare di quelli

---

una doppia valutazione: prima delle condizioni di legittimità del provvedimento e poi della insussistenza di profili di manifesta iniquità (cd. equità ostativa) in modo che in sede di impugnazione ben si potranno esaminare entrambi i profili o uno soltanto di essi.

Seppure la giurisprudenza di merito non dedichi specifiche motivazioni sul punto e la casistica non sia particolarmente ampia, sembra che la tendenza sia quella di effettuare un'attenta valutazione di tutte le circostanze del caso concreto (tanto dal lato dell'avente diritto che dell'obbligato). Ciò pare confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa che invece dedica maggiore attenzione al profilo qui considerato. La misura non pare potersi applicare in caso di manifesta sproporzione tra condanna e vantaggio conseguito dall'avente diritto per le particolari condizioni in cui versa il debitore pubblico o privato e per evitare eccessive locupletazioni del beneficiario.

Secondo Trib. Livorno, 4 novembre 2011, in *Foro. It.*, 2014, 6, 1980, la manifesta iniquità sussiste ove emerga la chiara volontà dell'obbligato di adempiere alla condanna;

Per Trib. Varese, ordinanza 16 marzo 2011, in *Corr. Giur.*, 8 2011, 1119 ss. con nota di GODIO «*la quantificazione della somma intesa a scoraggiare la violazione del provvedimento, è opportuno guardare ai seguenti parametri: il danno subendo dal creditore; il valore della causa; le condizioni soggettive del debitore (per rendere la sanzione efficace in concreto); il contegno processuale delle parti; il tipo di violazione posta in essere*». Cfr. anche nello stesso senso cfr. Trib. Terni, ordinanza 7 agosto 2009 in *Giur. It.*, 2010, 637; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009, in *I Contratti*, 2010, 682; Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, 1857; Trib. Bari, 10 maggio 2011, in *giurisprudenzabarese.it* 2011;

Trib. Lecce, ordinanza 17 giugno 2019, in *Il caso.it*, ha tenuto conto soltanto del valore del bene ipotecato nel quantificare l'entità dell'*astreinte*.

Nella giurisprudenza amministrativa ad esempio Tar Campania, Salerno, 5 novembre 2018, n. 1580 ha affermato che «*assumano rilievo al fine di negare tale sanzione – oltre alle specifiche difficoltà nell'adempimento collegate all'esistenza di vincoli normativi e di bilancio e, in generale, allo stato della finanza pubblica – l'esiguità del debito tale da far apparire l'invocata penalità di mora eccessivamente afflittiva*»; per le difficoltà connesse ad esigenze legate alla finanza pubblica da contemperare con gli interessi opposti v. anche Tar Lazio, 12 settembre 2018, n. 9286; Tar Lazio, 31 agosto 2018, n. 9108; Tar Puglia, 9 ottobre 2018, n. 1282 Tar Marche, 16 ottobre 2018, n. 664. Per la rilevanza del riconoscimento degli interessi legali in sede di cognizione sulla condanna (Tar. Campania, Salerno, 24 ottobre 2018, n. 1495). Va peraltro ricordato che con l'art. 1, comma 1, lett. a), della l. n. 208 del 2015 è intervenuto sulla lett. e) dell'art. 114, quarto comma, c.p.a. prevedendo che, nei giudizi aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali ( Tar Campania, sez. VIII, 28 agosto 2018, n. 5284; Tar Lazio, sez. II *bis*, 19 giugno 2017, n. 7144). Naturalmente in sede di ottemperanza il giudice amministrativo, a differenza del giudice civile, concede l'*astreinte* quando già è stato violato l'obbligo contenuto nel comando giudiziale ed è ad esecuzione immediata e non differita.

<sup>1035</sup> Difatti, se l'art. 614 *bis* c.p.c. può presidiare anche un provvedimento di condanna per il quale è possibile già ricorrere alla esecuzione diretta (ad esempio l'obbligo di consegna o di rilascio) che permette di attuare coattivamente il diritto consacrato nel titolo esecutivo facendo conseguire al titolare tutte le utilità che derivano dalla esecuzione della prestazione, l'*astreinte* non ha più funzione di colmare un vuoto di tutela giurisdizionale (come in passato per gli obblighi infungibili) bensì di spingere l'obbligato ad adempiere tempestivamente e quindi soddisfare l'interesse dell'avente diritto ad ottenere celermente e in tempi ragionevoli tutto quanto gli è dovuto prima e indipendentemente dal processo esecutivo. V. sul punto DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 215.

che si producono dal momento della proposizione della domanda giudiziale (anche arbitrale) *ex art.* 1284, quarto e quinto comma, c.c.<sup>1036</sup> – che già costituisce una misura largamente incentivante – ferma restando la facoltà per le parti di prevedere eventuali clausole penali *ad hoc*.

Dunque, più che riparare un danno preesistente, le indicate misure, di natura compulsoria, sono funzionali a favorire l'adempimento spontaneo dell'obbligato, in alternativa al processo esecutivo, per l'ipotesi in cui si tratti di condanna ad eseguire obblighi diversi da quelli pecuniari (e nel processo amministrativo anche di obbligazioni pecuniarie)<sup>1037</sup> fuori dai casi esclusi dal legislatore.

Nella determinazione dell'ammontare di tali prestazioni pecuniarie, fortemente deterrenti, il giudice deve tenere conto, tra le altre circostanze, del «*danno quantificato o prevedibile*» da mancato adempimento. Se dovesse verificarsi la violazione del *dictum* giudiziale, sarà successivamente il creditore ad autoliquidare l'ammontare della prestazione dovuta nel precetto in base ai parametri oggettivi definiti in precedenza nel provvedimento di cognizione/cautelare contenente l'*astreinte* – che costituisce titolo esecutivo e consacra, di conseguenza, un diritto certo e liquido *ex art.* 474 c.p.c. – ed avviare l'esecuzione forzata. Sarà invece onere dell'obbligato opporsi all'esecuzione per contestare *ex art.* 615 c.p.c. l'esistenza della violazione, la non imputabilità della stessa ovvero il numero delle violazioni addebitategli<sup>1038</sup> ai fini della quantificazione unilaterale recata nel precetto. L'obbligato, invece, non potrà far valere in sede di opposizione all'esecuzione censure che attengano alla concedibilità della misura ovvero alla sua quantificazione dovendo queste ultime essere fatte valere in sede di

---

<sup>1036</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 397 ss.; v. anche CONSOLO – GODIO, *op. cit.*, 375. Per ulteriori riferimenti v. *infra* Parte I, Par. 9.

<sup>1037</sup> L'esigenza di rafforzare l'efficacia dei provvedimenti di condanna e indirettamente l'adempimento delle obbligazioni di diritto sostanziale era già stata denunciata da CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo* (ristampa), Milano, 2006, 226.

Nel senso che al momento in cui viene concesso tale provvedimento di condanna accessoria a quella principale il danno non esiste, né si saprà se si verificherà in futuro sicché si tratta di una sanzione civile potenziale v. GRANELLI, *op. cit.*, 1767. CONSOLO-GODIO, *op. ult. cit.*, 2254 ne danno questa definizione «una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, accessoria ad un provvedimento di condanna e volta ad incentivarne l'adempimento spontaneo immediato e/o a scoraggiare il proseguire della inobbedienza, attraverso la prospettazione all'obbligato-condannato di una possibile e sovente crescente nel tempo diminuzione del suo patrimonio (id est: di una "sanzione" pecuniaria civile che questi sarà tenuto a pagare) per il caso di suo protratto inadempimento. Si tratta dunque di una misura diretta a vincere la resistenza del debitore "recalcitrante" inducendolo ad adempiere alla propria obbligazione». Discorrono parimenti di sanzione civile MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2016, 206; CHIARLONI, voce *Misure coercitive [dir. proc. civ.]*, in *Enc. Treccani*, 2013.

<sup>1038</sup> MANDRIOLI – CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 100; v. anche CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Riv. es. forzata*, 4, 2017, 569 ss.; v. Trib. Roma, sez. IV, 24 aprile 2019, n. 8771 in *Dejure*.

impugnazione del provvedimento di condanna (ad es. giudice del reclamo in sede cautelare o della impugnazione nel caso del processo di cognizione)<sup>1039</sup>.

Sicché, a seconda dell'inerzia del condannato, può verificarsi sia l'ipotesi in cui l'indicata condanna pecuniaria risulti inferiore al pregiudizio totalmente sofferto dall'avente diritto alla prestazione – il quale potrà agire in giudizio, in sede di cognizione, per ottenere il risarcimento dell'equivalente pecuniario o nei limiti dell'art. 2058 c.c. in forma specifica –, sia l'ipotesi inversa nella quale il perdurare dell'inadempimento genera conseguenze patrimoniali negative per il condannato maggiori rispetto all'entità del danno patito dal creditore. La condanna a titolo di *astreinte*, infatti, continuerà a lievitare fino a quando l'obbligato, a seconda del tipo di obbligo contenuto nella condanna principale, possa ancora adempiere *in extremis*<sup>1040</sup>. Proprio perché, a differenza della clausola penale<sup>1041</sup> di cui all'art. 1382 c.c. ove si

---

<sup>1039</sup> BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 791. V. in tal senso Trib. Genova, 6 novembre 2015, in *Foro It.*, 2016, I, col. 1053 con nota critica di MONDINI e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. anche Trib. Roma, sez. IV, 17 maggio 2017, n. 9984 in *Dejure*.

Ricordano CONSOLO – GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, cit., 370 - 380 che il silenzio del legislatore ha spinto la dottrina a sostenere sul punto posizioni ben diverse. Secondo parte della dottrina sarebbe possibile far valere il difetto delle condizioni di applicabilità dell'*astreinte* anche in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. laddove il provvedimento di condanna a cui accede l'*astreinte* non sia ulteriormente impugnabile v. MANDRIOLI - CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, cit. 100; LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2016, 243. Per altra dottrina, sarebbe possibile ricorrervi anche se il provvedimento risulti impugnabile, ma non è più possibile sollevare questioni relative ai presupposti di applicabilità dell'*astreinte* dinanzi al giudice dell'impugnazione come ad esempio la manifesta iniquità in Cassazione così CONSOLO – GODIO, *Commento sub art. 614-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da CONSOLO, Milano, 2019.

<sup>1040</sup> Dunque se si tratta di obbligazioni infungibili, posto che l'avente diritto ha a sua disposizione soltanto come titolo esecutivo quello recante la condanna a titolo di *astreinte* e che non è possibile l'esecuzione forzata mediante l'intervento di terzi della prestazione dovuta, la somma lieviterà senza alcuna limitazione di tempo.

Se si tratta, invece, di *astreinte* accessoria a una condanna a prestazioni fungibili, il discorso è diverso; l'avente diritto alla prestazione ha sia il titolo esecutivo relativo alla condanna principale (che gli dà diritto di iniziare l'esecuzione diretta), sia il titolo esecutivo che contiene la condanna a titolo di *astreinte*. Quest'ultima, quindi, lieviterà fino a quando, a seconda del tipo di obbligo da eseguire coattivamente, l'obbligato sia ancora in condizione di adempiere tardivamente secondo le regole del processo esecutivo. Non più, ad esempio, se la cosa da consegnare sia stata appresa dall'ufficiale giudiziario o quanto il terzo sia stato incaricato dal giudice dell'esecuzione di adempiere sostitutivamente l'obbligo di fare o disfare v. CONSOLO – GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, cit., 378 – 379.

<sup>1041</sup> Sui profili distintivi funzionali e sistematici tra *astreinte* e clausola penale v. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 970.

Anche la clausola penale, come l'*astreinte*, viene prevista per fronteggiare il rischio che si verifichi in futuro un inadempimento o ritardo del debitore nell'adempimento, ma tra i due istituti sussistono evidenti differenze: la penale è istituito di diritto sostanziale e viene concordata dalle parti le quali, al di fuori dal processo, predeterminano la prestazione dovuta a titolo riparatorio del danno conseguente al mancato o inesatto adempimento definendo, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, l'assetto di interessi consacrato nel contratto (cfr. Cass., 10 dicembre 2008, n. 28977). Al contrario l'*astreinte* presuppone l'adozione di un provvedimento giudiziale di condanna e dunque che l'assetto di interessi iniziale sia

assiste alla liquidazione preventiva e convenzionale del danno non sussistono limitazioni in ordine all'ammontare massimo<sup>1042</sup> della prestazione pecuniaria in esame alla luce degli artt. 614 *bis* c.p.c. e 114, comma 4, lett. e) c.p.a. (e anche nelle altre previsioni di legge settoriali), si potrebbe affermare che *ex post*, tale misura possa acquisire connotazioni fortemente punitive a meno che si ritenga di potere ricorrere alla cd. *compensatio lucri cum damno*<sup>1043</sup> sul rilievo che l'inadempimento del condannato è al contempo causa immediata e diretta del danno risarcibile patito dall'avente diritto alla prestazione e, indirettamente, del cd. del danno da coercizione indiretta che corrisponde a un vantaggio patrimoniale (arricchimento) conseguito dal creditore medesimo per lo stesso fatto. Sorge, in altri termini, il problema dell'eventuale cumulo della condanna dovuta a titolo di *astreinte* insieme con la condanna dovuta a titolo risarcitorio per inadempimento/ritardato adempimento dell'obbligazione principale ovvero del relativo scomputo.

---

stato violato o non risulti realizzato sicchè va restaurato o attuato. L'*astreinte* però non incide direttamente sull'assetto di interessi sostanziale dei soggetti coinvolti dalla pronuncia sul quale interviene la condanna principale, ma mira a incrementare l'efficacia del provvedimento giurisdizionale indirettamente coartando il condannato ad adempiere spontaneamente all'ordine di prestazione ivi contenuto (finalità di esecuzione indiretta del provvedimento giudiziale che prescinde dalle posizioni sostanziali sottostanti).

Sul piano funzionale, dalle misure coercitive in senso lato occorre distinguere quelle in senso stretto. La penale, così come altri istituti civilistici quali la risoluzione per inadempimento o l'ipoteca giudiziale ex art. 2818 c.c. appartengono alla prima categoria perché il loro fine primario non è la coercizione all'adempimento, a differenza dell'*astreinte* come evidenziato da autorevole dottrina processualcivilistica cfr. CHIARLONI *Misure coercitive e tutela dei diritti*, cit., 161.

Per ulteriori riferimenti alla clausola penale v. *infra* parte I, par. 9.

<sup>1042</sup> Osservano CONSOLO – GODIO, La “impasse” del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare, 377 - 378 che, sebbene il legislatore non lo abbia specificato neppure con la riforma del 2015, sarebbe opportuno evitare una condanna perpetua. Gli autori suggeriscono di individuare un limite temporale o quantitativo massimo nel provvedimento giudiziale soprattutto ove si tratti di condanna a un obbligo fungibile che permetterebbe, tramite l'esecuzione diretta, all'avente diritto alla prestazione di conseguire esattamente ciò che gli spetta.

<sup>1043</sup> Secondo CONSOLO-GODIO, La “impasse” del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare, cit., 378 il problema si può porre ad esempio se in sede di cognizione la parte non inadempiente di un contratto a prestazioni corrispettive domandi al giudice di disporre la condanna della controparte (inadempiente) all'esatto adempimento della prestazione dovuta con annesso *astreinte* e la condanna per il risarcimento del danno da ritardato adempimento. In tal caso il creditore disporrà di ben 3 titoli esecutivi contemporaneamente. Ben potrebbe accadere che successivamente, a fronte del perdurante inadempimento del debitore, il creditore trovi più conveniente domandare la risoluzione del contratto oltre al risarcimento dei danni integralmente subiti ex art. 1453 c.c. piuttosto che avviare l'esecuzione forzata. L'esecuzione, infatti, potrebbe riguardare soltanto la somma dovuta a titolo di *astreinte* se l'obbligazione da adempiere fosse infungibile, mentre se fosse fungibile, il creditore potrebbe avviare anche l'esecuzione diretta oltre che quella indiretta. In ogni caso, però, facendo un'analisi costi-benefici il creditore potrebbe ritenere che i tempi del processo esecutivo siano eccessivamente ampi e trovare maggiormente conveniente agire in risoluzione. In tale evenienza l'*astreinte* cesserà di operare al momento in cui è proposta la domanda di risoluzione, ma secondo gli autori citati, in sede di quantificazione del danno risarcibile il giudice dovrà tenere conto di quanto già conseguito dal creditore *medio tempore* a titolo di *astreinte* pur riconoscendo che la misura non ha funzione risarcitoria.



Per l'orientamento prevalente<sup>1044</sup>, l'indicata misura non ha natura risarcitoria, ma coercitiva – e funzione anfibia deterrente ed eventualmente sanzionatoria<sup>1045</sup> – sicché rimane indifferente al risarcimento del danno potendo cumularsi ad esso in difetto di diversa previsione legislativa<sup>1046</sup>.

Si tratta di una sanzione civile non risarcitoria che non soggiace, per espressa volontà del legislatore, alle regole della responsabilità civile tanto è vero che il relativo ammontare cresce indipendentemente dall'entità del danno risarcibile al semplice protrarsi del ritardo, violazione o inosservanza successiva del *dictum* giudiziale come dispone chiaramente il primo comma del citato art. 614 bis c.p.c. Tantomeno l'istante, per ottenere la condanna a titolo di *astreinte*, è tenuto ad allegare e provare in giudizio di avere subito un pregiudizio anche futuro nella propria sfera giuridica.

Se la causa<sup>1047</sup> dell'attribuzione patrimoniale in discorso, alla luce della *ratio legis* sopra enunciata, consiste nella coercizione all'adempimento tramite la deterrenza esercitata ex

---

<sup>1044</sup> CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 350 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 742; ID, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, 76; MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo titolo IV bis ed all'art. 614 bis c.p.c.* in *Riv. es. forzata*, 2016, 552 ss.; GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, 1286; MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 971; ID, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 647; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro. It.*, 2009, V, 324 ss.; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in *Il processo civile riformato*, dir. TARUFFO, Bologna, 2010, 498 ss.; 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 *Riv. es. for.*, 2009, 529; in senso contrario alla *compensatio lucri cum damno*, AMADEI, *Una misura coercitiva generale per la coercizione degli obblighi infungibili*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 349; PATTI, voce *Pena privata*, cit., 356; GIGLIOTTI, op. cit., 2296 ss.; DONZELLI, op. ult. cit., 391; DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 208 – 216; SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2018, 489 ss.

<sup>1045</sup> Come sottolinea Cass., n. 7613/2015 cit., infatti, la deterrenza si verifica *ex ante* già nel momento in cui è disposta la condanna a titolo di *astreinte* che può essere evitata dal successivo adempimento spontaneo del debitore. Nell'ipotesi, eventuale, in cui questi non adempia al provvedimento giudiziale, la prevenzione dell'inadempimento si converte in repressione e punizione del trasgressore da attuarsi in sede esecutiva tramite la riconosciuta natura di titolo esecutivo del capo contenente tale misura ex art. 474 c.p.c.

<sup>1046</sup> E' interessante notare che il precedente progetto Vaccarella (art. 44 del disegno di legge delega predisposto dalla Commissione ministeriale per la riforma del processo civile, approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 ottobre 2003 e presentato alla Camera dei Deputati il 19 dicembre 2003 atto C4578 XIV Legislatura) prevedeva in proposito «*la previsione che le somme così versate siano destinate a risarcire l'avente diritto del danno prodotto dall'inadempimento dell'obbligo e che il residuo vada allo Stato*». Nel testo vigente non vi è alcuna disposizione in tal senso.

Viceversa, il progetto Proto Pisani in PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 168, all'art. 4.174 stabiliva la regola del cumulo disponendo «*i provvedimenti di condanna di obblighi di fare infungibili o di obblighi di non fare, oltre al risarcimento del danno maturato a seguito della violazione già compiuta e agli eventuali altri obblighi restitutori, determinano la pena pecuniaria privata che l'obbligato dovrà corrispondere al creditore per ogni giorno di persistenza della violazione*».

<sup>1047</sup> Già BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, Bologna, 1979, 311, sottolineava l'esigenza di accertare il nesso tra l'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria. Essa potrà essere acquisita dal danneggiato ove abbia una sua causa autonoma e sufficiente mentre andrà defalcata dal risarcimento del danno se il vantaggio sia «*causalmente giustificato in funzio-*

*ante* sull'obbligato, ove si potesse scomputare dal danno risarcibile (da inadempimento/ritardo) l'indicata somma determinata *ex post*, l'art. 614 *bis* c.p.c. rimarrebbe privo di qualsiasi autonoma efficacia (deterrente e dissuasiva) ed effettività<sup>1048</sup>. Il timore di ingiustificati arricchimenti del danneggiato è qui sterilizzato dalla espressa previsione di legge che dispone l'aumento proporzionale della sanzione minacciata (purché ciò non sia *manifestamente iniquo*) al perdurare dell'inerzia del debitore condannato<sup>1049</sup> a prescindere dal pregiudizio sofferto dall'avente diritto alla prestazione<sup>1050</sup>.

Ulteriore argomento potrebbe essere rappresentato dalla distinzione tra danno futuro e possibilità di danno<sup>1051</sup>. Nel primo caso al momento della pronuncia di condanna esistono già tutti i presupposti perché, con verosimile certezza o ragionevole probabilità, si produrrà in futuro un pregiudizio nella sfera giuridica del danneggiato sicché trovano applicazione le regole del risarcimento di cui agli artt. 1223 e ss. c.c. – e quindi anche quella della *compensatio* se l'attribuzione patrimoniale condivide una causa riparatoria –. Nel caso invece della condanna dovuta a titolo di *astreinte*, al momento in cui è disposta, non è certo, né ragionevolmente prevedibile secondo un criterio di regolarità causale, *se* si verificherà un inadempimento rispetto all'ordine contenuto nel provvedimento giudiziale e conseguentemente un danno (tanto è vero che taluna dottrina discorre di condanna accessoria sottoposta a una condizione sospensiva potestativa) ben potendo quest'ultimo essere evitato dall'adempimento spontaneo del debitore. Sembra dunque che, anche sotto questo profilo, le regole della responsabilità civile non vengano in rilievo.

---

*ne di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito*». Oggi tale tesi è sostenuta dal Cass., Sez. Un. nn. 12564-12567 cit. Per ampi riferimenti al tema della *compensatio lucri cum damno* v. IZZO, *La giustizia del beneficio*, cit.

<sup>1048</sup> AMADEI, op. cit., 650 il quale discorre di svuotamento della funzione general-preventiva della misura se tutto rimanesse nell'ambito del danno risarcibile da inadempimento.

<sup>1049</sup> PISANI, «Delitto e castigo»: *appunti sui rimedi risarcitori ultracompensativi nel vigente ordinamento*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2019, 1036 ss.

<sup>1050</sup> Chiara tale distinzione in SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 917-918 secondo cui «Risarcimento, sanzione e coazione sono concetti diversi, che non possono essere sovrapposti, perché il primo risponde all'esigenza di riparazione di un pregiudizio che è stato inferto ad un soggetto a causa dell'inosservanza di un comportamento giuridicamente dovuto, fermo restando che, se non vi è stato danno, non vi potrà essere neanche risarcimento; il secondo concetto è anch'esso strettamente legato ad una dimensione patologica e non fisiologica del diritto, ma ha una diversa funzione, perché serve a "castigare" l'inosservanza; in ultimo, la coazione è diretta ad assicurare l'osservanza delle regole».

<sup>1051</sup> Osserva FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 63-64 «la certezza che deve sussistere per rendere risarcibile il danno futuro non è la stessa di quella che caratterizza il danno presente. Così, se la sola eventualità o mera possibilità che in futuro accada un pregiudizio non è sufficiente a renderlo risarcibile, è però sufficiente la probabilità che dal fatto illecito, secondo la regolarità e la normalità del rapporto causale, il danneggiato subirà un danno. Quantomeno deve essere sicuro che un suo interesse tutelabile verrà ragionevolmente colpito in futuro e che non potrà altrimenti essere evitato».

La distinzione rispetto al risarcimento è stata tracciata sia dalla giurisprudenza di legittimità<sup>1052</sup> che amministrativa<sup>1053</sup>. Si è osservato in punto di determinazione del *quantum* che il riferimento al *danno quantificato e prevedibile* non toglie rilievo alla finalità non riparatoria sottesa alla misura in esame come confermato dal fatto che si tratta di uno soltanto dei diversi parametri di quantificazione previsti dal legislatore che il giudice potrebbe anche non considerare affatto<sup>1054</sup>.

Semmai il *danno* potrebbe acquisire rilievo per valutare la manifesta iniquità della misura<sup>1055</sup>, anche se ad oggi la giurisprudenza non pare avere utilizzato tale filtro selettivo per escludere l'applicabilità dell'*astreinte*<sup>1056</sup>.

Per altro orientamento, invece, si tratterebbe di una misura che condivide, insieme a quella principalmente deterrente ed eventualmente punitiva, anche una funzione indennitaria come si evince dal riferimento testuale al *danno quantificato o prevedibile* contenuto nell'art. 614 *bis* ultima parte c.p.c. di cui il giudice deve tenere conto in sede di quantificazione e che altrimenti rimarrebbe privo di senso. Si ritiene cioè che in un eventuale futuro e successivo contenzioso instaurato tra le stesse parti per gli stessi fatti, l'obbligato possa avere interesse ad agire in accertamento negativo dell'ulteriore diritto al risarcimento del danno dovuto alla controparte per l'inadempimento oppure, se convenuto un giudizio, ad eccepire la compensazione parziale del dovuto con quanto già pagato a titolo di *astreinte* o addirittura proporre domanda riconvenzionale laddove

---

<sup>1052</sup> Cass., n. 7613/2015 cit., nel riconoscere la compatibilità con l'ordine pubblico italiano di *astreinte* previste dal diritto belga, in virtù delle disposizioni sopra citate, ha affermato «il risarcimento e l'*astreinte* sono misure tra loro diverse, con funzione, rispettivamente reintegrativa e coercitiva (fuori dal processo esecutivo), volta a propiziare l'induzione all'adempimento, pur se l'*astreinte* non ripara il danno di chi lo ha subito, ma minaccia un danno a chi si comporta nel modo indesiderato, dando luogo ad una tecnica di tutela di tipo diverso, inducendo all'adempimento mediante una pressione diretta a coartare al comportamento dovuto con la minaccia del pagamento di una somma via via crescente con il protrarsi dell'inadempimento di un obbligo infungibile inevaso, per cui basta adempiere per scampare alla punizione». Nella citata decisione l'art. 614 *bis* c.p.c. viene accostato ad altre sanzioni civili come l'art. 96, comma 3, c.p.c., l'art. 12 L. n. 47/1948 cit., l'art. 4 d.l. n. 259/2006 cit. sulle quali si tornerà diffusamente nel par. 9.

<sup>1053</sup> L'Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 14 ha chiarito, infatti, che l'*astreinte* costituisce «una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice» e si sostanzia in un «meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell'assicurazione dei valori dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della pubblica amministrazione e, più in generale, della parte risultata soccombente all'esito del giudizio di cognizione». Già in precedenza v. CGA Reg. Sic., 22 gennaio 2013, n. 26.

<sup>1054</sup> Sulla natura non risarcitoria v. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15; Tar. Campania (Napoli), sez. VIII, 21 settembre 2018, n. 5564; Tar. Napoli (Campania), Sez. VI, 10 settembre 2018, n. 5446; Tar. Lombardia Milano, sez. III, 7 febbraio 2014, n. 409.

Per la giurisprudenza di merito civilistica v. *retro* nota 1034 quanto ai parametri di quantificazione.

<sup>1055</sup> Così MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, cit., 970 ss.

<sup>1056</sup> Così CAPPONI, *Ancora sull'astreinte*, cit., 574.

quanto incamerato in precedenza a titolo di *astreinte* dall'attore superi l'entità del danno risarcibile che fa valere in giudizio onde evitare ingiustificati arricchimenti dell'avente diritto alla prestazione principale<sup>1057</sup>. Senonchè, trattandosi di un provvedimento con funzione parzialmente indennitaria, tale scomputo dovrebbe essere non già totale, ma parziale e dovrebbe avvenire secondo il prudente apprezzamento del giudice in difetto di specifiche indicazioni legislative. Continua ad essere avvertito, in altri termini, il rischio che la sanzione possa divenire eccessiva, ma il rischio di incertezza nell'esercizio del potere discrezionale riduttivo del giudice rimarrebbe aperto.

Le altre *astreintes* esaminate nella sentenza delle Sezioni Unite concernono la violazione del diritto d'autore (art. 156 comma 1 L. n. 633/1941) o di un diritto di proprietà industriale (artt. 124, comma 2 e 131, comma 2 c.p.i. – d.lgs. n. 30/2005) con riferimento ai quali è prescritto che con il provvedimento che inibisce l'utilizzazione economica dell'opera altrui, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Ulteriori previsioni di *astreintes* riguardano le violazioni della normativa contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 231/2002); contro gli atti discriminatori in violazione delle pari opportunità tra uomo e donna, sanzionati anche penalmente (art. 37, comma 5, d.lgs. n. 198/2006), la violazione degli interessi dei consumatori attraverso atti e comportamenti fatta valere dalle associazioni di consumatori (art. 140, comma 7 cod. cons. - d.lgs. n. 206/2005) e contro la mancata reintegrazione delle rappresentanze sindacali in caso di illegittimità del licenziamento (art. 18, comma 14 Stat. Lav. già esaminato nel paragrafo precedente).

Le ultime tre ipotesi sono particolari perché le somme non sono devolute ai creditori o a chi ha proposto il giudizio, bensì ad appositi fondi, sul modello delle *Zwangsstrafen* tedesche.

---

<sup>1057</sup> Per la funzione anche compensativa della misura ex art. 614 bis c.p.c. v. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 238. Per la tesi dello scomputo parziale in virtù di tale duplice funzione coercitiva e compensativa v. LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. 69 del 18 giugno 2008 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. mer.*, 2008, 2087 ss.; ID, *Il nuovo art. 641 bis.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2010, 402. Secondo BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, cit., 789, anche se l'art. 614 bis c.p.c. ha soltanto funzione coercitiva e non risarcitoria, non si può privare di senso il riferimento al danno contenuto nel disposto legislativo con la conseguenza che il giudice debba tenerne conto in sede di fissazione della misura.

MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella L. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1554 invece si occupa del problema del cumulo tra la domanda ex art. 614 bis c.p.c. e la domanda di risarcimento del danno futuro.

Si tratta di misure settoriali poste a presidio soprattutto di decisioni inibitorie che dispongono la cessazione di comportamenti illegittimi. Ciò depone ancor più per il discostamento dalle regole della responsabilità civile.

## **8. Il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto e gli artt. 125 CPI e 158 L. dir. aut. tra regole di responsabilità civile, arricchimento ingiustificato e restituzione degli utili.**

Secondo parte della dottrina una delle ipotesi problematiche nella quali le regole della responsabilità civile concepite in ottica puramente compensativa non assicurano piena ed adeguata tutela alle situazioni soggettive lese protette dall'ordinamento concerne i cd. casi di arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto nei quali bisogna comprendere se la nuova ricchezza generata dalla invasione non autorizzata dell'altrui sfera giuridica possa essere definitivamente acquisita dal responsabile della violazione oppure debba in parte o del tutto essere trasferita al soggetto titolare della posizione soggettiva lesa.

Prima di soffermarsi sulle disposizioni speciali contemplate in materia di proprietà intellettuale e industriale e di diritto di autore, che ad avviso di alcuni autori e della stessa Cass., Sez. Un., n. 16601/2017 configurerebbero risarcimenti ultracompensativi fortemente deterrenti, va preliminarmente delineato all'interno della disciplina codicistica il rapporto esistente tra regole della responsabilità civile e arricchimento ingiustificato che certamente vengono in rilievo, in termini astratti, nelle fattispecie sopra indicate.

Difatti, il riferimento normativo al *danno* compare oltre che negli artt. 2043 e 1218 c.c. anche nella disciplina dell'arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. che genera non già una obbligazione risarcitoria, ma restitutoria. Pare dunque necessario tracciare una linea di demarcazione tra i due istituti.

### **8.1. Segue: il rapporto tra la disciplina responsabilità civile e dell'arricchimento ingiustificato**

L'art. 2041 c.c. dispone che «*chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale*».

Secondo l'opinione prevalente<sup>1058</sup>, l'azione generale di ingiustificato arricchimento risponde al principio di giustizia commutativa per cui è vietato arricchirsi a spese - o

---

<sup>1058</sup> SCHLESINGER, «*Arricchimento, azione di (diritto civile)*», in *NN.D.I.*, I, 2, Torino, 1958, 1007; TRABUCCHI, «*Arricchimento*», in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 65; MOSCATI, «*Arricchimento (azione di nel diritto civile)*», in *Digesto/civ.*, I, Torino, 1987, 449; DI MAJO, «*Tutela risarcitoria, restitutoria, ripristinatoria*», in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 11; BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., 821; CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da PERLINGIERI, Napoli, 2004, 343; SIRENA, in *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, dir. da LIPARI e RESCIGNO, Milano, 2009, 554; ID, *Arricchimento senza causa (sussidiarietà)*, in *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, Milano, 2018, 113. Il legislatore del 1942 ha dettato una disciplina residuale e di chiusura del sistema delle obbligazioni diverse dal contratto e dal fatto illecito cfr. P. RESCIGNO, voce «*Ripetizione dell'indebito*», in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, 1968, 1225; cfr. anche E.

meglio in *danno* stando al tenore letterale dell'art. 2041 c.c. - altrui senza causa giustificativa alla luce della tradizionale formula *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*<sup>1059</sup>. Secondo la prevalente dottrina<sup>1060</sup> e la giurisprudenza<sup>1061</sup>, diversamente da quanto accade nella previsione dell'art. 2043 c.c. in cui il fatto doloso o colposo è causa del danno *ingiusto* produttivo di un danno risarcibile (*ex artt.* 1223-1227 c.c.), nell'art. 2041 c.c. impoverimento e arricchimento non sono collegati da una nesso di causa ed effetto ma, entrambi, costituiscono effetti di un medesimo fatto, privo di *giusta causa* diverso dal contratto o da un fatto illecito. Pertanto, mentre il fatto illecito è fonte dell'obbligazione risarcitoria (*ex artt.* 1173 e 2043 c.c.), nell'art. 2041 c.c. l'obbligazione indennitaria è generata da qualsiasi altro fatto (art. 1173 c.c.) ingiustificato – ovvero che non trovi titolo nelle regole di appartenenza o di circolazione codicistiche – produttivo di arricchimento e correlato depauperamento che il legislatore, data l'estrema varietà, non ha avuto interesse a qualificare<sup>1062</sup>.

L'azione risarcitoria è un rimedio contro il danno di cui agli artt. 1223 - 1227 c.c.; quella prevista dall'art. 2041 c.c. appresta tutela contro la locupletazione dell'arricchito – nei limiti della corrispondente diminuzione patrimoniale del depauperato – realizzata secondo modalità ingiustificate e rimedia al conseguente squilibrio patrimoniale.

---

MOSCATI, *Una occasione perduta: la codificazione di una clausola generale di arricchimento (primo bilancio e prospettive)*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Bologna, 1991, 580.

<sup>1059</sup> POMPONIO, *leges geminatae*, D. 50.17.206 cfr. anche D. 12,6,14. Pothier individuò nelle citate *leges geminatae* pomponiane il fondamento equitativo di alcune obbligazioni restitutorie della compilazione giustiniana influenzando la codificazione del III libro del *Code Civil*. Per le origini romanistiche dell'azione *de rem in verso* cfr. POTHIER, *Pandectae justinianae*, VI, Paris, 1821, 192.

Nella relazione al Codice civile n. 792 si legge che il legislatore ha accolto l'orientamento «*corrispondente agli scopi di giustizia e di equità che l'ordinamento giuridico deve realizzare specie se vuole esprimere dal suo seno uno spirito di solidarietà. Questo spirito non può tollerare spostamenti patrimoniali disgiunti da una causa giustificatrice*».

<sup>1060</sup> TRABUCCHI, op. cit., 13; SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 120; E. MOSCATI, *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, cit., 463; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 828.

<sup>1061</sup> Cass. S.U. 11 settembre 2008, n. 23385 in *Resp. civ. e prev.* 2009, 4, 852, con nota di MASSA *Non risarcibilità del lucro cessante nel caso di illecito arricchimento ex art. 2041 c.c.*

<sup>1062</sup> Presupposti dell'azione *ex artt.* 2041 e 2042 c.c. sono: a) l'arricchimento senza causa di un soggetto; b) l'ingiustificato depauperamento di un altro; c) il rapporto di causalità diretta ed immediata tra le due situazioni, di modo che lo spostamento risulti determinato da un unico fatto costitutivo; d) la sussidiarietà dell'azione, nel senso che essa può avere ingresso solo quando nessun'altra azione sussista ovvero se questa, pur esistente in astratto, non possa essere esperita per carenza *ab origine* di taluno dei suoi requisiti cfr. diffusamente GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990. Anche la giurisprudenza, conferma che l'azione in esame presuppone una spesa o una perdita o una riduzione patrimoniale del soggetto a danno del quale si verifica l'incremento patrimoniale di un soggetto diverso, senza alcuna giustificazione di quest'ultimo di fronte al primo, carente altresì di qualsiasi altra azione per il recupero dell'indennizzo nei limiti di legge. Per tutte, cfr. Cass., 8 ottobre 1990, n. 9859, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 10 e più recentemente, Cass., 19 maggio 2019, n. 14670 in *Dir. & Giust.* 2019.

Il rapporto tra la disciplina della responsabilità civile e quella dell'arricchimento senza causa è disciplinato dalla sussidiarietà prevista dall'art. 2042 c.c. che deriva dalla tradizione francese preoccupata di evitare che un istituto di origine giurisprudenziale<sup>1063</sup> potesse modificare quelli previsti e disciplinati dal legislatore.

Già nella vigenza del Codice civile del 1865 la giurisprudenza nazionale, influenzata da quella d'oltralpe, limitava il campo di applicazione dell'azione di ingiustificato arricchimento per evitare «*confusioni, frodi alla legge, nonché ... il sovvertimento dell'intero ordinamento*»<sup>1064</sup>. Nella lettura tradizionale offerta dalla dottrina<sup>1065</sup> e dalla giurisprudenza italiana<sup>1066</sup>, la sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c. è intesa in termini rigorosi e astratti nel senso che al soggetto leso non sarebbe consentito agire in giudizio ai sensi dell'art. 2041 c.c. se esista la possibilità, al momento del fatto, di esperire utilmente altra azione per farsi indennizzare il pregiudizio subito<sup>1067</sup>.

---

<sup>1063</sup> In Francia, la sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento fu affermata nel noto *affaire Boudier* (Cass. Req., 15 giugno 1892, in *S.93*, I, 281) riguardante una ipotesi di arricchimento trilaterale; fu seguita da *Cour de Cassation* con sentenza 12-5-1914 in *Recueil Sirey*, 1918, I, 41 (cfr. AUBRY - RAU, *Cours de droit civil français*, IV ed., Vol. VI, Paris, 1873, 246), da Cass., 29 gennaio 1951, in *Bull. Cass. Civ.*, 1951, I, 21 e dalla successiva dottrina e giurisprudenza. Per ampi riferimenti anche al diritto romano cfr. SIRENA, *Arricchimento senza causa sussidiarietà*, cit., 107 ss. il quale ricorda che la sussidiarietà dell'azione fu concepita inizialmente per le ipotesi di infruttuosità dell'azione contrattuale e dunque nei casi di arricchimento trilaterale per poi essere estesa, come nello *ius commune*, a quello bilaterale, ma con indebolimento della originaria ragione giustificatrice v. anche BIANCA, *La responsabilità*, cit., 823-824.

<sup>1064</sup> Sotto la vigenza del Codice civile del 1865 l'arricchimento ingiustificato costituiva un istituto di origine pretoria v. GALLO, *Sub Art. 2042 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, dir. da GABRIELLI, cit., 356 ss.

<sup>1065</sup> Fattori della sussidiarietà in astratto, sono SCHLESINGER, *Arricchimento (azione)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, 1004 ss.; MOSCATI, *Arricchimento (azione)*, in *Dig. Disc. priv.*, I, Torino, 1987, 447 ss.; TRABUCCHI, voce «*Arricchimento (azione di) (diritto civile)*», cit., 72; FENGHI, *Sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 125.

<sup>1066</sup> V. *ex multis* Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28042 in *Foro it.* 2010, I, 233; Cass., 27 novembre 2018, n. 30614 in *Giust. Civ. mass.* 2019, rv 651857 - 01; Cass. 29 dicembre 2011, n. 29916 in *Giust. civ. mass.* 2011, 12, 1904; Cass., 29 giugno 1977, n. 2800 in *Dejure*; Cass., 12 marzo 2018, n. 15243 in *Guida al diritto* 2019, 6, 77; Cass., Sez. Lav., 9 aprile 2018, n. 8694 in *Riv. dir. industriale* 2018, 6, 421; Cass., sez. II, 14 maggio 2018, n.11682 in *Giust. civ. mass.* 2018, rv 648332-01; Cass., 27 novembre 2018, n. 30614 in *Giust. civ. mass.* 2019, rv 651857 - 01; Cass., sez. I, 20 novembre 2018, n. 29988 in *Giust. civ. mass.* 2019, rv 651892 - 01; Cass., 31 gennaio 2017, n. 2350 in *Giust. civ. mass.* 2017, rv 642718-01; Cass., sez. I, 07 marzo 2014, n. 5396 in *Guida al diritto* 2014, 31, 53; Cass., 13 marzo 2013, n. 6295 in *Giust. civ. mass.* 2013.

Trib. Roma, sez. XVII, 22 febbraio 2018, n. 4002; Trib. Rovigo, 15 marzo 2018, n. 187; Trib. Ravenna, 20 maggio 2019, n. 511, tutte in *Dejure*.

Nel senso che il rimedio *ex art.* 2041 c.c. non può essere esperito se ci sono i presupposti per invocare la responsabilità da fatto illecito, v. Cass., Sez. I, 09 agosto 1994, n. 7348 in *Foro it.* 1996, I, 685. Cass., sez. I, 22 novembre 2017, n. 27827 in *Giust. civ. mass.* 2018, rv 647025-01 ha precisato che per assenza di un'azione tipica, deve intendersi «*non ogni iniziativa processuale ipoteticamente esperibile, ma esclusivamente quella che deriva da un contratto o quella che sia prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata*». Nel caso esaminato la Suprema Corte ha perciò cassato la pronuncia d'inammissibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento proposta da una società finanziaria nei confronti di un Comune, in ragione della rilevata esperibilità di un'azione risarcitoria diretta nei confronti del funzionario negligente, ritenendola di dubbia proponibilità, anche in astratto.

<sup>1067</sup> Diffusamente, Di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 332; BIANCA, *La responsabilità*, cit. 821.



L'azione prevista dagli artt. 2041 e 2042 c.c. è saldamente ancorata alla prova del depauperamento diversamente da quanto avviene nel sistema tedesco e nei Paesi di *common law* ove è sufficiente che l'arricchimento sia la conseguenza di un'ingerenza non consentita nelle altrui situazioni soggettive, a prescindere dalla prova di una perdita effettiva<sup>1068</sup>, per ottenerne la restituzione.

La giurisprudenza ammette l'esperibilità del rimedio in esame in via subordinata alla domanda principale formulata nell'atto introduttivo<sup>1069</sup> e, più recentemente, Cass., Sez. Un., 13 set. 2018, n. 22404<sup>1070</sup> - nel solco tracciato da Cass., Sez. Un., 15 giu. 2015, n. 12310<sup>1071</sup> secondo cui a norma dell'art. 183 c.p.c. è sempre ammissibile la modifica di qualsiasi domanda anche qualora questa abbia ad oggetto un diritto diverso da quello azionato inizialmente *purchè concernente la medesima situazione sostanziale* –, ne ammette la proposizione anche con la memoria *ex art. 183, comma 6, n. 1 c.p.c.* precisando tuttavia che, per l'accoglimento della subordinata, è necessario che la domanda principale (es.: di adempimento) sia respinta per carenza originaria del titolo e non per altre ragioni, tra cui il difetto di prova<sup>1072</sup>.

---

<sup>1068</sup> TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da fatto illecito*, in *Studi Sacco*, Milano 1994, I, 409; GOFF-JONES, *The Law of Restitution*, London, 2002, 16; DICKSON, *Unjust Enrichment Claims: A comparative overview*, in *C.L.J.*, 1995, 25, 100, 119; ZIMMERMANN, *Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach*, in *15 Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 404; NICHOLAS, *Unjust Enrichment and Subsidiarity*, in *Studi Gorla*, III, Milano, 1994, 2043. Per un profilo comparatistico dell'istituto, si rinvia a GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da Sacco, Torino, 1997.

In giurisprudenza, è pacifico che l'indennizzo va determinato tenendo conto del depauperamento di cui all'art. 2041 c.c. che deve comprendere tutto quanto il patrimonio ha perduto (in elementi ed in valore), esclusi i vantaggi derivati dalla controprestazione tra cui l'arricchimento da mancato pagamento della prestazione professionale goduta che, in caso di contratto valido, l'Amministrazione avrebbe dovuto reperire sul mercato (Cass. 23/05/2019, n. 13967 in *Dir. & Giust.* 2019; Cass. 4/4/2019, n. 9317; Cass. 06/10/2015 n. 19886, Rv. 637195-01; Cass. 07/11/2014, n. 23780, Rv. 633449 – 01; Cass. 07/10/2011, n. 20648, Rv. 619855 – 01). Più recentemente, Cass. n. 14670/2019 cit., ha osservato che, in caso di prestazioni professionali, tra i vantaggi conseguiti dall'arricchito (P.A.) vi è il risparmio di spesa che avrebbe dovuto versare per ottenere la prestazione ricorrendo al mercato per cui tale valore se non rileva ai fini della *depauperatio*, è invece rilevante ai fini della *locupletatio* (nello stesso senso, in precedenza, Cass. 10/01/2017, n. 351 - Rv. 642780 – 01).

<sup>1069</sup> *Ex multis*, Cass. 24 giugno 1995, n. 7201, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 1307 secondo cui l'attore può dedurre l'altrui responsabilità per arricchimento in via subordinata contestualmente alla domanda avanzata ad altro titolo convenzionale o legale. Analogo diritto spetta all'opponente a decreto ingiuntivo. Con sentenza 27 dicembre 2010, n. 26128, in *Giust. civ.*, 2010, 1501, dopo aver evidenziato che la domanda *ex art. 2041 c.c.* ha *petitum* e *causa petendi* diversi rispetto a quella principale, le Sezioni Unite la ritengono ammissibile sebbene nuova qualora l'attore o l'opponente abbia introdotto un ulteriore tema di indagine. In altri termini, detta azione esclude che possa ritenersi proposta per implicito in una domanda fondata su altro titolo cfr. Cass., 25 marzo 2003, n. 4365 in *Danno e resp.* 2004, 270.

<sup>1070</sup> In *Resp. civ. e prev.* 2019, 2, 516 con nota di ANGELETTI, *Domanda di adempimento contrattuale e di arricchimento senza giusta causa*.

<sup>1071</sup> In *Foro it.* 2016, 1, 255.

<sup>1072</sup> Cass., Sez. Un., n. 22404/2018 cit.; Cass., n. 11682/2018 cit.; Cass., n. 2350/2017 cit.; Cass. 20/06/2017, n. 15239 in *Guida al diritto* 2017, 44, 57; Cass. 18/12/2015, n. 25449 in *Guida al diritto* 2016, 9, 48; Cass. 02/08/2013, n. 18502 in *Foro it.* 2014, 1, 158; Cass., n. 6295/2013 cit.; Cass., 17 maggio 2007, n. 11461 in *Giust. civ. mass.* 2007, 5. V. anche recentemente Trib. Roma, 22 febbraio 2018, n. 4002; Trib. Ravenna 20 maggio 2019, n. 511 in *Dejure*.

Nonostante le sopra citate aperture “processuali”, nella parte in cui valorizza l’alternatività o la sostituzione della domanda di arricchimento senza causa a quella principale, la giurisprudenza resta comunque fedele a una rigorosa applicazione del principio di sussidiarietà fondata sul timore di frodi alla legge.

La sussidiarietà è perciò inapplicabile in tutti i casi in cui un fatto illecito produce esclusivamente la distruzione/alterazione di un bene preesistente a cui non segue alcun arricchimento del danneggiante poiché, in tal caso, è solo l’istituto della responsabilità civile a venire in rilievo e apprestare riparazione al danneggiato attraverso il risarcimento del pregiudizio sofferto<sup>1073</sup>. Qualora, invece, il fatto ingiusto (o l’inadempimento) produca sia un danno per la vittima che notevoli e superiori vantaggi patrimoniali per il danneggiante, oppure soltanto arricchimenti senza danni<sup>1074</sup>, secondo alcuni autori la funzione riparatoria della responsabilità civile è inadeguata e insufficiente a garantire un’equa distribuzione della ricchezza.

Autorevole dottrina<sup>1075</sup> aveva già da tempo affermato che in simili ipotesi il vantaggio patrimoniale non può essere conseguito definitivamente dall’autore del fatto lesivo. Chi abbia conseguito un profitto tramite una iniziativa antiggiuridica è tenuto a riversarlo integralmente alla vittima<sup>1076</sup>, sia che versi in buona che in mala fede, in applicazione di un principio generale dell’ordinamento desumibile da plurime previsioni codicistiche.

In tali situazioni nelle quali potrebbe giocare un ruolo decisivo, l’art. 2041 c.c. non dovrebbe assumere carattere sussidiario se la funzione dell’istituto dell’arricchimento è quella residuale di completare il sistema positivo laddove non sussistano altre azioni; non si dovrebbe perciò escludere la possibilità di impiegare tutti i rimedi che assicurino

---

<sup>1073</sup> BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e “ingiustizia” del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 426 ss.; ID, *Funzione compensativa della responsabilità (e «private enforcement» nella disciplina antitrust)*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, (a cura di M. Maugeri-A. Zoppini), Bologna, 2009, 57 ss.

<sup>1074</sup> Il problema è stato inizialmente esaminato da SACCO, *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959 cui si rinvia per ulteriori ampi riferimenti in oggetto a cui è seguita l’altrettanto fondamentale monografia di TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

<sup>1075</sup> SACCO, *L’arricchimento* cit. 3 ss. Secondo Trimarchi l’arricchimento va integralmente riversato solo se l’autore del fatto è in mala fede, mentre si è in buona fede esisterebbe un ulteriore principio generale che gli permetterebbe di trattenerlo (v. anche successivamente TRIMARCHI, *L’arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 1149 ss.). Per la tesi opposta secondo cui l’arricchimento non andrebbe mai riversato alla vittima, PARDOLESI, *Profitto ingiusto e arricchimento*, Trento, 2005, 81.

<sup>1076</sup> SACCO, *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 134, 237; così anche MOSCATI, *Arricchimento (Azione di) nel diritto civile*, cit., 453; ID., *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell’indebitato*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2006, 459, 498, per il quale non è possibile però superare in via interpretativa il dettato legislativo in tema di sussidiarietà dell’azione.

al soggetto leso l'integrale riparazione del pregiudizio subito e, nel contempo, di evitare che il vantaggio rimanga nella titolarità dell'autore di un illecito<sup>1077</sup>.

Pertanto, parte della dottrina ha proposto letture alternative della sussidiarietà prevista dall'art. 2042 c.c.<sup>1078</sup> rilevando che ad essere vietato è soltanto il concorso cumulativo tra azioni nel senso che lo stesso soggetto non può ottenere più volte, sulla base di titoli diversi, l'indennizzo dello stesso pregiudizio ai sensi dell'art. 2042 c.c. Sarebbe invece ammissibile il concorso subordinato e integrativo tra le diverse domande (risarcitoria e di arricchimento)<sup>1079</sup>. Altra dottrina<sup>1080</sup>, valorizzando le diversità strutturali e i rispettivi ambiti di operatività degli istituti della responsabilità civile e dell'arricchimento ingiustificato, conclude per l'ammissibilità del cumulo tra le due azioni. Se è vero – come del resto afferma pacificamente la giurisprudenza – che tra l'azione risarcitoria e

---

<sup>1077</sup> SACCO, op. ult. cit., 237.

<sup>1078</sup> Critico verso la sussidiarietà, ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, 179 che ammetteva la possibilità di scegliere se agire in arricchimento o in responsabilità civile. Favorevole all'abrogazione dell'art. 2042 c.c. SIRENA, *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 536; ID., *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 65; ID., *Risarcimento del danno e funzione restitutoria*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di MAUGERI e ZOPPINI, cit., 99 ss. Secondo GALLO, *Sub Art. 2042*, cit., 360, la sussidiarietà in astratto non è altro che una delle possibili interpretazioni dell'art. 2042 c.c. e la giurisprudenza ha preferito aderire a quella più restrittiva. L'autore auspica che nell'interpretare tale requisito si tenga conto soltanto della esigenza di evitare l'aggiramento o la frode alla legge come suggerito da Cons. di Stato 7 maggio 2002, n. 2447.

<sup>1079</sup> Cfr. SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, cit., 116; ID., *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 78. Cfr. anche ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 343 ss.; ID., *Art. 2041 c.c. e art. 2043: compatibilità di due clausole non sussidiarie?*, in *Resp. civ.* 2005, 149; CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutorio con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 1, 67 ss.; BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, II, cit., 835 - 836.

<sup>1080</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 650-653; 713, 715-716; ID., *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.* 2003, 7 ss.; ID., *La responsabilità civile*, cit., 117-122 osserva che l'assenza di qualificazione del danno menzionato nell'art. 2041 c.c. in termini di ingiustizia, fa sì che per il sorgere della obbligazione restitutoria sia sufficiente una pura perdita patrimoniale cui corrisponda l'arricchimento non giustificato dell'autore del fatto o del terzo. L'autore sottolinea che non può applicarsi il principio di specialità e ritenere il danno ingiusto una *species* di quello ex art. 2041 c.c. poiché l'indicato principio presuppone la necessaria l'identità della fattispecie inesistente nel caso di atti di disposizione dell'altrui diritto che non produce alcuna perdita alla vittima. Secondo DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 357, «al danno ingiusto provvede il risarcimento; a ciò che sta al di là, l'incremento patrimoniale conseguito dall'agente, provvede la restituzione dell'arricchimento senza che sia messa in gioco la sussidiarietà prevista nel nostro ordinamento per tale istituto». Cfr. anche MOLLO, *Il carattere della sussidiarietà "in astratto" dell'azione di ingiustificato arricchimento*, in *Studium iuris*, 7-8, 2016, 912; GARACI, *La reversione degli utili fra tecniche risarcitorie e restitutorie*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2017, 313 ss. per il cumulo tra tecniche risarcitorie e restitutorie per risolvere la serie di questioni "allocative" che sorgono in generale in tutti i casi di illegittima interferenza nelle altrui situazioni giuridiche soggettive, comprese quindi le violazioni relative ai diritti della personalità; v. sul punto PROTO, *Tutele per abuso di immagine*, in *NGCC*, 2012, 394 – 395 secondo cui ove il pregiudizio sia inferiore rispetto al valore oggettivo dell'utilità di cui il danneggiante si sia appropriato senza causa, il soggetto tutelato può chiedere la restituzione della differenza (tra arricchimento ex art. 2041 c.c. e danno risarcibile ex art. 1223 c.c.) e nei limiti dell'impovertimento, ma non dei profitti eccedenti per i quali non può trovare applicazione neppure l'istituto della gestione di affari altrui. Cfr. anche gli autori citati in nota precedente.

quella di arricchimento senza causa vi è diversità di *petitum* e *causa petendi*, allora l'art. 2042 c.c. non dovrebbe trovare alcuna applicazione<sup>1081</sup>.

La disciplina dell'arricchimento ingiustificato presuppone la lesione del diritto altrui sotto il profilo del potere di disposizione e il *danno* di cui all'art. 2041 c.c. va inteso come perdita relativa (ciò che viene meno in un patrimonio confluisce in altro e viceversa) e non come *perdita secca* a differenza della responsabilità civile la quale postula, invece, la lesione del diritto sotto il profilo del potere di godimento (alterazione o distruzione del bene che forma oggetto del diritto). La lesione del potere di disposizione non genera una obbligazione risarcitoria secondo quanto disposto dall'art. 2038 c.c. che, nel disciplinare le conseguenze derivanti da un atto di disposizione di un bene indebitamente ricevuto, prevede conseguenze restitutorie (restituzione del corrispettivo, cosa in natura o il relativo valore)<sup>1082</sup>.

Tuttavia, la prevalente dottrina<sup>1083</sup> e la stessa giurisprudenza, anche recente<sup>1084</sup>, sono ferme nel sostenere la generale *ratio* antielusiva dell'art. 2042 c.c. e la conseguente sussidiarietà "astratta" che conserva piena validità nelle ipotesi di effettiva frode alla legge come accadrebbe, ad esempio, qualora si azionasse ex art. 2041 c.c. un diritto prescritto o per l'esercizio del quale si sia già verificata la decadenza. Simili preoccupazioni, tuttavia, come osserva un'altra parte della dottrina, risultano ingiustificate nelle particolari ipotesi di arricchimento senza danno o di arricchimento superiore al danno al punto che anche in Germania, nel nuovo codice civile olandese (art. 6:212), nella disciplina europea (*Principles of European Unjustified Enrichment*

---

<sup>1081</sup> RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile*, cit., 185; CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *R. crit. d. priv.* 2008, 1, 409 ss. fa leva anche sul disposto dell'art. 185 c.p. nella parte in cui prevede che il reato obbliga chi lo ha commesso alle restituzioni e al risarcimento a norma delle leggi civili, così come ricorda che anche nei Principi *Unidroit* è sancito che ogni inadempimento attribuisca al creditore il risarcimento del danno sia a titolo esclusivo che in concorso con altri rimedi; cfr. anche NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, cit. 618. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. SCIALOJA, V, Torino, 1893, 634 evidenziava che nel diritto romano vi era una netta distinzione tra responsabilità e arricchimento. Cfr., altresì, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 319 ss.; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2009, 65 e CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 405 ss.

<sup>1082</sup> Cfr. diffusamente NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 88; ID, *Restituzioni*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO – MAZZAMUTO, Milano, 2007, 200 ss.; ID, *Le restituzioni de jure condendo*, cit., 614 ss. Anche altre disposizioni del codice civile prevedono che l'indebita disposizione di un diritto altrui che ne provochi l'acquisto in favore di terzi, comporta conseguenze restitutorie v. gli artt. 184, comma 3, 535, comma 2, 934 ss. c.c. Più di recente nello stesso senso CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 116 ss. e 712 ss.

<sup>1083</sup> Oltre a quella citata alla nota 1058, cfr. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, cit., 426 ss.; ID, *Funzione compensativa della responsabilità (e «private enforcement» nella disciplina antitrust)*, cit., 57 ss.

<sup>1084</sup> Cass. S.U. n. 23385/2008 cit. e quella indicata alla nota 1068.

*Law*<sup>1085</sup>) e nei DCFR<sup>1086</sup> è assente qualsiasi previsione di sussidiarietà dell'azione in esame<sup>1087</sup>.

Inoltre, negli ordinamenti che non prevedono l'azione generale di arricchimento senza causa (come ad esempio i Paesi di *common law*<sup>1088</sup>) ovvero non ne sanciscono la sussidiarietà, si è portati a ritenere che ove dallo stesso fatto illecito consegua tanto un arricchimento del danneggiante quanto un danno per la vittima – soprattutto se il primo superi il danno risarcibile – si possa commisurare l'obbligazione risarcitoria anche ai vantaggi conseguiti dall'autore del fatto dannoso così configurandosi un risarcimento ultracompensativo.

In definitiva, nelle ipotesi di arricchimento mediante fatto ingiusto, anche alla luce del dato comparatistico, la disciplina italiana (e francese) dell'ingiustificato arricchimento potrebbe seguire due strade diverse; superare il principio della sussidiarietà astratta dell'azione sul rilievo che il fatto produttivo di nuova ricchezza pone, in presenza di conflitti di natura attributiva, fuori gioco le regole della responsabilità civile sicchè si potrebbe ipotizzare un eventuale concorso tra disciplina dell'arricchimento e quella della responsabilità civile poiché hanno ambiti diversi e ciascuna è applicabile per la propria competenza<sup>1089</sup> oppure ammettere una funzione deterrente della responsabilità civile, come avvenuto nell'ambito delle violazioni dei diritti di proprietà industriale (art. 125 C.P.I.) e del diritto d'autore (art. 158 L. diritto di autore) alle condizioni prescritte e in particolare in presenza di apposita riserva di legge. Allo stato però, prevale la rigoro-

---

<sup>1085</sup> Reperibili su [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net). Per ulteriori riferimenti v. anche *retro* Cap. II, par. 2.

<sup>1086</sup> Nel *Draft Common Frame of Reference* che si pone l'ambizioso progetto di regolare in modo uniforme la materia contrattuale, il diritto delle obbligazioni, l'illecito civile, i singoli contratti commerciali, il *trust* e l'arricchimento senza causa dell'acquis comunitario, è stato recepito il sistema c.d. binario delle restituzioni contrattuali che caratterizza il sistema tedesco (DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, numero speciale, *Le azioni di restituzione da contratto*, 1 e ss.) secondo il quale sono assoggettate alla disciplina dell'arricchimento senza causa solo quando il contratto è nullo o annullato, si sia verificata la condizione risolutiva ovvero la scadenza del termine finale. L'art. VI.6:101 dispone espressamente: «*Quale alternativa al risarcimento, quando risulti ragionevole, la persona alla quale il danno è imputabile può essere obbligata alla restituzione dell'arricchimento conseguito in luogo del risarcimento*»; «*il soddisfacimento di uno di questi diritti riduce gli altri dello stesso ammontare*» (art. VII.7:102). Dal combinato disposto di tali norme si ricava che mentre l'azione di danni ha finalità riparatoria, quella di ingiustificato arricchimento ha finalità restitutoria e che tali principi non sono in linea con il principio di sussidiarietà come inteso in Francia e Italia (SIRENA, *Arricchimento* cit., 107). V. anche *retro* Cap. II, par. 2.

<sup>1087</sup> Per ampi riferimenti, si rinvia a SIRENA, *Arricchimento senza causa*, cit., 92 e ss.

<sup>1088</sup> Per i *restitutory damages* si rinvia ai capitoli precedenti e, per le varie opinioni dottrinali, a EDELMAN, *Gain-based damage*, cit., 79; MC GREGOR, *Restitutory damages*, in *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, 1996, 203 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 700; PARDOLESI (*Seminari di diritto privato comparato*, cit., 15 ss.); ID., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; ROTHERHAM, *The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs*, in *Cambridge law j.*, 2007, 172 ss.

<sup>1089</sup> V. *retro* note 1079 e 1080.

sa interpretazione tradizionale degli artt. 2041 e 2042 c.c.<sup>1090</sup> e, in assenza di lacuna normativa e di un sicuro principio generale desumibile dai dati positivi, non sussiste l'obbligo di riversare i profitti illeciti in favore del titolare della situazione soggettiva lesa al di fuori dei casi consentiti dalla legge<sup>1091</sup>.

---

<sup>1090</sup> Come messo in luce da D'AMICO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 369, in realtà, nelle ipotesi di arricchimento mediante fatto ingiusto le regole di responsabilità civile sarebbero comunque applicabili in astratto, ma non consentirebbero, in concreto, di attribuire l'intero valore prodottosi in conseguenza del fatto illecito alla vittima; vi è già la disciplina codicistica della responsabilità civile che consente di traslare solo il costo del danno risarcibile e impedisce di poter ricorrere a quella dell'arricchimento in virtù dell'art. 2042 c.c., specie se la sussidiarietà è intesa in termini astratti. Se si ritiene che in astratto sussistano già i presupposti per configurare l'azione ex art. 2043 c.c. è evidente che ricorre il limite di cui all'art. 2042 c.c.; se invece si ritiene che il fatto non sia inquadrabile nemmeno in astratto entro la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. il problema della sussidiarietà non dovrebbe venire in rilievo.

Rimane però fermo che l'azione di cui all'art. 2041 c.c. non coprirebbe i profitti che eccedano la perdita patrimoniale subita dalla vittima dell'arricchimento mediante fatto ingiusto (minor somma tra arricchimento e depauperamento) e che non sarebbe probabilmente ipotizzabile una lacuna legislativa tale da imporre all'interprete di colmarla attraverso l'analogia o il ricorso ai principi generali – posto che le fattispecie di arricchimento mediante fatto ingiusto sono già inquadrabili nell'alveo degli artt. 2041 e 2043 c.c. – a meno di ritenere che ai sensi dell'art. 12 Preleggi c.c. possa comunque configurarsi una lacuna laddove la controversia non sia risolvibile con una *precisa disposizione* come nel caso in esame dovendosi fare ricorso a norme generali così D'AMICO, op. ult. cit., 373.

Dunque, muovendo dalla corretta esegesi degli artt. 2043 e 2041 – 2042 c.c., può ritenersi che nella disciplina codicistica chi utilizzando abusivamente diritti altrui abbia conseguito un arricchimento in danno di terzi, è tenuto nei limiti del danno risarcibile al risarcimento e a reintegrare l'altra parte della diminuzione patrimoniale subita. L'autore del fatto di arricchimento può quindi trattenere il *surplus*, l'eccedenza del guadagnato pari alla differenza tra i vantaggi conseguiti e la somma pagata a titolo di risarcimento (profitto netto) così D'AMICO, op. ult. cit., 376 ss.

<sup>1091</sup> D'AMICO, op. ult. cit., 394.

## 8.2. *Segue*: L'art. 125 CPI.

Tra le disposizioni normative nazionali riconducibili alla categoria dei cd. danni punitivi, nella sentenza n. 16601/2017 cit. le Sezioni Unite richiamano in materia di proprietà intellettuale e industriale l'art. 125 CPI il quale, per effetto dell'art. 13 Dir. *Enforcement* cit. (v. *retro* Cap. II, par. 4.2.), si è arricchito di un terzo comma che sancisce espressamente, in aggiunta al risarcimento danni previsto dai primi due commi, la restituzione dei profitti realizzati dall'autore della violazione del diritto di proprietà industriale<sup>1092</sup>.

L'art. 125 CPI disciplina esclusivamente le conseguenze della violazione per i cui presupposti soggettivi e oggettivi (individuazione dell'autore dell'illecito, soggetto passivo, stato soggettivo e nesso di causalità) occorre far riferimento, al pari della disciplina della prescrizione, alle disposizioni generali dell'illecito civile alcune delle quali sono richiamate esplicitamente al comma 1 e implicitamente al comma 2<sup>1093</sup>.

In termini generali, il danno cagionato dalla commercializzazione di un prodotto o di un modello in violazione di privativa non è "*in re ipsa*", ma, essendo conseguenza diversa ed ulteriore dell'illecito rispetto anche alla distorsione della concorrenza da eliminare comunque, richiede di essere provato secondo le regole generali che regolano le conseguenze del fatto illecito; tuttavia, si è affermato che in caso di contraffazione di brevetto d'invenzione industriale, pur in assenza della prova di un danno emergente, la documentazione di forniture eseguite dal contraffattore e aventi ad oggetto prodotti realizzati in violazione del brevetto altrui è sufficiente a dimostrare la sussistenza di un lucro cessante<sup>1094</sup>, che la violazione di un diritto di esclusiva, nella specie, d'autore, integra di per sé la prova dell'esistenza del danno<sup>1095</sup> e che la contraffazione del marchio può essere ritenuta potenzialmente idonea a produrre danno e il suo accertamento legittimo, pertanto, la pronuncia di condanna generica al risarcimento<sup>1096</sup>.

L'illecito industrialistico si sostanzia nello sfruttamento non autorizzato di un bene immateriale altrui per fini lucrativi e «*il danno subito dal titolare del diritto ad opera del terzo contraffattore ha come punto di incidenza oggettivo non una cosa, un bene, un diritto soggettivo o un interesse protetto, ma l'attività del titolare imperniata*

---

<sup>1092</sup> V. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, 41 ss.; DRAGOTTI, *L'attuazione della direttiva enforcement* in *Riv. dir. ind.*, 2006, III, 21 e ss.

<sup>1093</sup> RICOLFI, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, vol. II, Torino, 2015, 1416 e ss.

<sup>1094</sup> Cass. 04/09/2017, n. 20716 in *Rivista di diritto industriale* 2018, 2.

<sup>1095</sup> *Ex multis*, Cass. 07/07/2015, n. 14060 in *ilsocietario.it*.

<sup>1096</sup> Cass. 20/05/2016, n. 10519 in *Guida al diritto* 2016, 40, 66.

sull'utilizzazione del bene»<sup>1097</sup>; attività, peraltro, che si colloca in un settore del mercato e ne è inevitabilmente influenzata dalle complesse modalità di funzionamento. Il danno da contraffazione corrisponde, dunque, a un pregiudizio dinamico piuttosto che statico, estremamente difficile da provare in giudizio in maniera obiettiva secondo le tradizionali regole della responsabilità civile<sup>1098</sup>. Una privativa va considerata quale bene normalmente produttivo - sia sotto il profilo del vantaggio monopolistico attribuito al titolare che contrassegni i servizi, sia sotto quello della redditività assicurata dalla concessione di licenza a terzi- dotato di un valore capitale che viene irrimediabilmente eroso dall'attività illecita, rispetto al quale debbono trovare applicazione le disposizioni speciali di cui all'art. 125 CPI<sup>1099</sup>.

Ad esempio, in materia di marchio notorio, la tutela è assicurata contro tre violazioni: il pregiudizio al carattere distintivo ("diluizione"), quello arrecato alla notorietà ("corrosione") e, infine, il pregiudizio rappresentato dal conseguimento di un indebito vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio ("parassitismo"), che va ricollegato non al pregiudizio subito dal marchio, quanto piuttosto al vantaggio tratto dal terzo dall'uso del segno identico o simile al marchio<sup>1100</sup>.

Dato che i benefici ottenuti dal contraffattore (intesi sia come utili che risparmio di spesa) superano sovente l'ammontare del danno subito dal titolare del diritto leso, ci si interroga se il risarcimento possa acquisire uno scopo restitutorio e neutralizzare

---

<sup>1097</sup> Così RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit., 1400.

<sup>1098</sup> La particolare complessità nella dimostrazione dell'esistenza e del calcolo del danno risarcibile in materia che spesso richiede l'intervento di scienze aziendalistiche è messa ben in evidenza da CASONATO, *Criteri di determinazione del danno da contraffazione*, in *Contr. e imp.*, 2017, 1, 287 ss. proprio perché è necessario disporre di moltissimi dati riferibili all'attività economica delle parti, dei competitori o ricavabili da specifiche analisi di mercato. Non è un caso che il legislatore abbia previsto l'istituto della *discovery* di cui all'art. 121 bis CPI (sul punto, cfr. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 117). Sulla complessità dell'accertamento e liquidazione del danno v. diffusamente RICOLFI, *Trattato dei marchi* cit., 1465 e ss. Per la ricostruzione degli utili del contraffattore normalmente si fa riferimento al margine operativo lordo (cd. MOL), definito in relazione ai soli costi e ricavi incrementali relativi al prodotto in contraffazione e cioè non considerando quei costi comuni ad altre produzioni (in prevalenza costi fissi) che l'azienda avrebbe sostenuto comunque v., *ex multis*, Trib. Milano, 29 ottobre 2014, n.12745, - in tema di contraffazione di brevetti -. Secondo Trib. Milano, 11 giugno 2014 ai fini della ricostruzione dell'utile del contraffattore assumono rilievo «i costi degli scarti, i costi generali di produzione, le spese di marketing, i costi di trasporto, gli ammortamenti, le provvigioni pagate, mentre restano esclusi — salvo non sia provata la loro imputabilità alla produzione del bene contraffattorio — i costi per fiere ed esposizioni, i costi per lavoro interinale e i costi di locazione degli immobili»; v. anche Trib. Milano, 24 settembre 2014, n. 11178; Trib. Torino, 21 novembre 2012 (6008/2) e Trib. Milano, 26 gennaio 2012 (5850/2). Tutte le decisioni sono reperibili in *Dejure*.

Il tema è affrontato dalla dottrina, tra gli altri, da FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà industriale*, in *Il dir. ind.*, 2006, 208; SPOLIDORO, *Risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 200 ss.; RUTIGLIANO-FACCINCANI, *Risarcimento del danno per lucro cessante e restituzione dei profitti dell'autore della violazione di diritti di proprietà industriale*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 833 ss.

<sup>1099</sup> Trib. Milano, 13/04/2016, n. 4619 in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

<sup>1100</sup> Cass. 17/10/2018, n. 26000 in *Giust. civ. mass.* 2018, rv 651320 – 02.



l'arricchimento derivante dalla condotta *non iure* con conseguente implementazione della tradizionale funzione preventiva o di deterrenza<sup>1101</sup> della responsabilità civile sino ad assumere una connotazione *lato sensu* punitiva qualora siano previsti rimedi restitutori caratterizzati da una non piena corrispondenza tra ammontare del risarcimento/restituzione e pregiudizio sofferto dall'impresa danneggiata<sup>1102</sup>.

Con il comma 3 dell'art. 125 CPI, in attuazione dell'art. 13 della citata direttiva *Enforcement*, è stato introdotto il nuovo rimedio della reversione degli utili che, secondo la relazione al D.lgs. 16 marzo 2006 n. 140, è operativamente e concettualmente distinto dal risarcimento previsto dai commi precedenti poiché mentre quest'ultimo è riconducibile al profilo della reintegrazione del patrimonio lesa, la reversione è riconducibile all'arricchimento senza causa<sup>1103</sup> in quanto diretta a rimuovere l'arricchimento realizzato nel patrimonio dell'autore dell'illecito<sup>1104</sup>.

Per un primo orientamento dottrinale che appare preferibile, conforme alle intenzioni del legislatore e al testo della rubrica dell'attuale art. 125 CPI, la restituzione degli utili di cui al comma 3 va inquadrata al di fuori del perimetro della responsabilità civile, nell'ambito delle restituzioni<sup>1105</sup> e quindi di misure diverse dal risarcimento tese a

---

<sup>1101</sup> RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit., 1401 ss. osserva in termini generali che se così non fosse, l'ordinamento finirebbe per incentivare la commissione degli illeciti. Anche l'analisi economica del diritto giunge alla stessa conclusione perché altrimenti il diritto di proprietà industriale verrebbe svilito in diritto al compenso. Naturalmente tale disciplina, nel configurare risarcimenti ultracompensativi (fortemente deterrenti parametrati sul profitto realizzato dall'autore dell'illecito), finirebbe per avvantaggiare le imprese già presenti sul mercato e non anche quelle che volessero entrarvi. La valorizzazione della funzione restitutoria del risarcimento dipende anche dalla difficoltà di potere ricorrere agli altri istituti civilistici restitutori. In Italia, come in Francia, infatti, l'azione di ingiustificato arricchimento si fonda su rigorosi presupposti che non permettono di ottenere la restituzione di quota dei profitti realizzati illecitamente dal danneggiante a differenza dei sistemi di *common law* che permettono, invece, di ricorrere ai rimedi restitutori di *equity* come *l'account of profits* o il *disgorgment of profits* senza che sia necessario configurare alcun danno risarcibile.

<sup>1102</sup> Sulla precedente disciplina del diritto industriale che prevedeva un sistema "punitivo", cfr. SARTI, *L'assegnazione in proprietà*, AIDA, 2000, 226 e ss. nota 18 e 234.

<sup>1103</sup> Trib. Milano, n. 11010/2014 cit.; Trib. Milano, n. 1409/2015 cit.

<sup>1104</sup> L'incremento patrimoniale del contraffattore o dell'autore dell'illecito non deve essere ascrivibile all'opera da questi autonomamente svolta v., tra le tante, Trib. Milano, n. 11010/2014 cit.

<sup>1105</sup> E' stato osservato che il comma 3 pone rimedio a conflitti di natura attributiva e non aquiliani (PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005, 10; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit. 333; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 704); che la natura non risarcitoria della reversione degli utili si desume dall'iter legislativo che ha segnato il passaggio dalla versione originaria a quella attuale dell'art. 125 CPI (diffusamente, D'AMICO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 394 ss.) e dal dibattito dottrinale che ha preceduto l'introduzione del testo vigente con d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 e in particolare dalla teoria che distingue la lesione del diritto sotto il profilo del potere di disposizione che dà luogo all'applicazione delle regole sull'arricchimento ingiustificato dalla lesione del diritto sotto il profilo del potere di godimento per la quale vengono in rilievo le regole risarcitorie che si apprezzerebbe proprio in materia di proprietà intellettuale e industriale con riferimento alla contraffazione e usurpazione (sul punto, si rinvia a NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: le restituzioni degli utili nell'art. 45 TRIPS*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 1003 ss.; CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione*, cit., 7 ss.; ID, *La responsabilità civile*, cit., 700 ss.; PLAIA, *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 1021 ss.;

incidere sull'arricchimento ingiustificato<sup>1106</sup> conseguito dal danneggiato in deroga alle regole restrittive di cui agli artt. 2041 e 2042 c.c.

Si vuole così scongiurare, con misure deterrenti, che il sistema favorisca la violazione dei diritti di proprietà industriale e intellettuale<sup>1107</sup> e al contempo evitare che il titolare del diritto consegua un arricchimento (a sua volta) ingiustificato<sup>1108</sup> valorizzando l'obiettivo perseguito dall'art. 125 CPI che ammette il cumulo dell'azione risarcitoria con quella restitutoria qualora gli utili superino il danno risarcibile<sup>1109</sup>. Il criterio della reversione non può cumularsi con quello del danno per lucro cessante se non per la misura eccedente, essendo ad esso alternativo; è invece cumulabile con il danno emergente e/o da annacquamento del marchio<sup>1110</sup>.

---

AA.VV., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004). In caso di usurpazione, l'autore del fatto lesivo si appropria e dispone di diritti su beni immateriali altrui che sfrutta economicamente per creare nuova ricchezza rispetto alla quale, per difetto di danno, si pone il problema del soggetto a cui attribuire gli utili. Diversa è l'ipotesi di contraffazione soggetta alle regole della responsabilità civile perché l'alterazione, adulterazione e manipolazione di un bene altrui lede le caratteristiche funzionali del bene e, come avviene nell'ambito della concorrenza sleale, dà luogo a un danno in senso tecnico da risarcire (così CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, 704 ss.).

<sup>1106</sup> Cfr. PLAIA, *Proprietà intellettuale* cit., cit., 169; ID, *Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nel nuovo sistema italiano ed europeo di tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 12, 2005, 28 ss.; ID, *Rimedi civilistici, risarcitori e restitutori nel sistema della proprietà intellettuale*, in *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, 99 ss.; VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012, 565 ss. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 332; FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. Ind.*, 2012, 1, 10; DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *Resp. civ.*, 2009, 442 ss.; BARBUTO, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 154; SCHIESARO, *Danni e restituzioni nella violazione della proprietà intellettuale*, in *NGCC* 2012, II, 799 ss.; ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, I, 31-32; GARACI, *La reversione degli utili fra tecniche risarcitorie e restitutorie*, cit., 313 ss.; ID, *Note in tema di reversione degli utili e di arricchimento senza causa nella disciplina della proprietà intellettuale e industriale*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 4, 2016.

<sup>1107</sup> PLAIA, *Rimedi civilistici, risarcitori e restitutori, nel sistema speciale della proprietà intellettuale*, cit., 99 - 100, ricorda che in questo settore sono previste molteplici forme di tutela della proprietà intellettuale che si affiancano a quella risarcitoria e restitutoria in esame; la tutela inibitoria (sia ordinaria che in sede cautelare), quella compulsoria della pena giudiziale e le ulteriori tutele reali (sequestro, distruzione, rimozione dei beni contraffatti e così via). Cfr. anche SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale*, ivi, 2009, I, 157; GARACI, *La reversione degli utili tra tecniche risarcitorie e restitutorie*, cit., 313 ss. Sull'evoluzione legislativa, cfr. RICOLFI, *Risarcimento del danno da contraffazione – il danno da violazione di proprietà intellettuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. It.*, 2017, 680 ss.

<sup>1108</sup> Si pensi al caso del marchio rinomato che venga utilizzato non solo per la produzione di beni appartenenti allo stesso settore merceologico (combinazione non concertata di fattori produttivi per realizzare prodotti identici o affini), ma anche in settori differenti e distanti (ad es. marchio Jaguar per la produzione di orologi). In tale ultimo caso il giudice deve computare nella restituzione soltanto la misura dell'arricchimento direttamente riconducibile all'uso dell'esclusiva come accade negli USA. Così PLAIA, *Rimedi civilistici*, cit., 107.

<sup>1109</sup> Trib. Milano, n. 1409/2015 cit. Chiara in tal senso la relazione di accompagnamento al d.lgs. n.140/2006 cit. secondo la quale «la nuova normativa dell'art. 125 considera le misura del risarcimento del danno e della reversione degli utili come operativamente e concettualmente distinte, essendo peraltro riconducibili rispettivamente al profilo della reintegrazione del patrimonio lesa ed a quello – ben diverso – dell'arricchimento senza causa».

<sup>1110</sup> Trib. Milano, n. 1409/2015 cit.; n. 472/2016 cit.; n. 3203/2016 cit.

Per altri autori, invece, l'art. 125, terzo comma, CPI andrebbe inquadrato nell'ambito delle regole della responsabilità civile, ma recherebbe una disciplina settoriale differente rispetto a quella ordinaria prevedendo una misura ultracompensativa punitiva e deterrente giacchè non limitata alla sola diminuzione patrimoniale sofferta dal titolare del diritto<sup>1111</sup>.

Nel settore della proprietà industriale e intellettuale, in effetti, il legislatore ha dettato una disciplina molto rigorosa che si discosta dal principio della riparazione integrale e dalle regole codicistiche sul risarcimento del danno fortemente orientata alla prevenzione e deterrenza degli illeciti<sup>1112</sup>.

L'utilità del rimedio di cui al terzo comma dell'art. 125 CPI si apprezza particolarmente in quei casi in cui risulti estremamente difficile per il soggetto leso provare l'esistenza di un danno da mancato guadagno o addirittura non sia configurabile il lucro cessante<sup>1113</sup> nonostante risulti accertato l'altrui illecito che ha turbato le dinamiche del mercato e generato profitti per il contraffattore o usurpatore. In tutti questi casi pur non sussistendo il danno da lucro cessante o la relativa prova, si è comunque realizzata una sottrazione parassitaria di una utilità che sarebbe spettata al titolare del diritto sicchè si interviene in ottica sanzionatoria.

Secondo tale orientamento, il legislatore avrebbe, come nel modello anglosassone, attribuito al giudice un ventaglio di rimedi per offrire adeguata protezione al titolare del diritto leso e la reversione degli utili non sarebbe altro che una delle ulteriori voci che si

---

<sup>1111</sup> RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 861; SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, 149 ss.; GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, II, 109 ss.; diffusamente GALLI – GAMBINO, *Codice della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011, 1101 ss.; GUERNELLI, *La retroversione degli utili fra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 213; CARLEO, *False endorsement e disgorgement*, in *Contratti*, 2013, 497 - 498.; PROTO, *Tutele per abuso d'immagine*, cit., 400-401; P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2, 2012, 143 ss.; LIBERTINI, *Brevi note sui rimedi risarcitori e indennitari a tutela dei segreti commerciali*, in *Contr. imp. eur.*, 2018, 17.

<sup>1112</sup> Basti considerare che il quarto comma dell'art. 124 CPI fa salvo il risarcimento del danno oltre la "misura correttiva" dell'assegnazione in proprietà al titolare del diritto dei prodotti contraffatti e dei mezzi utilizzati per compiere la violazione che già di per sè ha funzione ripristinatoria dello *status quo ante*; si pensi anche alla stessa penale (o meglio misura di coercizione indiretta) per la violazione degli ordini contenuti nella sentenza che ha chiara funzione dissuasiva e prescinde dalla esistenza del danno risarcibile (L'art. 124 CPI contempla nei primi due commi l'inibitoria e la penalità di mora – rimedi diretti a impedire violazioni future – e, in quelli successivi, il risarcimento del danno e le misure correttive (ritiro degli esemplari dal commercio e distruzione o assegnazione in proprietà delle cose oggetto della violazione) che invece guardano al passato e mirano a ripristinare il diritto esclusivo violato).

<sup>1113</sup> Si pensi al caso emblematico della contraffazione che abbia determinato la produzione di beni o servizi che il titolare del diritto usurpato non avrebbe immesso sul mercato (sia sul versante territoriale/geografico che rispetto al settore produttivo occupati anche in previsione di ulteriori capacità espansive) (GALLI, *op. ult. cit.*, 117; per altri esempi, BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 186 ss.).

aggiunge a quelle contemplate nella nostra tradizione giuridica (previste dai primi due commi) tanto è vero che il giudice deve tenere conto di tutte le circostanze pertinenti nella quantificazione del risarcimento<sup>1114</sup>.

Per altra dottrina<sup>1115</sup> la reversione dei profitti costituirebbe una tecnica alternativa per la liquidazione del danno risarcibile e il legislatore si sarebbe limitato a prevedere una sorta di presunzione legale di esistenza del pregiudizio già spiegabile secondo le ordinarie regole civilistiche.

La contraffazione produrrebbe una perdita di *chance* nel patrimonio del danneggiato e un danno emergente coincidente con la perdita di reddito legata alla sottrazione della *chance*. Il pregiudizio risarcibile non corrisponde all'integralità dei profitti realizzati dall'autore della violazione (con i propri meriti, capacità e rischi) risultanti in bilancio, ma soltanto alla quota di utili conseguiti abusando del titolo di proprietà industriale altrui e non riconducibili ad altri fattori diversi (ad esempio l'efficienza della rete distributiva, gli investimenti pubblicitari, l'alta qualità del prodotto ove indipendente da abusi brevettuali, il prezzo conveniente praticato e così via).

L'indicata tesi, ad avviso dell'autore, troverebbe puntuale riscontro nella lettera dell'art. 13, par. 1, lett. a) della direttiva *Enforcement* in cui si individuano diversi criteri per la liquidazione del «risarcimento» che deve essere adeguato al pregiudizio effettivo subito<sup>1116</sup>.

Nella disciplina vigente il danneggiato dall'illecito industrialistico gode di alcune alternative previste dal testo dell'art. 125 CPI che implicano l'adozione di oneri di allegazione e prova e metodi di calcolo del danno diversi<sup>1117</sup>.

Nella disciplina dell'art. 125 convivono due misure di tutela ontologicamente tra loro differenti: da un lato il *risarcimento del danno* (art. 125 primi due commi CPI), inteso

---

<sup>1114</sup> Diffusamente, BARBUTO, *La retroversione degli utili come sanzione per la contraffazione di marchi e brevetti*, in *Impresa c.i.*, 2005 1327; ID, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, 1, 172 ss.; GALLI, *La protezione contro il parassitismo nel "nuovo" Codice della Proprietà Industriale*, in AA. VV., *Il progetto di novella del cpi. le biotecnologie*, Milano, 2007, 128-129; ID, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili*, cit., 117.

<sup>1115</sup> MONTANARI, *La reversione dell'utile da lesione di proprietà industriale e il mito dei danni punitivi*, 2017, 4-5, 225 ss.

<sup>1116</sup> MONTANARI, *La reversione* cit. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 30/03/2012 in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale* 2013, 1, 463 secondo cui: «*La retroversione degli utili del contraffattore sancita dall'art. 125, comma 3 c.p.i., deve essere intesa come voce di risarcimento dei danni per lucro cessante predeterminata dal legislatore in base ad una presunzione normativa di corrispondenza tra i guadagni perduti da un concorrente e gli utili acquisiti dall'altro, presunzione soggetta a prova contraria caso per caso, e non può invece essere interpretata né come sanzione per il contraffattore, avendo nel nostro sistema il danno risarcibile natura meramente compensativa e non punitiva, né come indennizzo da arricchimento senza causa per il contraffattore, stante la natura residuale di tale misura*».

<sup>1117</sup> CASONATO, *Criteri di determinazione del danno*, cit., 287 ss.

come ristoro economico del pregiudizio (anche morale, a determinate condizioni) che, a mente dell'art. 13.1 della direttiva 2004/48/CE, deve essere posto a carico di chi sia «*implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un'attività di violazione*»; dall'altro lato, il rimedio *restitutorio-deterrente* della reversione al titolare del diritto leso «*degli utili realizzati dall'autore della violazione*» previsto dal comma 3 dell'art. 125 CPI<sup>1118</sup>.

Nell'esaminare più specificamente le singole disposizioni, seguendo la relazione al D.lgs. 16 marzo 2006 n 140 cit., si osserva che la diversa funzione perseguita dal risarcimento (commi 1 e 2) rispetto a quella restitutoria della reversione degli utili (comma 3) consente di affermare che quest'ultimo istituto è applicabile anche ai casi di contraffazione *incolpevole* come si desume dall'inciso “in ogni caso” con cui esordisce il comma 3 dell'art. 125 CPI.

Trattasi di interpretazione compatibile con l'art. 13 della Direttiva *Enforcement* cit. che al primo paragrafo prevede l'obbligo per gli Stati membri di parametrare il risarcimento del danno ai «*benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione*» e al secondo paragrafo la facoltà di prevedere il recupero dei profitti nei casi in cui il contraffattore sia stato implicato in un'attività di violazione «*senza saperlo o senza avere motivi ragionevoli per saperlo*»<sup>1119</sup>.

E' stato così affermato in giurisprudenza che il rimedio della retroversione degli utili deve essere collocato nell'ambito restitutorio e non risarcitorio in senso stretto garantendo una sorta di *restituito in integrum* che opera a prescindere dallo stato soggettivo dell'autore della violazione.

Nel bilanciamento tra gli opposti interessi, il legislatore europeo prima e quello nazionale dopo hanno privilegiato l'interesse del titolare del diritto di privativa garantendogli una tutela molto ampia finalizzata ad evitare che terzi, anche senza colpa, possano avvantaggiarsi dell'indebito utilizzo del suo diritto di privativa.

Si tratta di una disciplina armonica e completa se si considera che, stante il difetto dell'elemento soggettivo, il contraffattore incolpevole non può essere chiamato a risarcire danni o a versare ipotetiche *royalties* (art. 125, commi 1 e 2 CPI) e per ciò solo versa in una posizione di favore rispetto al contraffattore colpevole<sup>1120</sup>.

---

<sup>1118</sup> Trib. Milano 11/03/2016, n. 3202 in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

<sup>1119</sup> Diffusamente, RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit., 1408 e ss.; CHRISAM, *Risarcimento del danno da lesione della proprietà intellettuale e industriale* in *Ridare.it* 2015.

<sup>1120</sup> Con riferimento alla contraffazione dei marchi KAPPA e ROBE DI KAPPA per la quale una convenuta contestava di non essere stata informata della limitazione territoriale della licenza intercorsa tra titolare del marchio e licenziatario e di aver continuato in buona fede e in difetto dell'elemento soggettivo

In caso di contraffazione dolosa o colposa, la reversione degli utili si configura come una tipica misura di deterrenza<sup>1121</sup> per la funzione di tutela quasi “reale” del diritto leso dato che garantisce e ristora il pacifico godimento del vantaggio competitivo che deriva dal diritto di esclusiva.

Delicati problemi sorgono per le restituzioni se si considera che tra i «*benefici realizzati dall'autore della violazione*» di cui al comma 1 quale parametro di liquidazione del danno risarcibile devono ritenersi inclusi anche gli utili conseguiti dal contraffattore a cui fa riferimento il comma 3<sup>1122</sup> il quale, a sua volta, sotto il profilo funzionale, disciplina due distinte restituzioni: quella indennitaria per la violazione incolpevole e quella deterrente per la contraffazione colpevole.

Secondo autorevole dottrina<sup>1123</sup> occorre differenziare le diverse ipotesi.

In caso di violazione colpevole, il riferimento ai benefici conseguiti dall'autore della violazione come parametro di liquidazione del danno (comma 1), non muta la disciplina risarcitoria che rimane compensativa e non deterrente.

Diversa è la reversione prevista dal comma 3, in quanto commisurata agli *utili* conseguiti dal terzo (autore dell'illecito) e non ragguagliata al danno subito (dal titolare del diritto leso); essa ha perciò funzione restitutoria-deterrente-preventiva per il semplice motivo che il terzo è dissuaso dal rischio di perdere tutti benefici della sua iniziativa economica, anche eccedenti il danno subito dal titolare del diritto leso<sup>1124</sup>.

---

ad operare ritenendo sempre in vigore la vecchia licenza, cfr. Trib. Torino, 21 giugno 2018, n. 3236 in *sistemaproprietaintellettuale.it*. In senso critico rispetto alla soluzione indicata nel testo FRATTI, *La retroversione degli utili del contraffattore incolpevole in sistemaproprietaintellettuale.it*, che valorizza la funzione essenzialmente deterrente della retroversione che non avrebbe modo di manifestarsi rispetto alla contraffazione incolpevole. Cfr. anche VANZETTI, *La “restituzione” degli utili di cui all'art. 125, n. 3, c.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Il dir. ind.*, 2006, 323.

<sup>1121</sup> Trib. Venezia, 12 febbraio 2012 in *addecorino.it*, secondo cui: «*L'irreparabilità si lega all'oggettiva difficoltà di recupero della quota di mercato eventualmente perduta ed all'elevato pericolo di una sottostima del danno nell'instaurando giudizio di merito, rispetto al quale la retroversione degli utili rappresenta solo un possibile indice da impiegare in chiave di deterrenza*».

<sup>1122</sup> SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della proprietà industriale*, 175 e ss. secondo cui gli utili-benefici previsti dal comma 1 sono, al pari di quelli del comma 3, oggetto di obbligazione restitutoria.

<sup>1123</sup> RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit., 1408 e ss.

<sup>1124</sup> La disciplina settoriale diverge da quella codicistica perché non opera la clausola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c. giacché il legislatore ammette espressamente il concorso tra risarcimento del danno da lucro cessante e reversione degli utili o l'alternatività dei rimedi v. art. 125, comma 2 e 3 CPI. D'altro canto la restituzione dei profitti derivanti da fatto illecito non è limitata alla minor somma tra arricchimento e depauperamento ex art. 2041 c.c. perché il legislatore prevede espressamente che il danneggiato possa conseguire dal danneggiante colpevole gli utili anche se superano il danno. Le stesse Sezioni Unite con sentenza 11 settembre 2008, n. 23385, riferendosi all'art. 2041 c.c. ed escludendo che la disciplina codicistica potesse implicare la restituzione di tutti i profitti, hanno precisato che in materia di proprietà intellettuale e industriale «*l'istituto viene ad assumere la funzione di nuova clausola generale, mirante alla sua integrale restituzione, indipendentemente dall'esistenza e dall'entità del danno cagionato*».

L'indicata funzione non ha invece motivo di essere nel caso di violazioni incolpevoli (*innocent infringer*) per difetto di una condotta riprovevole posta in essere da un soggetto a cui non può essere mosso alcun rimprovero, neppure in termini di negligenza.

In questa particolare situazione, la restituzione, come confermato dal secondo paragrafo dell'art. 13 Direttiva *enforcement* cit., non ha natura risarcitoria, ma soltanto restitutoria-indennitaria che dovrebbe essere, per preservare razionalità alla norma, più favorevole rispetto alla reversione del profitto pieno dovuto dal contraffattore colpevole. In tal caso oggetto di restituzione non può che essere la differenza tra l'utile pieno conseguito per effetto della presenza della privativa sui prodotti, detratto l'utile che il contraffattore incolpevole avrebbe comunque realizzato con la vendita di quei prodotti se li avesse venduti sotto altro marchio<sup>1125</sup>. Secondo la Corte d'Appello di Torino<sup>1126</sup>, poiché la finalità della reversione è quella di disincentivare la contraffazione, i costi da detrarre dall'utile del contraffattore colpevole sono soltanto quelli variabili legati ai prodotti distribuiti (imballaggi, involucri, espositori, ecc.) mentre in caso di contraffazione incolpevole o inconsapevole, vanno detratti tutti i costi fissi che l'azienda ha sopportato (personale, macchinari, ecc.) in applicazione del criterio del "*full costing*".

Secondo altra dottrina, l'art. 125, terzo comma, CPI permetterebbe di quantificare l'obbligo restitutorio avendo riguardo solo agli *utili* riconducibili causalmente al diritto usurpato indipendentemente dall'elemento psicologico dell'autore dell'illecito e dalla prova del danno procurato a terzi<sup>1127</sup>.

Il risarcimento previsto dall'art. 125 cit. segue le regole dell'art. 2043 c.c.<sup>1128</sup> e non ha valenza punitiva poiché la necessità di tener conto, nella quantificazione, delle

---

Diversa è la posizione di quegli autori che invece ritengono la sussidiarietà dell'azione operante solo tra rimedi omogenei, ma non con riferimento ad arricchimento e responsabilità civile che avrebbero ambiti di competenza differenti e potrebbero cumularsi v. *retro* par. 8.1.

<sup>1125</sup> Diffusamente, RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit. 1459 e ss. e in particolare p. 1462; cfr., altresì DI CATALDO, *omensazione e deterrenza*, 216 e ss.

<sup>1126</sup> Appello Torino, Sez. V, 27/05/2019 in *Dejure*.

<sup>1127</sup> CASONATO, *Criteri di determinazione del danno da contraffazione*, cit., 287 ss. il danneggiato potrà quindi limitarsi a far riferimento alle scritture contabili dell'autore dell'illecito dovendo soltanto dimostrare il nesso di causalità tra la violazione e il maggior utile che il convenuto ha ottenuto dalla violazione. FAVA, *La responsabilità civile, Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema di responsabilità civile verso la european civil law*, cit., 265.

Nella giurisprudenza di merito, questa impostazione è seguita, tra gli altri da Trib. Roma, 16 dicembre 2010; Trib. Genova, 23 febbraio 2011; Trib. Milano, 17 settembre 2014, n. 11010; Trib. Milano, 28 luglio 2016, n. 9103, tutte in *Dejure*.

<sup>1128</sup> Tra le tante, Trib. Milano, 03/02/2015, n. 1409 in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

peculiarità della materia e perciò di ogni aspetto pertinente è finalizzata non a sanzionare, bensì a far ottenere risarcimenti adeguati<sup>1129</sup>.

Come già ricordato<sup>1130</sup>, la tutela restitutoria può essere richiesta soltanto in alternativa al risarcimento del lucro cessante (previsto dai commi 1 e 2) ovvero limitatamente all'eccedenza dei profitti ottenuti dall'autore della violazione rispetto al mancato guadagno del titolare del diritto e non in forma cumulativa (comma 3).

La natura autonoma e distinta delle due domande<sup>1131</sup> comporta, sotto il profilo processuale, che quella di retroversione degli utili debba essere formulata nei termini previsti per le nuove domande poiché quella di reversione ha funzione, *causa petendi e petitum* diversi dalla domanda risarcitoria.

E' stato così chiarito che quando la parte invochi nel corpo dell'atto il comma 3 dell'art 125 CPI cit. e la restituzione dei profitti ma nelle conclusioni soltanto il risarcimento del danno, la pretesa indennitaria non potrà essere recuperata in via interpretativa e, di conseguenza, non potrà essere riconosciuta la reversione degli utili<sup>1132</sup>; quando, invece, la domanda di reversione è proposta congiuntamente a quella di risarcimento del lucro cessante *ex* comma 2, ai fini della liquidazione talvolta la giurisprudenza utilizza il criterio del comma 3 poiché la giusta *royalty* può risultare scelta di quantificazione non sufficientemente disincentivante per il contraffattore<sup>1133</sup>.

Come per il risarcimento del danno deve essere accertato il nesso causale che intercorre tra il danno emergente, mancato guadagno e lo sfruttamento abusivo, così per la reversione degli utili deve essere accertato il nesso causale tra il profitto conseguito e l'illecito sfruttamento del segno distintivo altrui<sup>1134</sup> essendo irrilevante, per la diversità di domanda, che il danneggiato non riesca a dimostrare alcun lucro cessante il quale, come osservato, riguarda l'azione proposta ai sensi del comma 1<sup>1135</sup>.

Proprio perchè diversa dalla domanda risarcitoria, a quella restitutoria non si applica la disciplina delle obbligazioni solidali passive sicchè ciascuno dei coautori dell'illecito

---

<sup>1129</sup> Trib. Milano, n. 1409/2015 cit.; Trib. Milano, 17.9.2014, n. 11010 in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

<sup>1130</sup> V. *retro*.

<sup>1131</sup> Cfr., tra le tante, Trib. Milano, 27/06/2017, n. 7204 in *giurisprudenzadelleimprese.it*; cfr., altresì, Trib. Milano nn. 3202/2016, 1409/2015 e n. 11010/2014 cit.; Trib. Torino 29/09/2009 in *Ridare.it*; Trib. Bari, sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 295; per la relativa ammissibilità si ritiene sufficiente la formulazione della richiesta del risarcimento dei danni patiti e *patendi v.* App. Firenze, Sez. spec. Impresa, 28 luglio 2016, n. 1277.

<sup>1132</sup> Trib. Milano, 27/02/2018, n. 2173 in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

<sup>1133</sup> Trib. Milano, 15/05/2017, n. 5437 in *giurisprudenzadelleimprese.it*; il danno è liquidato spesso in via equitativa con richiamo ai parametri degli utili da contraffazione e della *royalty* ragionevole (v. Trib. Bari 2 settembre 2013, in *Leggi d'Italia*; Trib. Catania 1 giugno 2009, in *De Jure*; Trib. Bologna 7 marzo 2008, in *GADI* 2008, 822; Trib. Firenze 12 febbraio 2007, in *GADI* 2007, 662).

<sup>1134</sup> Trib. Milano, n. 11010/2014 cit., 9103/2015 cit. e n. 3202/2016 cit.

<sup>1135</sup> Trib. Milano, n. 472/2016 cit.; Trib. Milano n. 11010/2014 cit.



deve essere condannato alla restituzione dei propri utili realizzati per effetto della contraffazione<sup>1136</sup>.

Il primo comma dell'art. 125 CPI richiama gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. per la liquidazione del risarcimento e impone di tenere 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*<sup>1137</sup> e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione».

La domanda di risarcimento prevista dal comma 1 è regolata dalle regole civilistiche ordinarie (causalità materiale e causalità giuridica ex artt. 1223 e ss. c.c.); il danno emergente è normalmente legato alla perdita del valore attrattivo o annacquamento dei prodotti dell'impresa interessati dalla contraffazione – cd. *dilution*<sup>1138</sup>-, a quello

---

<sup>1136</sup> Trib. Milano, n. 1409/2015 cit.

<sup>1137</sup> Si è già notato che altro è il lucro cessante, altro sono i benefici conseguiti dall'autore della violazione. Nel primo caso occorre considerare il mancato guadagno che il danneggiato, in via più probabile che non, avrebbe conseguito in assenza della contraffazione. In materia di impresa esso si attegna in maniera particolare e complessa; rispetto al fatturato effettivo riportato nel periodo in cui si è verificata la violazione, bisogna ipotizzare quali ricavi ulteriori avrebbe conseguito il titolare del diritto leso se avesse continuato a svolgere la propria attività economica in assenza di contraffazione, ma da tali ricavi lordi bisogna poi detrarre i costi maggiori rispetto a quelli effettivi che si sarebbero sostenuti – sempre nel medesimo periodo di riferimento e sono quindi esclusi i costi fissi che sarebbero stati comunque affrontati –.

Passando invece al guadagno conseguito dall'autore della violazione, occorre considerare nuovamente la parte di fatturato maggiore realizzata grazie alla commercializzazione dei beni contraffatti deducendo le spese ulteriori che questi non avrebbe sostenuto se non avesse realizzato questi prodotti o servizi.

In altri termini, stando al primo comma dell'art. 125 CPI, vanno cancellate tutte le conseguenze negative dell'illecito procurate sul mercato e quindi rientrano nel risarcimento tutti i maggiori utili conseguenti alla contraffazione siano essi stati conseguiti dall'autore dell'illecito – e che non lo sarebbero stati in assenza di contraffazione – siano essi stati sottratti al danneggiato – che avrebbe potuto conseguirli – compresi quelli connessi ai beni o servizi collegati o consequenziali a quelli contraffatti e il reinvestimento dei profitti.

<sup>1138</sup> Si tratta di una particolare forma di danno patrimoniale che, per effetto dell'uso illecito da parte del danneggiante, perde la sua potenzialità attrattiva e reddituale (cfr. Trib. Milano, n. 4619/2016 cit. secondo cui ai fini della liquidazione equitativa del danno occorre far riferimento alla durata della violazione). Trib. Milano, 14/01/2016, n. 472 in *giurisprudenzadelleimprese.it* ha chiarito che la contraffazione brevettuale e la commercializzazione del bene contraffatto determinano un danno emergente consistente nella perdita attuale e/o potenziale di clientela perchè vanifica gli sforzi compiuti da chi ne è stato vittima per ottenere la privativa (spese di ricerca e brevettazione) e per lanciare il prodotto sul mercato (spese di promozione). Per Trib. Milano, 21 febbraio 2009 e Trib. Milano, 30 gennaio 2009 in *Ridare.it*, il danno emergente comprende le spese sostenute dal danneggiato per promuovere il segno distintivo e rese inutili dalla violazione (ad es. le spese pubblicitarie), nonché quelle affrontate a causa della contraffazione (spese di accertamento della contraffazione, spese di consulenza, di pubblicità per porre rimedio alla contraffazione e agli effetti screditanti, di disturbo e di perdita del credito).

morale<sup>1139</sup> e al danno all'immagine<sup>1140</sup>; il lucro cessante coincide normalmente con le mancate vendite o il ribasso dei prezzi di vendita.

Pertanto, come il danno emergente<sup>1141</sup>, anche il lucro cessante deve essere provato dal danneggiato attraverso allegazione e dimostrazione di fatti idonei ad accertarne la sussistenza (es. diminuzione delle vendite)<sup>1142</sup> non potendosi presumere che ad ogni vendita del prodotto contraffatto realizzata dall'autore della violazione corrisponda una vendita non realizzata dal titolare del diritto<sup>1143</sup>.

La norma esalta i poteri equitativi del giudice, laddove, al secondo comma, lo autorizza alla liquidazione di una «*somma globale, stabilita in base agli atti della causa ed alle presunzioni che ne derivano*», secondo i criteri del primo comma nella soglia minima delle *royalties* figurate<sup>1144</sup>.

La particolarità consiste nel fatto che una volta accertata la violazione, in base alle presunzioni che da essa discendono, il giudice può liquidare il mancato guadagno anche qualora restasse sfornito di qualsiasi prova, a norma del secondo comma dell'art. 125 CPI attraverso il criterio alternativo di liquidazione ivi previsto del “prezzo del consenso”<sup>1145</sup>; la norma prescrive, difatti, che il lucro cessante è comunque determinato «*in misura non inferiore ai canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto lesa*».

---

<sup>1139</sup> Per Trib. Milano 16/05/2017, n. 5437 in *giurisprudenzadelleimprese.it*, il risarcimento del danno morale è dovuto laddove «*l'uso del diritto altrui determini una lesione dell'immagine commerciale del titolare non altrimenti ristorabile*» (Trib. Milano, Sent. n. 2632/2016). Nel caso esaminato, ha ritenuto che la ripetizione del medesimo modello per una calzatura dal valore e prezzo inferiore, sviscise senz'altro l'accreditamento commerciale di un prodotto più pregiato e leda in ultima analisi la reputazione commerciale della stessa.

<sup>1140</sup> Secondo Trib. Milano, n. 472/2016 il danno all'immagine non è in *re ipsa* ma è necessario allegarlo e provarlo. In particolare, consiste nel pregiudizio «*subito dal titolare della privativa violata sia nei confronti dei propri distributori e rivenditori (che, pur avendo affrontato investimenti per poter distribuire un prodotto unico sul mercato, si trovano a dover competere con chi offre lo stesso prodotto, spesso a prezzi più bassi), sia nei confronti di tutti gli operatori sul mercato (chi afferma di essere l'unico ad offrire un certo prodotto e poi, di fatto, non lo è, vede lesa il proprio buon nome nei confronti del pubblico)*».

<sup>1141</sup> Accanto alla *dilution* del marchio, nel danno emergente va incluso anche quello morale. E' stato chiarito che per il richiamo ai soli “casi appropriati”, per la risarcibilità è necessario che l'utilizzo illecito determini una lesione dell'immagine commerciale del titolare non altrimenti ristorabile (Trib. Milano, n. 4619/2016 cit.).

<sup>1142</sup> *Ex multis*, Trib. Milano, 14/01/2016, n. 472/2016 cit.

<sup>1143</sup> Così Trib. Milano, 17.9.2014, n. 11010/2014 cit.

<sup>1144</sup> Trib. Milano, n. 4619/2016 cit.

<sup>1145</sup> Cass., n. 20716/2017 cit. In caso di mancata proposizione della domanda autonoma di cui all'art. 125, terzo comma CPI, ove l'attore si sia limitato a chiedere il risarcimento del danno da lucro cessante senza fornirne la prova, l'unico criterio di calcolo del danno risarcibile coincide con quello residuale delle *royalties* (prezzo del consenso) (così Tribunale Bari Sez. spec. Impresa, 24 maggio 2016, n.2840; Tribunale Bari Sez. spec. Impresa, 28 aprile 2016, n.2343; Tribunale Firenze Sez. spec. Impresa, 02 maggio 2016, n.1704) il quale garantisce una quantificazione minima del pregiudizio e penalizzante per il danneggiato. Esso viene scelto ove gli altri criteri non conducano a risultati migliori Cfr. VANZETTI, *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, 1305; RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit., 1497.

Nell'ambito della liquidazione equitativa, attraverso la valorizzazione delle circostanze concrete, il giudice può anche parametrare la liquidazione del lucro cessante di cui al comma 1 ai benefici dell'autore della violazione<sup>1146</sup> e, qualora non sia possibile ricostruire la situazione contabile della danneggiante e non possa per questo applicarsi né il criterio della restituzione degli utili e, secondo Trib. Milano 25/01/2018, n. 830<sup>1147</sup> neppure quello delle *royalties*, il danno deve essere liquidato in via necessariamente equitativa – compreso quello non patrimoniale – sulla base di parametri quali «*l'entità delle violazioni, la condotta tenuta nel giudizio, l'intensità dell'elemento soggettivo, desunto dalla reiterata contraffazione dei marchi, sotto molteplici profili (mediante apposizione sulle etichette, sui beni, mediante utilizzazione on line come metatag, parole chiave del motore di ricerca e di indicizzazione dei contenuti), dalla diffusione dei canali promozionali, dalla protrazione di alcune condotte illecite anche dopo le pronunce inibitorie e dalla promozione e comunicazione di messaggi fuorvianti e parziali di alcune pronunce cautelari, con conseguenti effetti denigratori per l'attrice*»).

---

<sup>1146</sup> Che gli utili del contraffattore siano un parametro per liquidare equitativamente il danno da lucro cessante è un principio di diritto già affermato prima del 2005 come ricorda Cassazione civile sez. I, 01/03/2016, n.4048 secondo cui «*in tema di valutazione del danno subito dal titolare del diritto di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno – nel caso di specie era un marchio –, 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 quando 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*» Nello stesso senso in precedenza: Cass., Sez., 24 ottobre 1983, n. 6251; Cass. civ, 2 giugno 1998, n. 5388; Cass., 23 luglio 1999, n. 7971; Cass., Sez. I, 7 marzo 2003, n. 3390; Cass. 8730/11 cit. v. anche Cass., Sez. III, 12 maggio 2008, n. 12433 e Cass., Sez. III, 1 marzo 2010, n. 11353 e App. Milano, 14 dicembre 2005). Sempre sul regime anteriore, cfr. anche Cass., sez. I, 05 marzo 2018, n. 5114. V. anche le note precedenti e quella successiva.

Sempre con riferimento al regime anteriore, in alternativa al criterio degli utili, Cass., 05/03/ 2018, n. 5114 ricorda che rientra nel perimetro di applicazione dell'art. 66 R.D. n. 929 del 1942 il criterio utilizzato dal giudice di merito consistente nelle *royalties* virtualmente non percepite dal titolare del diritto violato. A tal fine la prova del cd. prezzo del consenso mancato può fornirsi con la produzione in giudizio dei contratti di licenza già conclusi dal titolare della privativa – se esistenti – oppure, con le cd. «*reasonable royalties*». Sotto questo profilo, ove non esistano contratti preesistenti, occorre effettuare apposite indagini di mercato dirette a individuare i compensi negoziati tra imprese del medesimo settore con riferimento a beni astrattamente affini (tra le tante cfr., Trib. Roma, 27 gennaio 2014 ; Trib. Roma, 6 novembre 2006; Trib. Vicenza, 17 giugno 2002, n. 4502).

In dottrina, per la tesi che giustifica l'utilizzo di tale parametro in virtù della applicazione della disciplina delle restituzioni – *sub species* di arricchimento ingiustificato o di gestione di affari altrui – cfr. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento* in *Il dir. Ind.*, 2003, 1, 7 ss.; PLAIA, *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, cit., 1021 ss.; GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la reversione degli utili*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2000, 174; SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 305.

Per la tesi invece che lo inquadra quale indice dell'esistenza del danno risarcibile – perchè l'utile del contraffattore potrebbe costituire un mancato guadagno di cui è privato il danneggiato, cfr. FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2006, 3; SCHIESARO, *Danni e restituzioni nella violazione della proprietà intellettuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 12.

<sup>1147</sup> In *assolombarda.it*.

Sebbene il comma 2 dell'art. 125 CPI sembri rispondere a una logica restitutoria della giusta *royalty* (non versata) e non vi sia alcun collegamento con una distruzione di ricchezza sofferta dal titolare del diritto, il prezzo del consenso ha comunque natura risarcitoria perchè il legislatore lo riferisce al lucro cessante e quindi a una componente del risarcimento. Ne consegue che tale criterio alternativo di liquidazione è sempre utilizzabile, indipendentemente da una specifica domanda<sup>1148</sup> in particolare quando risulti accertata la violazione e difetti la prova del lucro cessante<sup>1149</sup> che è invece necessaria qualora il giudice debba liquidarlo applicando le classiche regole richiamate dal primo comma.

Sembra dunque potersi affermare che la restituzione degli utili abbia una propria autonomia rispetto alle regole risarcitorie; non può cumularsi al danno risarcibile (perché può solo integrarlo) e può prescindere del tutto (tanto che può essere domandata in assenza dei relativi presupposti). Appare difficilmente riconducibile alle regole della responsabilità civile configurando piuttosto una obbligazione pecuniaria non risarcitoria con prevalente scopo deterrente-restitutorio in caso di violazione colpevole e restitutorio-indennitaria in caso di violazione incolpevole.

Diverso sembra il discorso per il risarcimento del danno che ha natura compensativa; lo stesso lucro cessante che deve essere liquidato in somma non inferiore al canone di licenza, in quanto penalizzante per il creditore, potrebbe assumere valenza deterrente qualora, come confermato da una decisione<sup>1150</sup>, venga maggiorato tenendo conto dell'illiceità della condotta contraffattoria e dei costi e oneri "risparmiati" dal licenziatario per non rendere più conveniente e appetibile la contraffazione rispetto agli accordi leciti.

---

<sup>1148</sup> Trib. Milano, n. 1409/2015 cit. L'alternativo criterio di liquidazione del danno per lucro cessante di cui all'art. 125 comma secondo CPI deve essere invocato, sia pure in via residuale, dall'attore il quale deve fornire elementi per la quantificazione del canone virtuale. Non avendo prodotto tabelle del settore relative alle *royalties* o eventuali contratti di licenza già stipulati, nel caso esaminato, Trib. Milano n. 9103/2015 ha rigettato la domanda.

<sup>1149</sup> Trib. Milano, nn. 11010/2014 e 9103/2015 cit.

<sup>1150</sup> Trib. Milano, n. 7204/2017 cit.

### 8.3. *Segue: l'art. 158 L. dir. aut.*

Rispetto all'art. 125 CPI, l'art. 158 della Legge sul diritto di autore (21 aprile 1941, n. 633), seppure novellato per effetto del d.lgs. 6 marzo 2006, n. 140 (che ha attuato la medesima Direttiva *Enforcement* citata), presenta notevoli differenze.

In primo luogo, non è previsto un rimedio restitutorio come l'art. 125, terzo comma, CPI, e, in secondo luogo, il risarcimento del danno da lucro cessante viene disciplinato in maniera diversa rispetto ai primi due commi dell'art. 125 CPI.

L'art. 158 cit., dopo avere richiamato gli artt. 1223, 1226 e 1227 per la determinazione del danno risarcibile (come per l'art. 125, primo comma, CPI), sancisce che il lucro cessante sia liquidato dal giudice ai sensi del secondo comma dell'art. 2056 c.c. anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto<sup>1151</sup>; v'è inoltre il riferimento al corrispettivo che avrebbe dovuto pagare l'autore della violazione quale criterio minimo di quantificazione forfettaria di tale danno (come nel secondo comma dell'art. 125 CPI). Ne deriva che, a differenza della proprietà industriale, in materia di diritto di autore, il legislatore confina la restituzione nell'ambito del risarcimento del danno autorizzando il giudice a valutare gli utili soltanto quale parametro per determinare il danno da lucro cessante in via equitativa<sup>1152</sup>.

Peraltro va osservato che a differenza dell'art. 125, primo comma, CPI che fa riferimento alla nozione di *benefici*, qui il legislatore discorre soltanto di *utili*. Nella disciplina della proprietà industriale si *tiene conto* di essi per la commisurazione, mentre nell'art. 158 L. dir. aut., si *commisura* il danno al vantaggio conseguito dall'autore della violazione (come confermato da risalente giurisprudenza Cass., n. 6251/1983 cit.). Ciò peraltro si spiega agevolmente per il settore del diritto di autore poiché i vantaggi

---

<sup>1151</sup> Osserva MONTANARI, *La reversione dell'utile da lesione di proprietà industriale e il mito dei danni punitivi*, cit., 225 ss. che la locuzione «anche tenuto conto» adottata dal legislatore con riferimento agli utili realizzati dal danneggiante lascia intendere che l'obiettivo fosse quello di ampliare l'area del lucro cessante similmente a quanto accade per il *disgorgment* anglosassone. In realtà come si vedrà successivamente (nota seguente), da sempre la giurisprudenza in materia ha applicato tale parametro nella liquidazione del danno risarcibile sicché il legislatore ha recepito un orientamento già presente nel sistema.

<sup>1152</sup> MARZANO, *Risarcimento danni e retroversione degli utili nel diritto d'autore*, cit., 128 ss. In giurisprudenza v. ad esempio Cass., 24 ottobre 1983, n. 6251; Cass., 1 marzo 2010, n. 11353.

FAVA, *La responsabilità civile, Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema di responsabilità civile verso la european civil law*, cit., 263 ricorda che in materia di diritto di autore la giurisprudenza ha da sempre ammesso che si potesse tenere conto in sede di liquidazione del danno da lucro cessante di parametri come la perdita di utili del titolare del diritto, i profitti conseguiti dal danneggiante purchè legati causalmente alla violazione del diritto di autore e il giusto prezzo del consenso ovvero della cd. *royalty* ragionevole. L'autore dell'illecito avrebbe potuto dimostrare il contrario ossia che una quota dei profitti fosse imputabile al proprio apporto creativo e così via.

GALLI, op. ult. cit., 112 afferma che non c'è stata necessità di introdurre la retroversione dei profitti non perché il legislatore volesse preservare la logica indennitaria, ma perché già faceva parte del sistema di tutela del diritto di autore. Il legislatore non ha fatto altro che recepire un orientamento giurisprudenziale già esistente fissando tali criteri di liquidazione *lato sensu* sanzionatori e deterrenti.

economici ottenuti dai grandi *providers* per la pirateria informatica sono notevolmente superiori alle vendite che l'industria potrebbe ottenere sul mercato. Di qui la particolare tendenza verso risarcimenti anche deterrenti purchè, stando all'orientamento tradizionale, vi sia correlazione diretta tra arricchimento del violatore e lucro cessante del danneggiato; se il primo supera il secondo ci si chiede però se anche in materia di diritto di autore sia possibile individuare un principio che consenta di applicare la reversione degli utili a prescindere dalla osservanza delle regole di responsabilità civile (e quindi dalla prova del dolo o colpa dell'autore dell'illecito e dalla prova del danno risarcibile) come nell'art. 125, terzo comma, CPI<sup>1153</sup>.

In difetto di espressa previsione di legge, occorre verificare se la disciplina dettata dal citato art. 125, terzo comma, CPI abbia natura eccezionale<sup>1154</sup> o sia espressione di un principio generale<sup>1155</sup>. Ammesso che, come pure sostenuto in dottrina, sussista sul punto

---

<sup>1153</sup> MARZANO, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nel diritto d'autore*, in *Dir ind.*, 2, 2012, 129.

Per MONTANARI, *La reversione dell'utile da lesione della proprietà industriale e il mito dei danni punitivi*, cit., 225 ss., in realtà non vi sarebbero differenze tra il terzo comma dell'art. 125 CPI e il citato art. 158 l. dir. aut. perché nell'uno come nell'altro caso la reversione dei profitti andrebbe pur sempre intesa in una logica risarcitoria. Se così non fosse – aderendo alla prospettiva della sanzione civile o comunque della misura restitutoria – si finirebbe per creare una irragionevole disparità di trattamento in situazioni analoghe. La contraffazione sarebbe trattata diversamente a seconda che sia leso il diritto di autore ovvero la proprietà industriale, mentre la direttiva *Enforcement* avrebbe creato un sistema rimediabile unitario. In realtà si è visto che la retroversione dei profitti era soltanto facoltativa nell'art. 13 della Direttiva cit. e il legislatore ha inteso dettare una disciplina più rigorosa soltanto nell'art. 125 CPI.

<sup>1154</sup> SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel Codice della Proprietà Industriale*, cit., 198; D'AMICO, *op. ult. cit.*, 400.

<sup>1155</sup> Ad avviso di MARZANO, *op. ult. cit.*, 131, in realtà l'art. 158 L. dir. aut. richiama non solo l'azione *ex art.* 2043 ma anche quella *ex art.* 2041 c.c. come testimoniano i lavori preparatori della legge del 1941 e sostenuto autorevolmente da ASCARELLI, *Teoria della concorrenza dei beni immateriali*, Milano, 1960, 870. Va infatti ricordato che il regime fascista ritenne di sopprimere l'art. 161 del disegno di legge presentato dalla Camera dei Fasci e delle Corporazioni perché considerato norma superflua in quanto implicita nel nuovo Codice civile. L'indicato art. 161 sanciva «*Il titolare del diritto di utilizzazione può chiedere la reintegrazione nel suo patrimonio dei benefici pecuniari ottenuti con la utilizzazione indebita, mediante la condanna del violatore al pagamento di una somma equivalente ai benefici medesimi, oltre agli interessi legali*». E PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore*, Torino, 1943, 645-646 aveva specificato sul punto «*Questa disposizione aveva una particolare importanza perché nella prima parte sanciva l'applicazione a favore dell'autore dell'azione di arricchimento senza causa, di cui all'art. 2041 del libro quarto (delle Obbligazioni) nel nuovo codice: azione che veniva concessa a favore dell'autore contro colui che avesse utilizzato l'opera coperta dal diritto d'autore, senza il suo consenso, anche se non fosse stata dimostrata l'esistenza di una colpa o di un dolo, elementi necessari per promuovere l'azione di danno per fatto illecito. ... Ma le Commissioni legislative riunite della Camera dei Fasci e delle Corporazioni nella sua riunione del 27 novembre 1930, senza discussione alcuna, sulla proposta del relatore consigliere Pierantoni soppressero questo articolo, salvo l'inserzione generica dell'obbligo del risarcimento nella disposizione dell'articolo... Il relatore, secondo il processo verbale della riunione, affermò dogmaticamente che l'articolo riproduceva principi generali di diritto e che quindi era superfluo. Noi dubitiamo che fosse superfluo. Confidiamo ad ogni modo che se superfluo, sia per ciò appunto ammesso e rispettato dalla dottrina e dalla giurisprudenza*» e difatti Cass., n. 6251/1983 cit. ne faceva puntuale applicazione. L'autore auspica quindi che, anche in vista del contrasto alla pirateria online il rimedio risarcitorio possa piegarsi a una finalità ultracompensativa sul modello della retroversione degli utili di cui all'art. 125, terzo comma, CPI.

una lacuna normativa da colmare con l'applicazione analogica in presenza di fattispecie simili e con identità di *ratio*<sup>1156</sup>.

Come osservato *supra* quand'anche si reputasse che la restituzione degli utili sia espressione del divieto di arricchimento ingiustificato non può omettersi di rilevare che la disciplina contenuta nell'art. 125, terzo comma, CPI deroga alle regole di cui agli artt. 2041 e 2042 c.c. (sussidiarietà dell'azione e restituzione non limitata alla diminuzione patrimoniale del soggetto leso) sicchè non pare estensibile analogicamente fuori dal campo di applicazione della disciplina ivi individuata<sup>1157</sup>. Si tratta, inoltre, di una disciplina particolarmente rigorosa che il legislatore nazionale ha introdotto esercitando la facoltà prevista dall'art. 13 Dir. *Enforcement* solo nel settore della proprietà industriale.

La prevalente giurisprudenza valorizzando i lavori preparatori della legge sul diritto di autore e facendo riferimento a una nozione di colpa (quasi *in re ipsa* o di presunzione della conoscenza della privativa<sup>1158</sup>) dell'autore della violazione, finisce nella sostanza per raggiungere nell'ambito della liquidazione equitativa di cui al secondo comma dell'art. 2056 c.c. un risultato analogo a quello prospettato dall'art. 125, terzo comma, CPI (che invece consente positivamente di domandare l'utile che superi il lucro cessante o che prescindendo del tutto dal riferimento al danno risarcibile)<sup>1159</sup>.

---

<sup>1156</sup> SCHIESARO, *Danni e restituzioni nella violazione della proprietà intellettuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 799 ss.

<sup>1157</sup> Diversa è la posizione di chi propone di superare l'obiezione della sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento invocando la teoria della lesione del diritto sotto il profilo del potere di disposizione. Non sussisterebbe un ipotetico concorso tra risarcimento e restituzione posto che si tratta di azioni aventi ambiti di competenza diversi e in tal caso permetterebbe di applicare più correttamente l'azione di ingiustificato arricchimento e non quella risarcitoria nonostante l'improprio accostamento legislativo contenuto all'interno dell'art. 158 l. dir. aut. v. CASTRONOVO, *La lesione della proprietà intellettuale*, cit., 3; ID, *La responsabilità civile*, cit., 706.

<sup>1158</sup> Dalla quale ci si potrebbe liberare solo dimostrando (molto difficilmente) la propria buona fede v. GIANNONE, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela: Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017, 241.

<sup>1159</sup> Cass., 15 aprile 2011, n. 8730 in *Foro it.*, 2011, I, 3073 con nota di PARDOLESI ha affermato in motivazione «il principio secondo cui il risarcimento dei danni patrimoniali conseguenti all'illecito sfruttamento del diritto di autore va quantificato in misura corrispondente ai vantaggi economici di cui l'utente abusivo si sia indebitamente appropriato, in danno del legittimo titolare del diritto.

*Trattasi di criterio che deve essere in linea di principio condiviso - ove il danneggiato non possa dimostrare altre, più specifiche e rilevanti voci di danno, come nel caso in esame - ma che deve essere applicato con estrema accortezza, tenendo conto del pregiudizio effettivamente subito dalla danneggiata.*

*Non è detto infatti che il legittimo titolare del diritto di sfruttamento economico avrebbe avuto analoghe possibilità di sfruttare l'opera (senza alcuna spesa aggiuntiva), nei tempi, nei luoghi, secondo le modalità e con riferimento al target, ai quali ha avuto occasione di accedere l'utilizzatore abusivo. Sicchè è dubbio che sia sempre configurabile un danno emergente.*

*E' più agevolmente ipotizzabile un lucro cessante, cioè la perdita del vantaggio economico che il titolare del diritto avrebbe potuto conseguire se avesse ceduto a titolo oneroso i diritti sull'opera, per il tempo e nei termini in cui sono stati abusivamente esercitati.*

Naturalmente se si finisce per ascrivere al rimedio risarcitorio anche uno scopo in parte restitutorio dei profitti illeciti indubbiamente ci si sposta verso un risarcimento che condivide anche una funzione deterrente/punitiva coerente con la logica polifunzionale delle regole della responsabilità civile<sup>1160</sup> prevalentemente esclusa in passato, ma che ora potrebbe ricevere nuova linfa vitale alla luce di Cass., n. 16601/2017 cit.<sup>1161</sup>.

---

*Ma anche in questo caso trattasi di criterio virtuale di valutazione, che potrebbe presentare un certo grado di arbitrarietà (non è detto che si sarebbe potuto reperire sul mercato un acquirente, a quelle condizioni ed in quei termini).*

*E' prevalente, tuttavia, l'esigenza di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendone gli utili in vece e luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriarsene.*

*Da qui il principio - elaborato dalla dottrina e da tempo recepito dalla giurisprudenza - per cui i suddetti utili debbono essere devoluti a vantaggio del titolare del diritto: finalità che si persegue piegando l'istituto del risarcimento dei danni ad una funzione in parte sanzionatoria, diretta ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi, più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali; in parte ispirata ai principi in tema di indebito arricchimento, per cui l'utilizzatore abusivo è tenuto a restituire al titolare dei diritti sull'opera le utilità che ne abbia abusivamente tratto (cfr., per alcune applicazioni del principio, Cass. civ. Sez. 1<sup>^</sup>, 7 marzo 2003 n. 3390; Cass. civ. Sez. 3, 16 maggio 2008 n. 12433; Idem, 11 maggio 2010 n. 11353).*

*Trattasi tuttavia di principi che debbono essere applicati senza automatismi e con attento riferimento a tutte le peculiarità del caso, contrariamente a quanto risulta dalla motivazione della sentenza impugnata».*

Per la giurisprudenza che dà rilievo agli utili per il calcolo equitativo del lucro cessante ex art. 158 l.d.a. cfr. Cass., 14 marzo 2001; Cass., 2 giugno 1998, n. 5388; Cass., 3 giugno 2015, n. 11464 secondo la quale «lo sfruttamento dell'opera derivata senza la preventiva autorizzazione dell'autore di quella originaria dà diritto a quest'ultimo ad ottenere il risarcimento del danno, che legittimamente può essere determinato, in via equitativa, applicando il cd. principio di reversione degli utili, cioè quantificando il pregiudizio in una quota parte dei proventi realizzati dal titolare dell'opera derivata a seguito del suo sfruttamento»; Cass., 20 novembre 2014, n. 24754 secondo la quale «la responsabilità per la riproduzione di un brano musicale senza autorizzazione da parte del titolare dei diritti di sfruttamento economico non ha natura oggettiva e, pertanto, nel caso in cui detto brano faccia da sottofondo a un messaggio pubblicitario, non può ricadere sul beneficiario della pubblicità, a meno che non si provi che egli sia stato autore o compartecipe della violazione del diritto di autore, non essendo sufficiente la dimostrazione dell'indiretto beneficio goduto per effetto dell'abusiva riproduzione». Cfr. anche Trib. Milano, sez. impr., 3 dicembre 2015 in *Il diritto industriale nella giurisprudenza delle imprese*, 2018, 75 ss., n. 165; App. Milano, sez. Propr. Int., 19 marzo 2010, n. 829; App. Milano, sez. spec. impresa, 3 luglio 2017, n. 3072 in *Dejure*.

<sup>1160</sup> PARDOLESI, *Violazione del diritto di autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro It.*, 2011, I, 3074; ID, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord - americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 133.

<sup>1161</sup> Chiaramente in dottrina vi è chi, muovendo dalla concezione esclusivamente compensativa della responsabilità civile, critica fortemente tali accostamenti tra risarcimento e restituzione e reputa che la commistione dei profili indicati, qui avente una base normativa, sia frutto di una non chiara disciplina di fonte sovranazionale cfr. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 706 ss. L'autore peraltro giunge ad affermare che tali utili, nonostante l'impropria commistione all'interno del risarcimento del danno, possano essere liquidati autonomamente come nell'art. 125, terzo comma, CPI trattandosi di restituzione. Fa riferimento anche alla disciplina restitutoria oltre a quella risarcitoria anche PLAIA, *Rimedi civilistici*, cit., 113.

Per contro, altri autori discorrono di frammentazione dell'istituto civilistico tradizionale come avvenuto per il diritto di proprietà e reputano ammissibile l'indicata commistione di profili VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, Padova, 2009, 26.



## 9. Responsabilità civile e altre obbligazioni pecuniarie non risarcitorie

Altrettanto fondamentale è tracciare una linea di demarcazione tra le regole di responsabilità civile e le prestazioni pecuniarie non risarcitorie ad essa non riconducibili<sup>1162</sup>; solo così è possibile distinguere i risarcimenti punitivi e/o deterrenti veri e propri dalle altre obbligazioni pecuniarie sanzionatorie e/o deterrenti che tali non sono (v. *infra*).

In termini di teoria generale, la sanzione può essere declinata come *reazione* o *risposta* successiva alla violazione di norme giuridiche<sup>1163</sup>.

In una prospettiva così ampia, comune ai vari settori del diritto, anche il risarcimento, la invalidità negoziale, la decadenza e così via possono definirsi sanzione giuridica di natura civilistica<sup>1164</sup> – da intendersi quale *conseguenza negativa prospettata e imposta per la violazione di un dovere di astensione o di un obbligo di agire*<sup>1165</sup>.

---

<sup>1162</sup> Il tema è stato affrontato nell'ambito degli studi sulle pene private sulle quali v. *retro* gli autori citati alla nota 965. CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, cit., 294 evidenzia che sono molteplici le cd. pene private presenti nell'ordinamento sia all'interno del codice civile che nelle leggi speciali e che inevitabilmente debbano essere trattate diversamente a seconda del settore considerato. Nel prosieguo del presente scritto ci si potrà occupare soltanto delle previsioni che interessano problematiche afferenti alla responsabilità civile.

BIANCA, *Riflessioni sulla pena privata*, ivi, 407 e ss. nota che l'interesse verso la riscoperta delle cd. pene private è in parte giustificato proprio dalla insufficienza delle regole della responsabilità civile, intese in senso tradizionale, e dunque dall'attenzione verso altre tecniche di tutela privatistiche che possano garantire adeguata protezione agli interessi privati lesi (soprattutto riferibili alla persona). Si tratta quindi di sanzioni che sono altro rispetto alla disciplina della responsabilità civile anche se l'autore sottolinea che forse si potrebbe realizzare una più adeguata forma di tutela degli interessi non patrimoniali ricorrendo a liquidazioni forfetarie, equitative ovvero con l'azione inibitoria senza scomodare la controversa nozione di pena privata.

Peraltro come si evincerà successivamente dall'analisi dei dati normativi non tutte le prestazioni pecuniarie non riconducibili alla disciplina della responsabilità civile possono *sic et simpliciter* definirsi pene private o sanzioni civili punitive e/o deterrenti; il quadro normativo è molto più complesso e suggerisce di superare l'equazione per la quale tutto ciò che non ripara un danno equivalga ad una pena. In tal senso pare più opportuno discorrere, come nel testo, di prestazioni pecuniarie non risarcitorie le quali possono assumere, a seconda dei casi, connotati punitivi e/o deterrenti cfr. DE MENECH, *op. ult. cit.*, 119 ss.

<sup>1163</sup> L'ordinamento ricorre alla sanzione per garantire, direttamente o indirettamente, l'osservanza delle proprie norme giuridiche –funzione conservativa–; costituiscono sanzioni giuridiche tutte quelle dirette a garantire la realizzazione del precetto sia attraverso la prospettazione di conseguenze positive che negative, sia preventive che successive cfr. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVI, 534 ss. Cfr. anche GAVAZZI, *Sanzione I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, XXXVIII, Milano, 1991 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. L'autore osserva che il concetto di sanzione giuridica viene declinato diversamente a seconda della teoria generale del diritto supposta e della branca del diritto specificamente considerata.

Cfr. *ex multis* anche F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 e ss.; C. MANDRIOLI, *Ap-punti sulla sanzione e sulla attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, 86; E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 1 e ss.

<sup>1164</sup> BOBBIO, *Sanzione*, cit., 530 che successivamente critica l'indicata assimilazione a pagg. 535-536, sulla nullità per violazione della forma *ad substantiam* v. in prospettiva critica IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e imp.*, 1987, 541 ss.

L'illustre autore pur inquadrando il risarcimento nell'ambito delle misure «riparative» - in contrapposizione a quelle «retributive» - poiché dirette ad eliminare o mitigare il male prodotto dal comportamento trasgressivo, riconosce che non è semplice stabilire un così confine netto tra «dove finisce il premio e dove comincia l'indennizzo; dove finisce il risarcimento e dove incomincia la punizione».

Anche il risarcimento, difatti, si traduce in una conseguenza sfavorevole il responsabile e rappresenta una *reazione negativa e successiva* dell'ordinamento giuridico alla lesione di un interesse giuridicamente protetto; in senso lato ben potrebbe avere scopo preventivo e sanzionatorio (del fatto antigiuridico).

Non è possibile, però, discorrere in senso tecnico di *sanzione (punitiva)* perché nella lettura tradizionale il risarcimento reintegra, in forma specifica o per equivalente, l'interesse leso reagendo al danno<sup>1166</sup>.

La *punizione*, invece, ispirata al principio retributivo, colpisce l'inosservanza della norma in sé considerata, ma sono irrilevanti le conseguenze che da quella violazione (arricchimenti e/o danni) siano eventualmente derivate. Nella sanzione punitiva al male imposto al trasgressore non corrisponde una corrispondente attribuzione in favore del soggetto leso<sup>1167</sup>.

In altri termini le *sanzioni punitive*, a differenza di quelle *restitutorie* – e ancor più di quelle *premiali e reintegratorie* – non ristorano una lesione, ma aggiungono al male dell'illecito, il male della sanzione, senza che questa elimini il primo; esse colpiscono un bene che non ha alcun rapporto funzionale con l'interesse leso<sup>1168</sup>.

---

In termini generali si discorrerà di risarcimento in senso stretto allorché la lesione patrimoniale o di diritti della persona abbia procurato un danno valutabile in denaro, mentre se la lesione non è economicamente valutabile si verifica una riparazione tendente alla compensazione, una misura cioè che attenua la sofferenza provocata con un bene non equivalente, ma sostitutivo di quello perso.

<sup>1165</sup> PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, cit., 55; per la sanzione come conseguenza negativa per la violazione di un precetto v. anche CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936; 22; in diritto amministrativo v. SANDULLI, voce “*Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*”, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1992.

<sup>1166</sup> Cfr. per tutti da ultimo FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile*, cit., 653 ss.

<sup>1167</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 42 ss.; secondo CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 84 – 5 «*si potrebbe dire che la sanzione civile agisce ripristinando un bene (la soddisfazione di un interesse) al posto del male fatto subire al titolare del diritto leso con l'inadempimento del dovere corrispondente; la sanzione punitiva, invece, ristabilisce l'equilibrio non sostituendo un bene al male sopra uno dei piatti della bilancia, ma ponendo un male anche sopra l'altro piatto*». Avverte l'autore che non bisogna confondere il risarcimento quale sanzione dell'illecito civile con la pena quale sanzione dell'illecito penale osservando «*Alla base dell'idea di sanzione si trova ... quella di giustizia. “Fare giustizia” significa, per lo Stato, precisamente applicare una sanzione ... volta che l'impero della giustizia è ristabilito mediante la sanzione civile o penale, può essere ancora necessario provvedere alla conseguenza dell'ingiustizia o del torto, a quelle conseguenze che sono rimediabili: tale è il compito del risarcimento*» (149 ss.). Il risarcimento presuppone un danno e non invece il semplice illecito (senza danno) v. anche pag. 158.

Sulla non sovrapposibilità tra risarcimento e sanzione in precedenza KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. A cura di LOSANO, Torino, 1990, 147.

<sup>1168</sup> PADOVANI, cit., 59 il quale osserva che esse sono connotate da uno scopo di prevenzione generale che non è riscontrabile nel risarcimento civilistico così come neppure quello di prevenzione speciale (si pensi soltanto al fatto che la responsabilità può essere imputata a soggetti diversi dall'autore del fatto dannoso, oppure prescindere totalmente dal profilo della colpevolezza sicché per costoro non avrebbe senso parlare di dissuasione e persuasione a non porre in essere il comportamento vietato; tantomeno il fine del risarcimento è impedire l'illecito intervenendo quando si è già prodotto per eliminare *ex post* le conseguenze negative che ha determinato).

Le sanzioni punitive, però, appartengono ad ogni branca del diritto (penale, amministrativo e anche civile muovendo dai dati positivi) e sono accomunate dagli indicati profili mentre ne differiscono profondamente sul piano contenutistico e garantistico. La rivalutazione delle sanzioni civili punitive e/o deterrenti si spiega proprio per l'inidoneità della pena criminale e delle sanzioni amministrative in certi casi ad esercitare una adeguata forma di controllo sociale e, per altro verso, nella esigenza di potenziare la tutela risarcitoria ove si riveli inadeguata<sup>1169</sup>.

È chiaro che il collegamento normativo con un danno da ristorare finisce per escludere la natura afflittiva della misura civilistica; se invece se ne prescinde nella conformazione della fattispecie e dell'effetto giuridico ci si avvicina al modello sanzionatorio in senso stretto (sanzione civile punitiva).

Tra questi due poli opposti si possono configurare i risarcimenti punitivi e/o deterrenti con una doppia anima (riparatoria e deterrente/sanzionatoria); la prima guarda al danneggiato, la seconda all'offesa all'interesse protetto ed entrambi i profili incidono sulla quantificazione del risarcimento.

Occorre che siano integrati gli estremi di un fatto illecito o l'inadempimento di una obbligazione da cui sorga l'esigenza di riparare un danno giuridicamente rilevante; tuttavia, nella determinazione del danno risarcibile si perseguono, oltre a uno scopo principale meramente riparatorio (del danneggiato), anche ulteriori ragioni preventive e/o afflittive (del responsabile). Si tratta di un potenziamento (o aggravamento) della tutela risarcitoria ordinaria.

Se la misura civilistica, invece, prescinde dalla esistenza di un danno e dalla esigenza di riparare un pregiudizio in conseguenza di un fatto illecito/inadempimento – che pure costituisca elemento costitutivo della fattispecie tipica –, si fuoriesce della regole della responsabilità civile. Si può discorrere, dunque, di prestazioni pecuniarie non

---

<sup>1169</sup> Anche le sanzioni civili punitive sono dirette ad assicurare la massima tutela effettiva degli interessi protetti e comportano il sacrificio di un interesse diverso da quello su cui ha inciso la condotta illecita cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 68; PATTI, *Pena privata*, cit. 350; BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, cit., 28).

La sanzione deve cadere sul colpevole e parametrarsi al grado di colpevolezza della violazione (per questo il risarcimento del danno morale da reato non può considerarsi totalmente punitivo perché ai sensi dell'art. 185, secondo comma, c.p. potrebbe ricadere su soggetti distinti rispetto all'autore del fatto dannoso secondo le leggi civili che non sono dissuasi dalla sanzione PADOVANI, cit., pag. 64).

Ancora sottolinea SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, cit., 917 ss.; ID, *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 489 ss. che risarcimento, sanzione e coercizione sono concetti distinti perché i primi guardano alla fase patologica del diritto in maniera differente e il secondo alla fase fisiologica quale coercizione all'adempimento (con una minaccia indiretta rispetto a un comportamento futuro e non invece a quanto già si è verificato in precedenza).

Cfr. anche FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 295 ss.

risarcitorie che, a seconda dei casi, possono avere diversi collegamenti con il danno risarcibile<sup>1170</sup> e seguono regole proprie differenti.

Sussiste un primo gruppo di ipotesi tipiche nelle quali al ricorrere del medesimo fatto (illecito o inadempimento) il legislatore ricollega sia l'insorgenza del diritto al risarcimento del danno – purchè ne ricorrano i presupposti – sia la costituzione di una ulteriore obbligazione pecuniaria che si cumula al primo ed è indipendente dal verificarsi dell'eventuale pregiudizio e dal suo ammontare. Si tratta, all'evidenza, di una sanzione civile punitiva che si affianca alla obbligazione risarcitoria e, a seconda di come strutturata, assume connotati più o meno afflittivi/deterrenti per l'obbligato<sup>1171</sup>.

Si consideri l'art. 12 della Legge sulla stampa (L. 8 febbraio 1948, n. 47), rubricato «*riparazione pecuniaria*», secondo cui «*nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato*».

La riparazione pecuniaria in esame è stata dettata per «*la necessità, vivamente sentita, di colpire con efficaci sanzioni, anche di carattere civile, la stampa libellista contraria al costume della libertà civile ... come aggiunta, non solo ai danni patrimoniali, ma anche a quelli non patrimoniali*» (così la Relazione della Sottocommissione incaricata in sede di Assemblea Costituente, Atti parlamentari, Documento n. 15 – A, pag. 5).

Per costante orientamento giurisprudenziale, dunque, si tratta di una sanzione civile che, su richiesta della vittima e a beneficio della stessa, si cumula al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale - il quale segue l'ordinario regime codicistico -; può essere concessa dal giudice civile allorchè accerti *incidenter tantum* gli elementi costitutivi del delitto di cui all'art. 595 c.p. anche sotto il profilo soggettivo ed è determinata in base a parametri che non hanno collegamento con il pregiudizio sofferto dal danneggiato – che potrebbe mancare –, ma si riferiscono direttamente al fatto dannoso (gravità della offesa e diffusione dello stampato)<sup>1172</sup>. L'indicata previsione non sembra potersi ascrivere alle regole della responsabilità civile come si evince proprio

---

<sup>1170</sup> GRANELLI, op .cit., 1761; DE MENECH, cit., 116 ss.

<sup>1171</sup> v. anche LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2017, 423.

<sup>1172</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 12 dicembre 2017, n. 29640; Cass., 29 luglio 2015, n.16054; Cass., 26 giugno 2007, n.14761; Cass., 17 marzo 2010, n. 6490; Cass., 3 ottobre 1997, n. 8672; Cass.,7 novembre 2000, n. 14485; v. anche Cass. Pen., sez. V, 26 settembre 2014, n. 48712. Nella giurisprudenza di merito cfr., *ex multis*, Trib. Milano sez. I, 25 febbraio 2019, n.1867; Tribunale Roma sez. I, 03 agosto 2017, n.15743 tutte in *Dejure*; Trib. Salerno 7 gennaio 2016, Trib. Taranto, 15 dicembre 2015, tutte in *Leggiditalia*.

dalla differenziazione letterale tra riparazione e risarcimento, dall'espressa previsione che la prima possa aggiungersi al secondo e dalla *ratio legis* sopra delineata.

Anche l'art. 3, comma 3, della Legge sulla subfornitura (L. 18 giugno 1998, n. 192) prevede, in caso di ritardo di pagamento perdurante oltre i termini fissati dalla legge, che il subfornitore abbia diritto di ottenere, oltre il risarcimento del danno determinato secondo le regole ordinarie (in aggiunta alla mora<sup>1173</sup> *ex re* del committente inadempiente v. *infra*), anche il pagamento di una ulteriore penale pari al 5% dell'importo per il quale il debitore-committente non ha rispettato i termini<sup>1174</sup>.

L'esigenza di carattere generale perseguita dal legislatore nel mondo imprenditoriale è quella di prevenire ed evitare dilazioni di pagamento perchè aumentano l'esposizione al rischio aziendale (di possibile crisi, insolvenza), soprattutto per le imprese di piccola e media dimensione subfornitrici (che versano in una posizione di disparità di potere contrattuale – per ragioni di dipendenza economiche – rispetto alle committenti *ex art.* 1, comma 1, L. n. 192/1998 cit.) e quella di assicurare un adeguato risarcimento al creditore pagato in ritardo<sup>1175</sup>.

In questo caso, come in precedenza, la sanzione civile è automatica; si applica al solo verificarsi del ritardo prolungato e non dipende dall'eventuale danno risarcibile. Potrebbe cumularsi all'azione risarcitoria o prescindere totalmente.

---

<sup>1173</sup> Sulla natura composita degli interessi moratori si dirà in seguito.

<sup>1174</sup> L'indicata disposizione prevede infatti che:

*«In caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, interessi corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato di cinque punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Ove il ritardo nel pagamento ecceda i trenta giorni dal termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini».*

<sup>1175</sup> La disciplina della subfornitura va coordinata, quanto alla disciplina degli interessi di mora e la penale esaminata, con la sopravvenuta disciplina della tutela contro i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – che ha recepito la Direttiva 2000/35/CE – successivamente modificato con D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 – di recepimento della Direttiva 2011/7/UE –. Quest'ultima, volta a prevenire i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali e delle prestazioni professionali garantendo uniforme disciplina per le operazioni interne e transfontaliere, a differenza dei rapporti di subfornitura non contiene una disciplina analoga quanto alla penale di cui all'art. 3 L. n.192/1998, ma contiene una disciplina particolarmente rigorosa per gli interessi moratori. Ne consegue che per i ritardi nei pagamenti afferenti a rapporti di subfornitura *ex art.* 1 L. n. 192/1998, il decorso degli interessi moratori è automatico, ma il tasso di riferimento semestrale è quello della BCE aumentato di 7 punti percentuali per le transazioni concluse entro il 31.12.2012 o di 8 punti percentuali per quelle concluse dal 1.1.2013. Inoltre, le parti potrebbero accordarsi per prevedere un tasso di interesse moratorio ancora più elevato rispetto a quello legale (mentre non sono ammesse deroghe per un tasso inferiore) e resta salva la possibilità di domandare il risarcimento dell'ulteriore danno eventualmente subito. A questo si aggiunge anche la penale pari al 5% dell'importo considerato.

Anche se nella disciplina del ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali non è prevista una penale analoga a quella della subfornitura, va ricordato che al creditore spetta, senza necessaria costituzione in mora, un importo forfettario di 40 euro a titolo di risarcimento del danno per il rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non corrisposte tempestivamente. Anche in questo caso si tratta di una somma dovuta automaticamente al perdurare del ritardo tanto è vero che rimane salva la prova del maggior danno - ad esempio per i costi di assistenza per il recupero del credito -.

Ulteriori ipotesi nelle quali il legislatore lascia comprendere chiaramente la distinzione tra risarcimento e sanzione civile, l'una indipendente dall'altra, si ravvisano nei casi di *Responsabilità aggravata* di cui all'art. 96, terzo comma, c.p.c. e della corrispondente previsione in tema di spese processuali contenuta nell'art. 26, primo comma, c.p.a.

La responsabilità aggravata prevista dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c., a differenza di quella prevista dai precedenti due commi, non richiede la domanda di parte e la prova del danno risarcibile, ma esige pur sempre, sul piano soggettivo, la mala fede o la colpa grave della parte soccombente, sussistente nell'ipotesi di violazione del grado minimo di diligenza che consente di avvertire facilmente l'infondatezza o l'inammissibilità della propria azione/difesa<sup>1176</sup>.

Trattasi di una ulteriore sanzione civile punitiva, da determinarsi *equitativamente*<sup>1177</sup>, che si cumula all'eventuale risarcimento e che interviene a reprimere l'abuso dello

---

<sup>1176</sup> La Corte Costituzionale con sentenza 23 giugno 2016, n. 152 vi ha riconosciuto una «*natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflattive*». Ha evidenziato, sul piano testuale, che mentre i primi due commi dell'art. 96 c.p.c. fanno riferimento al *risarcimento del danno*, il terzo comma testualmente riferisce del *pagamento di una somma* collegata alla pronuncia sulle spese di cui all'art. 91 c.p.c. disponibile *in ogni caso* e quindi anche di ufficio oltre che su istanza di parte.

Ha aggiunto «*La motivazione, che ha indotto i redattori della novella a porre «a favore della controparte» l'introdotta previsione di condanna della parte soccombente al «pagamento della somma» in questione, è, infatti, plausibilmente ricollegabile - e non è mancato, in dottrina, chi l'ha così ricollegata - all'obiettivo di assicurare una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflattivo apprestato da quella condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico.*

*L'istituto così modulato è suscettibile di rispondere, peraltro, anche ad una concorrente finalità indennitaria nei confronti della parte vittoriosa (pregiudicata anch'essa da una temeraria, o comunque ingiustificata, chiamata in giudizio) nelle, non infrequenti, ipotesi in cui sia per essa difficile provare l'an o il quantum del danno subito, suscettibile di formare oggetto del risarcimento di cui ai primi due commi dell'art. 96 cod. proc. civ.».*

V. anche l'orientamento giurisprudenziale più recente nelle successive note.

<sup>1177</sup> Così dispone il terzo comma del citato art. 96 c.p.c. «*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*».

Trattandosi di norma priva di descrizione precisa della fattispecie (cfr. in generale sul punto IRTI, *un diritto incalcolabile*, cit., 19 ss.) l'interprete è tenuto a individuare i presupposti perché il giudice, anche d'ufficio, possa applicare l'indicata misura al soccombente. Come osservato, l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza completa il dettato legislativo attraverso una integrazione verticale del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. facendo riferimento ai due precedenti alla luce della *ratio legis* perseguita con l'intervento riformatore attuato con l. 18 giugno 2009, n. 69 (scongiurare gli abusi processuali tenendo conto delle difficoltà per la parte vittoriosa di provare in giudizio il danno risarcibile che in passato avevano limitato l'applicazione dell'istituto della responsabilità aggravata). Tra questi presupposti, ed è il profilo che qui interessa, non si ha riguardo al pregiudizio sofferto che, se esistente, sarà risarcibile secondo le regole ordinarie e al ricorrere degli ulteriori presupposti delineati dai primi due commi dell'art. 96 c.p.c.

In dottrina v. *ex multis*, DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto, perché?* in NGCC, II, 2011, 55 ss.; CHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 445 ss.; LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, 35 ss.; PUNZI (a cura di) *Il processo civile sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino, 2013, 69 ss.; CHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 85 ss.; CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma*

strumento processuale in sé, anche a prescindere dal danno procurato alla controparte e da una sua richiesta<sup>1178</sup>.

La particolarità della misura in esame consiste, da un lato, nell'essere disposta in favore della parte e non dello Stato seppur concepita – anche – per la tutela dell'interesse pubblico al buon andamento della giurisdizione civile scongiurando abusi processuali e,

---

3, c.p.c. in *Famiglia e diritto*, 2011, 809 ss.; VACCARI, *L'art. 96, comma 3, cod. proc. civ.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *NGCC*, 2011, 73 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 1474 ss.; DONZELLI, cit., 392; DE SANTIS, *Osservazioni sulla configurabilità dell'abuso della sanzione processuale*, in *Foro. It.*, I, 2019, 569 ss. il quale osserva come la sanzione di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. disposta in favore della parte vittoriosa, a prescindere dal danno sofferto, se cumulata con la condanna alle spese di lite e al pagamento del doppio del contributo unificato in caso di ricorso per cassazione dichiarato inammissibile e improcedibile rischia di essere irragionevole. Dopo avere proposto una classificazione delle sanzioni processuali (per cui diffusamente DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., 129 ss.), l'autore sottolinea che nel caso dell'art. 96, terzo comma, c.p.c. non si ha una sanzione pura e secca per scongiurare determinate condotte vietate, ma un impoverimento di una parte con arricchimento dell'altra sicché proprio per questa ragione dovrebbe trovare applicazione non già in qualsiasi caso di violazione di norme processuali, bensì solo se una parte abbia abusato del diritto di azione o difesa in danno dell'altra e stabilire la misura dell'abuso ogni qual volta l'attività non sia sorretta dall'interesse ad agire o resistere in giudizio.

Per la tesi risarcitoria v. SCARSELLI, *Il nuovo art. 96 3° comma c.p.c.; consigli per l'uso*, in *Foro. It.*, 2010, 2237 ss.; BUSNELLI-ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.; responsabilità aggravata e condanna punitiva*, in *Danno e resp.*, 2012, 585 ss. secondo i quali il terzo comma dovrebbe operare residualmente quando non possano operare i criteri per il risarcimento del danno di cui al primo comma (patrimoniale) e con riferimento ai pregiudizi non patrimoniali (non biologico) connessi all'abuso di cui sarebbe impossibile o estremamente difficile dare prova da liquidarsi appunto equitativamente; v. anche DI MARZIO, sub *Art. 96*, in CENDON (a cura di) *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, 542; GIGLIOTTI, cit., 2299 il quale pur dando atto della prevalente finalità pubblicistica sottesa alla misura in esame e della ancillare funzione indennitaria, come sancito dalla Corte Costituzionale, sostiene che sia possibile leggere l'art. 96, terzo comma, c.p.c. in relazione all'art. 2059 c.c. nel senso che la intollerabile sottoposizione del danneggiato a una arbitraria e malevola vicenda processuale potrebbe giustificare la scelta di una ulteriore riparazione del pregiudizio non patrimoniale come afferma Trib. Oristano, ord. 17 novembre 2010 in *Foro. It.*, 2011, I, 2200. Nel senso, invece, che l'illecito processuale abbia carattere plurioffensivo e possa generare un danno non patrimoniale risarcibile ai sensi del primo comma dell'art. 96 c.p.c. v. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., 180 ss.

Per il carattere misto sanzionatorio e indennitario CONSOLO, *Spiegazioni diritto processuale*, cit., 648 ss.; ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. Giur.*, 2016, 1593 ss.; CHIRGA, *Sulla «ragionevolezza» dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 498 ss.:

<sup>1178</sup> L'orientamento è ormai consolidato cfr., tra le tante, Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22405 secondo cui « *La condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. è volta a salvaguardare finalità pubblicistiche, correlate all'esigenza di una sollecita ed efficace definizione dei giudizi, nonché interessi della parte vittoriosa ed a sanzionare la violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., realizzata attraverso un vero e proprio abuso della "potestas agendi" con un'utilizzazione del potere di promuovere la lite, di per sé legittimo, per fini diversi da quelli ai quali esso è preordinato, con conseguente produzione di effetti pregiudizievoli per la controparte. Ne consegue che la condanna, al pagamento della somma equitativamente determinata, non richiede né la domanda di parte né la prova del danno, essendo tuttavia necessario l'accertamento, in capo alla parte soccombente, della mala fede (consapevolezza dell'infondatezza della domanda) o della colpa grave (per carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta consapevolezza), venendo in considerazione, a titolo esemplificativo, la pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, la manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame ovvero la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione*». Nello stesso senso in precedenza Cass., 20 aprile 2018, n. 9912; Cass., 30 marzo 2018, n. 7901; Cass., 31 febbraio 2018, n. 4136; Cass., 7 febbraio 2018, n. 2957; Cass., 31 novembre 2017, n. 27623; Cass., 8 febbraio 2017, n. 3311; Cass., 19 luglio 2016, n. 7726; Cass., 11 febbraio 2014, n. 3003; cfr. già Cass., 30 luglio 2010, n. 17902.

dall'altro, nella mancata descrizione, con sufficiente precisione, dei fatti cui si possa applicare, nonché dei parametri per determinarne l'ammontare e dei limiti della liquidazione equitativa giudiziale (in particolare con riferimento alla misura massima della sanzione)<sup>1179</sup>.

Entrambi i profili di criticità evidenziati hanno generato distinte questioni di legittimità costituzionale, tutte risoltesi con una declaratoria di infondatezza<sup>1180</sup>.

Nell'occuparsi recentemente della legittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3, c.p.c., a cui è pacificamente riconosciuta una finalità punitiva-indennitaria, la Corte Costituzionale con sentenza 6 giugno 2019, n. 139, ha specificato che il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. riguarda le sanzioni penali e quelle amministrative di natura sostanzialmente punitiva e non già le prestazioni personali e patrimoniali imposte per legge, alle quali fa invece riferimento l'art. 23 Cost. La condanna d'ufficio del soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata a favore della parte vittoriosa in una controversia civile, oltre o indipendentemente dal risarcimento del danno per lite temeraria, pur perseguendo una finalità punitiva dell'abuso del processo, non identifica una sanzione in senso stretto ma, in quanto attribuzione a favore della parte vittoriosa, svolge anche una funzione indennitaria<sup>1181</sup>, diversamente da quanto accade per altre disposizioni del codice di rito che sanzionano con pene pecuniarie a favore dell'Erario specifiche ipotesi di abuso del processo (art. 54, comma 3; art. 815, comma 4; art. 283, comma 2 e 431, comma 5; art. 408 c.p.c.).

La Corte Costituzionale ha altresì chiarito che l'equità dell'art. 96, terzo comma, c.p.c. è diversa da quella dell'art. 1226 c.c. perché nella disposizione processuale il giudice determina a carico della parte soccombente già obbligata *ex art. 91 c.p.c.* al rimborso delle spese processuali, l'*an* e il *quantum* di una nuova prestazione patrimoniale mentre nella norma sostanziale quantifica una grandezza predata di cui vi è già prova dell'*an debeatur*.

In ordine alla misura della sanzione, ha osservato che la norma censurata non viola l'art. 23 cost. poiché, diversamente dalle numerose pronunce di incostituzionalità di

---

<sup>1179</sup> Di qui i dubbi di legittimità costituzionale v. per tutti LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 430 secondo cui «*Resta dunque assolutamente indeterminato quando sia giustificato condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della parte vittoriosa, di questo quid pluris. Per quanto riguarda il quantum, il legislatore ha conferito al giudice un potere che, più che discrezionale, si può definire arbitrario ed in quanto tale incostituzionale, per la mancanza di una taxatio – cioè di un massimo che il giudice non può superare*».

<sup>1180</sup> Per il primo profilo di criticità v. Corte cost. n. 152/2016 cit., per gli altri, Corte. Cost. sentenza 6 giugno 2019, n. 139 per cui *infra* nel testo.

<sup>1181</sup> Corte cost. n. 152/2016 cit.



prestazioni imposte senza una sufficiente determinazione dei criteri per la loro quantificazione<sup>1182</sup>, l'art. 96, comma 3 c.p.c., nell'ambito dell'ampia discrezionalità del legislatore nella conformazione degli istituti processuali (Corte cost., sentenza 6 novembre 2018, n. 225), ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che *«nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, soprattutto della Corte di cassazione, può specificare - così come ha già fatto - il precetto legale»*. E la giurisprudenza di legittimità ha precisato che la disposizione censurata, rinviando all'equità, richiama il criterio di proporzionalità secondo le tariffe forensi e quindi la somma da tale disposizione prevista va rapportata *«alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa»*<sup>1183</sup>. Siffatto criterio, ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza, coerente e omogeneo rispetto sia a quello originariamente previsto dal comma 4 dell'art. 385 c.p.c. (che contemplava il limite del doppio dei massimi tariffari), sia a quello attualmente stabilito dal primo comma dell'art. 26 cod. proc. amm. (che similmente prevede il limite del doppio delle spese di lite liquidate secondo le tariffe professionali), ha sufficiente base legale e quindi - ferma restando la discrezionalità del legislatore di calibrare meglio, in aumento o in diminuzione, la sua quantificazione – rispetta la prescrizione della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost.

Ancor più distanti dalle regole della responsabilità civile sono le ulteriori sanzioni destinate non già alla parte – titolare dell'interesse sostanziale leso – (come nell'art. 96, terzo comma, c.p.c.), ma a soggetti pubblici e del tutto indifferenti al profilo risarcitorio (si pensi, tra le altre, all'art. 709 *ter*, secondo comma, n. 4 c.p.c. che configura una chiara sanzione destinata alla Cassa delle Ammende che si rivela del tutto indipendente dal risarcimento del danno disciplinato nei precedenti numeri 2 e 3. Si pensi ancora al particolare regime giuridico degli illeciti civili punitivi di cui alle recenti depenalizzazioni di cui all'art. 3-5 d.lgs. 15 gennaio 2016 o agli artt. 140 comma 7, cod. cons. e 31, comma 2, l. 27 luglio 1978, n. 392 e alle misure indicate in precedenza al par. 6).

Ulteriore ipotesi tipica è costituita dall'art. 70 disp. att. cod. civ.<sup>1184</sup> dettata al fine di responsabilizzare i condomini all'osservanza della disciplina contenuta nel regolamento condominiale e scongiurare violazioni nell'uso dei beni comuni<sup>1185</sup>.

---

<sup>1182</sup> La sentenza richiama i propri precedenti Corte cost., sentenze 13 luglio 2017, n. 174; 17 maggio 2015, n. 83; 23 febbraio 2012, n. 33; 23 febbraio 2012, n. 32; 16 febbraio 2012, n. 22.

<sup>1183</sup> Cass., ordinanze 11 ottobre 2018, n. 25177 e n. 25176.

<sup>1184</sup> L'art. 70 disp. att. c.c., modificato con legge 11 dicembre 2012, n. 220 e dall'art. 1 d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, prevede che *«Per le infrazioni al regolamento di condominio può essere stabilito, a titolo di sanzione, il pagamento di una somma fino ad euro 200 e, in caso di recidiva, fino ad euro 800. La somma*

Si tratta di una sanzione civilistica disposta dai condomini in assemblea nei confronti di altri condomini inadempienti (ad esempio rispetto alle modalità di utilizzo del parcheggio dell'area comune) con le maggioranze richieste dal codice (art. 1136, secondo comma, c.c.) e costituisce una pena privata (o sanzione civile punitiva) dipendente dalla semplice *infrazione* del regolamento stesso.

Tale sanzione non può avere importi diversi da quelli definiti dal legislatore giacchè, altrimenti, la delibera assembleare che la commina sarebbe nulla per violazione di legge<sup>1186</sup>, né contemplare prestazioni diverse da quelle pecuniarie (ad esempio rimozione forzata del veicolo<sup>1187</sup>). La sanzione civile in esame non interferisce, preme sottolinearlo, sull'eventuale ulteriore risarcimento del danno che potrebbe essere stato cagionato e che ciascun condomino, insieme con la riduzione in pristino, può chiedere per le violazioni riscontrate posto che il regolamento condominiale ha natura contrattuale<sup>1188</sup>. Anche in questo caso può aversi cumulo della sanzione civile e del risarcimento e la prima è insensibile al secondo<sup>1189</sup>.

L'indicata previsione si affianca ad altre sanzioni civili tipiche presenti nel nostro codice civile all'interno dei fenomeni di gruppo del tutto avulse dalle regole risarcitorie (v. ad es. artt. 2355 e 2345 c.c. per i soci che non paghino le quote o eseguano prestazioni accessorie individuate dall'atto costitutivo, gli artt. 2477-2478 c.c. e l'art. 2603 n. 7 c.c. per le sanzioni che il contratto di consorzio deve individuare per l'inadempimento degli obblighi dei consorziati)<sup>1190</sup>.

---

*è devoluta al fondo di cui l'amministratore dispone per le spese ordinarie. L'irrogazione della sanzione è deliberata dall'assemblea con le maggioranze di cui al secondo comma dell'articolo 1136 del Codice».*

<sup>1185</sup> Osservano CAPPONI – CHIOCCA, *La sanzione pecuniaria per l'infrazione al regolamento di condominio (orientamenti di dottrina e giurisprudenza)* in *Arch. Loc.*, 1992, 731 tale sanzione pecuniaria «veramente efficace per fare astenere da un certo comportamento il suo autore potenziale, essendo l'obbligazione risarcitoria – a volte – non sufficiente a scoraggiarlo, perché il profitto della propria iniziativa potrebbe effettivamente essere superiore all'ammontare dei danni».

<sup>1186</sup> Cass., 21 aprile 2008, n. 10329; Cass., 26 gennaio 1995, n. 948.

<sup>1187</sup> Cass., Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 820; per i poteri coercitivi dell'amministratore che permettono di applicare la sanzione se prevista al verificarsi della violazione cfr. Cass., 26 giugno 2006, n. 14735.

<sup>1188</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 28 gennaio 2000, n. 977.

<sup>1189</sup> Così GRANELLI, op. cit., 1764.

<sup>1190</sup> BASILE, *Le «pene private» nelle associazioni*, in *Le pene private*, cit., 189 ss. il quale osserva che nelle associazioni invece l'ordinamento ha rimesso all'autonomia privata la definizione delle sanzioni ex art. 36 c.c. Naturalmente ove si tratti di sanzionare determinati comportamenti bisognerà valutare sia la validità della previsione negoziale sia la regolarità del procedimento di irrogazione della sanzione civile. Per l'autore, con gli opportuni adattamenti, i principi di garanzia di cui agli artt. 25, secondo comma, cost. e 27 cost. dovrebbero estendersi, in virtù dell'art. 2 cost., alle altre formazioni sociali come le associazioni anche se la giurisprudenza non presta particolare rigore al principio di tassatività delle previsioni convenzionali.

Per le sanzioni civili in tema di società v. ampiamente BENAZZO, *Le 'pene civili' nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005.

Ancora, gli artt. 2 (emissione dell'assegno senza provvista) e 3 (clausola penale) della L. 15 dicembre 1990, n. 386 dedicata alla *Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari*, prevedono che chi emetta «un assegno bancario o postale che, presentato in tempo utile, non viene pagato in tutto o in parte per difetto di provvista» oltre ad essere punito con una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 2) ha l'obbligo di «corrispondere al prenditore o al giratario che agisce nei suoi confronti per il pagamento del titolo una penale pari al dieci per cento della somma dovuta e non pagata. L'assegno bancario ha gli effetti di titolo esecutivo anche per la somma rappresentante la penale» (art. 3). Anche in questo caso la sanzione civilistica di cui all'art. 3, introdotta per disincentivare il pagamento dilazionato come strumento anomalo di credito e disporre conseguenze negative di ordine patrimoniali per il fatto del mancato pagamento<sup>1191</sup>, è dovuta a prescindere dalla prova di un danno e si ammette che il prenditore dell'assegno possa agire in giudizio per domandare anche gli ulteriori pregiudizi subiti e non certamente defalcati di quanto già percepito a titolo della penale<sup>1192</sup>.

Ulteriore previsione che può iscriversi in questa categoria è costituita dall'art. 8, comma 4, della Legge Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24) laddove dispone il pagamento di una «pena pecuniaria, determinata equitativamente» in danno della parte che non ha partecipato al tentativo obbligatorio di conciliazione e in favore della parte che è comparsa nel procedimento. Pare evidente che si tratta di una sanzione civile, volta a favorire una soluzione bonaria della controversia e a deflazionare il contenzioso, che si cumula all'eventuale risarcimento del danno ed è indipendente da esso.

Un altro gruppo di ipotesi tipiche è invece caratterizzato dalla circostanza che la sanzione civile, anche in questo caso indipendente nei presupposti dell'eventuale

---

<sup>1191</sup> Così SEGRETO-CARRATO, *L'assegno*, Milano, 2001, 711.

<sup>1192</sup> Così DE VESCOVI, *La disciplina sanzionatoria degli assegni bancari. Commento alla legge 15.12.1990, n. 386*, Torino, 1993, 29; SEGRETO-CARRATO, cit., 712; COLLURA, *Aspetti civilistici della nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari e postali (d. legis. 31.12.1999, n. 597)*, in *Ngcc*, 2003, 492; PELLIZZI-PARTESOTTI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, Padova, 2004, 579. V. anche QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, 333 ss. il quale evidenzia come l'indicata previsione sia espressione della tendenza al contrasto di fenomeni antisociali ricorrendo a sanzioni non penalistiche e si pone in stretta connessione con la depenalizzazione. Ricorda che non sempre le sanzioni civili si pongono in alternativa a quelle penali, ma spesso sono complementari e fortemente deterrenti. Si pensi soltanto all'art. 1815, secondo comma, c.c. sulla non debenza degli interessi usurari a cui si accompagna la confisca di un importo di pari ammontare a vantaggio del Tesoro ex art. 644, ultimo comma, c.p. La deterrenza degli illeciti è favorita molto più dalle sanzioni civili perché il privato assume l'iniziativa di avviare il processo ed è incentivato a farlo (così a pagg. 346-347). Lo stesso fenomeno può riscontrarsi per le azioni anti discriminazione.

risarcimento del danno, si cumula con l'obbligazione risarcitoria, ma ne è influenzata in punto di commisurazione.

La pubblicazione illegale di intercettazioni telefoniche ai sensi del primo comma dell'art. 4<sup>1193</sup> d.l. 22 settembre 2006, n. 259 espone l'autore della pubblicazione, il direttore e l'editore della testata giornalistica al pagamento in solido di una sanzione di ammontare fissato *ex lege* (non inferiore a 10.000 euro) in favore della vittima a cui si riferiscono gli atti o i documenti divulgati *contra legem*. Tuttavia, se per gli stessi fatti è promossa l'azione per il risarcimento del danno «*il giudice tiene conto in sede di liquidazione dello stesso, della somma corrisposta ai sensi del comma 1*».

Anche il Regolamento 261/2004/CE attribuisce per i casi di «*negato imbarco a passeggeri non consenzienti*» o di «*cancellazione del volo*» al passeggero non imbarcato il diritto di ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza dell'inadempimento, ma oltre ad esso si riconosce, a prescindere dalla prova del pregiudizio (art. 7) una «compensazione pecuniaria» (da 250 a 600 euro). Se però il passeggero agisce secondo le regole ordinarie, l'art. 12 dispone che la compensazione pecuniaria può essere decurtata dal risarcimento conferendo sul punto un potere discrezionale al giudice.

Non c'è dubbio che nelle fattispecie sinora considerate altro è il regime della obbligazione risarcitoria altro è quello delle ulteriori prestazioni pecuniarie dovute *ex lege*.

Le ipotesi tipiche da considerare d'ora innanzi, invece, presentano profili di maggiore complessità perché caratterizzate da commistioni più o meno intense tra elementi risarcitori e connotati deterrenti e/o sanzionatori.

---

<sup>1193</sup> Se ne riporta il testo integrale;

«1. A titolo di riparazione può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli atti 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 caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro.

2. L'azione può essere proposta da parte di coloro a cui i 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 applica l'articolo 25 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (2).

3. L'azione è esercitata senza pregiudizio di 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 una prima serie fattispecie tipiche l'obbligazione pecuniaria dovuta *ex lege* non può cumularsi a quella risarcitoria.

Il problema si pone in caso di ritardo nell'adempimento con riferimento al rapporto tra obbligazione degli interessi moratori e obbligazione risarcitoria. Non c'è dubbio che qui sussista un collegamento tanto con un inadempimento (ritardo qualificato) *ex art.* 1218 c.c., tanto con un eventuale danno da riparare.

Sembra opportuno sul punto differenziare la disciplina contenuta nel codice civile rispetto a quella dettata nella legislazione speciale.

A ben vedere, il primo comma dell'art. 1224 c.c. – rubricato «danni nelle obbligazioni pecuniarie» - sancisce che in caso di mora e quindi di ritardo qualificato del debitore, siano dovuti al creditore sul capitale gli interessi moratori nella misura del tasso legale, se non previsto da diversa convenzione<sup>1194</sup>, ai sensi dell'art. 1284 c.c. a prescindere dalla prova del danno risarcibile. Si presume *iuris ed de iure*<sup>1195</sup> che l'inadempimento qualificato del debitore (mora) generi un pregiudizio che quindi non va provato, né specularmente il debitore potrebbe eccepire che il danno patito dal creditore sia inferiore alla somma dovuta *ex lege* a titolo di interessi moratori.

---

<sup>1194</sup> In caso di mora, ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, seconda parte, c.c. le parti possono accordarsi per prevedere un tasso di interessi moratorio più elevato di quello legale, ma pur sempre entro i limiti dell'usura come sancito da costante giurisprudenza v. di recente Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442 ove si specifica che la previsione di un saggio degli interessi moratori soprasoglia non sarebbe colpita da nullità *ex art.* 1815, secondo comma, c.c., ma comporta la riduzione del tasso convenzionale degli interessi a quello legale. Cfr. però le riflessioni critiche contenute nella nota a commento di GUIZZI, *La Cassazione e l'usura... per fatto del debitore ("Aberrazioni" giurisprudenziali in tema di interessi di mora e usura)*, in *Corr. giur.*, 2, 2019, 153 ss. Cfr. in precedenza sul tema Cass., 9 gennaio 2013, n. 350; Corte cost., 25 febbraio 2002, Rv. 555031 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 14899 del 17/11/2000, Rv. 541821 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 8442 del 13/06/2002, Rv. 555031 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 5324 del 04/04/2003, Rv. 561894 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 10032 del 25/05/2004; Sez. 3, Sentenza n. 1748 del 25/01/2011; Sez. 3, Sentenza n. 9896 del 15/04/2008 (in motivazione); Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 5598 del 06/03/2017, Rv. 643977 - 01; Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 23192 del 4/10/2017. V. anche (Cass. pen. sez. 2, 21.2.2017 (ud. 31.1.2017), n. 8448. Sulla non cumulabilità di interessi corrispettivi (dovuti su tutto il capitale) e interessi moratori (dovuti sulle singole rate mensili rimaste inadempite) v. recentemente Cass., 28 giugno 2019, n. 17447.

<sup>1195</sup> Il danno da ritardo nell'adempimento obbligazione pecuniaria consiste nella perdita per il creditore di potere investire la somma dovutagli per fini lucrativi. Questo pregiudizio, come ha precisato la giurisprudenza di legittimità, è presunto dal legislatore nell'ammontare minimo non inferiore al saggio legale perché *"non ha bisogno di essere provato il fatto che il denaro è destinato ad essere impiegato nell'acquisto di beni o servizi o comunque in forme remunerative; (...) risponde infatti alla natura della moneta che essa è non solo la misura dei valori ma è strumento di scambio, dotata appunto di valore nella misura in cui viene adoperata a questo scopo"* (Cass., Sez. Un, 16 luglio 2008, n. 19499).

Gli interessi moratori, legali o convenzionali, remunerano sempre un capitale così come gli interessi corrispettivi differiscono soltanto per la fonte (contrattuale/legale) e per la decorrenza (differita ed eventuale per gli interessi moratori e immediata per i crediti liquidi ed esigibili per quelli corrispettivi) così Cass., n. 27442/2018 cit.

In dottrina Cfr. *ex multis* BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 2006, 324 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 221 ss.; INZITARI, voce *Interessi*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, 580; SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, 81; AULETTA, *La prestazione degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1979.; DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 128;

Gli interessi moratori legali, a differenza di quelli corrispettivi *ex art. 1282 c.c.*, decorrono anche se il credito pecuniario è illiquido e, secondo l'orientamento prevalente, assolvono a una funzione risarcitoria costituendo il ristoro, in misura forfettariamente predeterminata e minima, della mancata disponibilità della somma dovuta<sup>1196</sup>. Pertanto la domanda di pagamento degli interessi genericamente formulata non ricomprende anche quelli moratori i quali, a differenza degli interessi corrispettivi e compensativi dovuti *ex lege* in virtù del principio di naturale fecondità del denaro<sup>1197</sup>, presuppongono un ulteriore eventuale e differito inadempimento imputabile del debitore ossia il colpevole ritardo anche in ipotesi di mora *ex lege* del *solvens*<sup>1198</sup>.

Dal punto di vista economico, la distinzione tra interessi moratori e interessi corrispettivi non appare così netta perché nel primo caso l'interesse moratorio può essere concepito come una remunerazione non voluta dal creditore per prolungare l'operazione di finanziamento impostagli dal debitore inadempiente all'obbligo di restituzione<sup>1199</sup>. Nell'uno come nell'altro caso l'interesse sarebbe dovuto sempre per remunerare il creditore della mancata disponibilità di un bene fruttifero come il denaro (convenuto volontariamente per gli interessi corrispettivi e involontariamente per quelli moratori). Dal punto di vista normativo l'indicata assimilazione funzionale non convince; il titolo giuridico dell'attribuzione patrimoniale degli interessi moratori non è costituito dal corrispettivo della somma *prestata* al debitore, bensì dall'inadempimento

---

<sup>1196</sup> Cass., 10 novembre 2009, n. 23744; Cass., 31 luglio 2007, n. 16871; Cass., 18 giugno 2004, n. 11415.; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1834.

Cfr. nella giurisprudenza di merito *ex multis* Trib. Milano, 28 giugno 2019, n. 6362; Trib. Milano del 12.2.2015; Trib. Milano, 22 maggio 2014; Trib. Verona, 9 aprile 2014; Trib. Brescia, 16 gennaio 2014, tutte in *Dejure*.

<sup>1197</sup> Gli interessi compensativi e corrispettivi, si contrappongono agli interessi moratori proprio perché non presuppongono l'inadempimento imputabile del debitore e hanno una funzione remunerativa nel senso che corrispondono al corrispettivo dovuto per il godimento di un bene altrui fruttifero. Tutti sono assoggettati alla stessa disciplina sul tasso legale, sulla forma delle deroghe negoziali e sull'anatocismo. Contrappone la funzione risarcitoria a quella remunerativa degli interessi moratori rispetto a quelli compensativi facendo leva sul diverso titolo della attribuzione patrimoniale in un caso giustificata dall'inadempimento del debitore e nell'altro nel godimento del capitale da parte di un terzo BIANCA, *La responsabilità*, cit., 223 - 224. Tali profili si sovrappongono nei casi di mora *ex re* o automatica.

<sup>1198</sup> Cass. 15 ottobre 2015, n. 20868; Cass., 23 gennaio 2008, n. 1377; Cass., 18 gennaio 2007, n. 1087; Cass., 11 febbraio 2005, n. 2853; Cass., Sez. Lav., 18 agosto 1982, n. 4642;

<sup>1199</sup> La giurisprudenza di legittimità ha avuto cura di specificare che «*la corresponsione degli interessi moratori ha la funzione di tenere indenne il creditore della perduta possibilità di impiegare proficuamente il denaro dovutogli. Gli interessi corrispettivi ex art. 1282 c.c. remunerano un capitale di cui il creditore si è privato volontariamente; quelli moratori ex art. 1224 c.c. remunerano invece un capitale di cui il creditore è rimasto privo involontariamente: ma, tanto gli uni, quanto gli altri, rappresentano – secondo la celebre espressione paretiana – “il fitto del capitale”. Anche gli interessi moratori, pertanto, costituiscono la remunerazione di un capitale, e rientrano nella previsione degli interessi “promessi o dovuti in corrispettivo di una prestazione in denaro»* Così Cass. n. 27442/2018 cui si rinvia per l'ampia motivazione.

L'indicato profilo era già stato messo in evidenza da autorevole dottrina v. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 146 ss.

qualificato e quindi dalla circostanza che il debitore *trattenga* illecitamente una somma che il creditore ha diritto di ottenere. Difatti il primo periodo del primo comma dell'art. 1224 c.c. prevede il pagamento dell'interesse moratorio anche se non sono dovuti in precedenza interessi corrispettivi<sup>1200</sup> sicchè la causa degli uni non è assimilabile a quella degli altri.

Resta fermo che il creditore, in aggiunta a tali interessi comunque dovuti, possa domandare *l'ulteriore danno*<sup>1201</sup> da ritardo<sup>1202</sup> ossia il maggior pregiudizio non ristorato

---

<sup>1200</sup> GUIZZI, cit., 159 ss. il quale ricorda che, diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità in Cass., n. 27442/2018 cit., da un punto di vista storico il superamento del divieto di usura prospettato dalla dottrina canonistica e da quella civilistica medievale facendo riferimento alla distinzione tra interessi corrispettivi (vietati) e moratori (dovuti) non fu giustificato con l'intento di eludere il divieto, ma di distinguere fenomeni ben diversi; altro è l'interesse dovuto per remunerare la dazione di denaro – fisiologicamente –, altro è l'interesse dovuto in conseguenza di un inadempimento all'obbligo di restituzione e quindi per l'illecito trattenimento di un bene giuridico altrui. In questo secondo caso l'interesse moratorio era ammesso proprio per neutralizzare il danno sofferto dal creditore. L'autore richiama sul punto BOARI, *Usura (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1138 ss.

<sup>1201</sup> In caso di mora del debitore e quindi di ritardo colpevole – rispetto ai termini di adempimento che il debitore avrebbe dovuto osservare – nel pagamento delle obbligazioni pecuniarie, non c'è dubbio che il creditore subisca anzitutto un pregiudizio specifico derivante da perdita del potere di acquisto della moneta da computarsi nell'intervallo di tempo che va dalla mora fino alla sentenza di condanna. Il deprezzamento della moneta però non è un evento imputabile al debitore moroso e il creditore subisce un pregiudizio per non avere potuto utilizzare il denaro in modo da evitare gli effetti negativi della svalutazione monetaria (cfr. NICCOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro. it.*, 1946, 45; MASTROPAOLO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. giur.*, XXI, 20; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 231 ss.). Oltre al danno da perdita del potere di acquisto della moneta, il creditore potrebbe patire ulteriori conseguenze negative; ad esempio, la mancata disponibilità del denaro dovutogli potrebbe costringerlo a dovere ricorrere al mercato del credito e in questo senso il creditore subirebbe un danno emergente pari ai maggiori interessi (rispetto a quelli moratori) pagati per reperire durante la mora la somma a titolo di mutuo, così come potrebbe subire un ulteriore danno da lucro cessante allorchè non abbia potuto conseguire un guadagno (più elevato – rispetto agli interessi moratori –) che avrebbe ottenuto investendo fruttuosamente il denaro dovutogli se l'avesse ricevuto per tempo. È chiaro che, da un punto di vista economico, se i tassi degli interessi moratori legali sono più bassi rispetto ai tassi di rendimento degli strumenti finanziari, il debitore è indotto a non adempiere perché potrebbe investire il denaro (durante la mora) e lucrare la differenza tra quanto dovuto a titolo di interessi legali e quanto ottenuto investendo in strumenti finanziari. Per questa ragione, come si vedrà in seguito, il legislatore in attuazione del diritto europeo, ha implementato i tassi di interesse moratori per particolari tipi di rapporti giuridici (transazioni commerciali, subfornitura) in prospettiva dissuasiva e sanzionatoria. Per questa stessa ragione, ad avviso di parte della dottrina, la giurisprudenza della Corte di Cassazione con riferimento alle comuni obbligazioni pecuniarie, preso atto che il tasso di interesse legale è superiore (di regola) alla perdita del potere di acquisto della moneta (come risulta dai tassi ufficiali di aumento dei prezzi al consumo annuali) ma è al contempo inferiore al tasso di rendimento dei più comuni strumenti finanziari (titoli di Stato non superiori a 12 mesi), ha potenziato la funzione deterrente della responsabilità contrattuale semplificando l'onere probatorio per il maggior danno da svalutazione monetaria con riferimento ai debiti di valuta (superando le strettoie delle precedenti Cass. Sez. Un., 4 luglio 1979, n. 3376 e Cass., Sez. Un., 4 aprile 1986, n. 2368).

Il maggior danno *ex art. 1224*, secondo comma, c.c. non coperto dagli interessi legali moratori sempre dovuti, secondo le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19499), in mancanza di discipline particolari dettate da norme speciali, è determinato in via presuntiva nell'eventuale differenza, durante la mora, tra il tasso di rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi, del quale è sufficiente l'allegazione, trattandosi di fatto notorio (Cass., 19 marzo 2018, n. 6684) e il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno *ex art. 1284*, comma 1, c.c. (Cass., 26 febbraio 2015, n. 3954; Cass., 16 febbraio 2015, n. 3029) a condizione naturalmente che il tasso di inflazione non superi l'indicato rendimento (altrimenti occorre considerare il precedente parametro). Così facendo, si è finito per introdurre una sorta di *disgorgment* perché si ha riguardo all'utile minimo che l'autore dell'inadempimento avrebbe lucrato durante la mora (scegliendo di dilazionare l'inadempimento) piuttosto

dagli interessi moratori legali per il quale dovrà fornire apposita prova secondo le regole ordinarie ai sensi del secondo comma dell'art. 1224 c.c.

L'ultima parte del secondo comma dell'art. 1224 c.c. esclude, invece, la risarcibilità del danno ulteriore laddove le parti si siano accordate per la previsione della misura degli interessi moratori trattandosi di una liquidazione preventiva e definitiva del pregiudizio<sup>1203</sup>.

---

sto che alle conseguenze negative prodottesi per il creditore. Cfr. R. PARDOLESI, *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» e il «disgorgement» che non t'aspetti*, in *Foro. it.*, I, 2008, 2789 ss. il quale osserva, peraltro, che lo stesso ragionamento potrebbe svolgersi anche rispettando le tradizionali regole della responsabilità civile; piuttosto che far riferimento al profitto illecito del debitore, occorre considerare il danno che il creditore ha subito per non avere potuto conseguire un utile economico minimo che avrebbe ottenuto se avesse potuto disporre tempestivamente della somma.

Per ottenere il risarcimento di un danno superiore a quello di cui sopra, il creditore ha l'onere di darne specifica dimostrazione (anche in via presuntiva).

Ad esempio se si tratta di un imprenditore, di avere fatto ricorso al credito bancario sostenendone i relativi interessi passivi; ovvero — attraverso la produzione dei bilanci — quale fosse la produttività della propria impresa, per le somme in essa investite; il debitore, invece, avrà l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni semplici, che il creditore, in caso di tempestivo adempimento, non avrebbe potuto impiegare il denaro dovutogli in forme di investimento che gli avrebbero garantito un rendimento superiore al saggio legale (Cass., Sez. Un., n. 19499/2008 cit.).

Sul piano processuale, il creditore di un'obbligazione di valuta che intenda ottenere il ristoro del pregiudizio da svalutazione monetaria ha l'onere di domandare il risarcimento del maggior danno e non può limitarsi a domandare semplicemente la condanna del debitore al pagamento del capitale e della rivalutazione, non essendo quest'ultima una conseguenza automatica del ritardato adempimento delle obbligazioni di valuta (Cass., Sez. Un., 23 marzo 2015, n. 5743). In caso di risoluzione per inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive l'obbligo restitutorio relativo all'originaria prestazione pecuniaria, ha natura di debito di valuta, come tale non soggetto a rivalutazione monetaria, se non nei termini del maggior danno — da provarsi dal creditore — rispetto a quello soddisfatto dagli interessi legali (Cass., 4 giugno 2018, n. 14289).

<sup>1202</sup> Sotto questo profilo il codice civile vigente ha adottato una disciplina diversa da quella contenuta nel Codice Codacci – Pisanelli il cui art. 1231 disponeva «*In mancanza di patto speciale, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, i danni derivanti dal ritardo nell'eseguirle, consistono sempre nel pagamento degli interessi legali, salve le regole particolari al commercio, alla fideiussione, ed alla società.*

*Questi danni sono dovuti dal giorno della mora, senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcuna perdita».*

<sup>1203</sup> Per l'opinione tradizionale si tratta di una vera e propria clausola penale con la quale le parti hanno predefinito il maggior danno nella misura in cui hanno pattuito un superiore tasso di interesse rispetto a quello corrispettivo, altrimenti dovuto per il danno presunto da mancata disponibilità del denaro e quindi di quanto il creditore avrebbe potuto ottenere reimpiegando sul mercato ciò che gli era dovuto alla scadenza dal debitore. Anche in questo caso la funzione del tasso di interesse moratorio convenzionale è risarcitoria perché fino alla concorrenza di quello corrispettivo ristora il danno da mancata possibilità del reimpiego del denaro in altre operazioni e per l'eccedenza costituisce liquidazione convenzionale e forfettaria del maggior danno. Solo tale maggiorazione (il differenziale) potrebbe essere iniqua ed eventualmente riducibile anche d'ufficio ex art. 1384 c.c., ma non al di sotto del tasso di interesse corrispettivo ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c. In tal senso GUIZZI, cit., 160 ss. In precedenza autorevolmente v. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie* *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA – BRANCA, cit., 564; LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 129; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 54; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 240 secondo cui l'irrisarcibilità del danno ulteriore poggia su una previsione convenzionale del danno e dunque non si applica se la misura degli interessi moratori deriva da una specifica previsione normativa a meno che questa sancisca l'espressa esclusione del danno ulteriore.

Il secondo periodo del secondo comma dell'art. 1224 c.c. in esame, inoltre, va distinto rispetto al secondo periodo del primo comma dell'art. 1224 c.c. ove si stabilisce che la misura degli interessi moratori è pari a quella degli interessi legali se, prima della mora, le parti avevano previsto un tasso di interesse



Si può notare, a differenza delle ipotesi in precedenza considerate, che il cumulo tra interessi moratori legali e ulteriore danno da ritardo nella disciplina codicistica e la esclusione della risarcibilità del danno ulteriore in ipotesi di interessi moratori convenzionali rispondono pur sempre ad una logica riparatoria e quindi al principio della riparazione integrale del danno risarcibile sicchè si è fuori dall'orbita delle sanzioni civili; in un'economia di mercato, la mancata disponibilità del denaro fa sì che già si produca un pregiudizio al creditore per il mancato godimento di un bene fruttifero diverso da quelli ulteriori che potrebbe sopportare dal tardivo adempimento<sup>1204</sup>. Del resto, anche topograficamente, la disciplina del risarcimento del danno da ritardo è contenute nell'art. 1224 c.c. che rientra tra le regole del risarcimento per inadempimento<sup>1205</sup>.

Il discorso muta nella disciplina relativa ai ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali, nei rapporti di subfornitura e nelle relazioni commerciali relative a prodotti agroalimentari.

Il terzo comma dell'art. 3 L. n. 192/1998 cit. prevede che l'inosservanza del termine di pagamento obbliga il committente verso il subfornitore al pagamento di un interesse moratorio automatico, salva la prova dell'ulteriore danno – da risarcire secondo le regole ordinarie –. In questo caso, però, il tasso legale di interesse moratorio è notevolmente maggiorato rispetto a quello codicistico<sup>1206</sup> e va ben oltre la richiamata esigenza di fornire ristoro del pregiudizio (minimo e presunto *ex lege*) derivante dal trattenimento illecito di un bene fruttifero altrui da parte del debitore moroso ai sensi dell'art. 1224, primo comma, c.c. Pare evidente, difatti, che se il debitore avesse adempiuto esattamente la propria obbligazione, il creditore con la disponibilità della somma dovuta non avrebbe certo tratto un guadagno pari a quel tasso di interesse moratorio, ma certamente più basso – considerato l'andamento del tasso degli interessi legali –.

L'innalzamento del tasso di interesse di mora di ben otto punti percentuali introdotto dal D.lgs. n. 192/2012 rispetto a quello legale altrimenti dovuto previsto per le

---

superiore a quello legale. In quest'ultima ipotesi gli interessi moratori rimangono pur sempre legali e il creditore conserva il diritto di domandare il risarcimento del danno ulteriore (così BIANCA, cit., 240).

<sup>1204</sup> Per tutti ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA – BRANCA, cit., 581; GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, cit., 50.

<sup>1205</sup> Anche storicamente interessi corrispettivi, moratori e mutuo sono pur sempre legati al principio della remunerazione per il godimento di un bene altrui fruttifero. Il soggetto su cui grava la prestazione pecuniaria è tenuto a pagare il valore di tale godimento, salvo che dia prova di aver subito ulteriori danni risarcibili.

<sup>1206</sup> Si tratta del tasso di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE, maggiorato di otto punti percentuali e le parti potrebbero anche modificare in aumento, ma non in diminuzione l'indicato parametro.

transazioni commerciali (ex artt. 1 e 2 d.lgs. n. 231/2002 cit. alle scadenze ivi previste) esteso anche ai rapporti di subfornitura sulla scia delle Direttive Europee succedutesi nel tempo (Direttiva 2000/35/CE e 2011/7/UE)<sup>1207</sup>, finisce per cumulare alla tradizionale funzione risarcitoria degli interessi moratori anche una funzione marcatamente compulsoria e sanzionatoria per scongiurare il ritardo nell'adempimento<sup>1208</sup>; funzione, ancor più marcata, nella disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari per limitare la disparità di potere delle grandi multinazionali rispetto ai piccoli agricoltori (v. art. 62, comma 3, D.l. 24 gennaio 2012, n. 1).

Questa stessa funzione preventiva e sanzionatoria connaturata alla obbligazione degli interessi moratori è stata introdotta anche nel codice civile per effetto dell'art. 17 del d.lgs. 12 settembre 2014, n. 132 (*Misure per il contrasto del ritardo nei pagamenti*). La disposizione da ultimo citata ha inserito nell'art. 1284 c.c. i commi 4 e 5 in forza dei quali ove le parti non abbiano previsto diversamente e l'inadempimento del debitore perduri al punto che il creditore si veda costretto ad agire in giudizio ovvero a proporre domanda arbitrale, troveranno applicazione, anche per le comuni obbligazioni pecuniarie, i tassi di interesse più elevati previsti per il ritardo nelle transazioni commerciali di cui al d.lgs. n. 231/2002 cit. La disposizione in esame, per un verso, scoraggia il debitore dal protrarre l'inadempimento e, per l'altro, non penalizza il creditore che debba attendere l'esito del processo per ottenere il riconoscimento delle

---

<sup>1207</sup> Questi profili emergono chiaramente già nella Raccomandazione della Commissione UE 12 maggio 1995 (GUCE C. 144) secondo cui: «*il sistema delle sanzioni per i ritardi di pagamento negli Stati membri deve essere tale da potere, da un lato, scoraggiare i ritardi di pagamento e, dall'altro, risarcire integralmente delle spese sostenute i creditori*». L'obiettivo perseguito a livello europeo è stato quello di dettare una disciplina uniforme in tutti gli Stati membri che potesse scongiurare (con misure dissuasive) i ritardi nei pagamenti e quindi favorire l'esatto adempimento soprattutto a vantaggio delle piccole e medie imprese (si consideri l'ultima Direttiva 2011/7/UE). Il Considerando n. 7 della Direttiva 2000/35/CE poneva in evidenza come i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali creasse potenzialmente rischi per la stabilità finanziaria delle imprese creditrici – soprattutto di piccola e media dimensione –, mentre il Considerando n. 16 indicava che i bassi tassi di interessi moratori e la complessità e lentezza dei processi per il recupero dei crediti costituissero fattori che inducevano il debitore a non adempiere tempestivamente in danno del creditore. Negli stessi termini i Considerando n. 3 e n. 12 della Direttiva 2011/7/UE (cfr. anche i Considerando nn. 19, 20 e 21).

La Direttiva 2011/7/UE, preso atto della grave crisi di liquidità a cui vanno incontro in particolare le piccole e medie imprese seguita alla crisi economica degli ultimi anni, ha inteso implementare ulteriormente le misure in esame soprattutto nei rapporti con la PA.

<sup>1208</sup> Anche in materia di transazioni commerciali sono ammessi anche patti che aumentino ulteriormente il tasso di interesse entro il limite della grave iniquità (solo tra imprese e non nei rapporti con la PA ex art. 5 d.lgs. n. 231/2002).

Per la natura sanzionatoria della disciplina in esame cfr. diffusamente DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Napoli, 2010, 228 ss. *Contra* PIRANO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, in *I ritardi nei pagamenti* a cura di BENEDETTI-PAGLIANTINI, Milano, 2016, 144 ss. per il quale invece proprio perché le parti possono concordare una misura diversa da quella legale, tali interessi non avrebbero natura punitiva.

proprie pretese<sup>1209</sup>. Non c'è dubbio però che anche in tal caso il tasso di interesse sia implementato *ex lege* rispetto alla tradizionale funzione riparatoria che lo connota.

Strettamente connessa alla potestà punitiva dei privati<sup>1210</sup> e ai rapporti con la disciplina del risarcimento è la disciplina della clausola penale di cui agli artt. 1382-1384 c.c.

Ai sensi dell'art. 1382 c.c. la penale si fonda su un atto di autonomia privata, una «convenzione»<sup>1211</sup> - cui si affiancano diverse ipotesi di penali di fonte legale - in forza della quale le parti si accordano nel prevedere «una determinata prestazione» per il caso d'inadempimento o ritardo nell'adempimento con «l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa». L'indicata prestazione, che non necessariamente si sostanzia nel pagamento di una somma di denaro<sup>1212</sup>, è sempre dovuta «indipendentemente dalla prova del danno». Le parti, però, possono accordarsi nel consentire il risarcimento del «danno ulteriore» che seguirà le regole ordinarie.

---

<sup>1209</sup> La nuova disciplina trova applicazione per i procedimenti iniziati a partire dall'11 dicembre 2014.

<sup>1210</sup> MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, cit., 236 ss.; cfr. anche ID, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Milano, 1999; ID, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 3, 2016, 548 ss. Per l'autore sussistono alcuni indici normativi da cui si evince che l'ordinamento permetta all'autonomia privata di potere sanzionare determinate condotte: la clausola penale, le sanzioni endoassociative, le sanzioni nel rapporto di lavoro e la decadenza contrattuale. È chiaro però che in questi casi l'ordinamento riserva un controllo all'atto di autonomia privata (riducibilità anche officiosa della penale, impugnazione della delibera di esclusione e della sanzione disciplinare, nullità della decadenza contrattuale che renda eccessivamente difficile l'esercizio di un diritto).

<sup>1211</sup> Secondo l'orientamento prevalente la penale è contenuta in un patto accessorio come si evince dal dato testuale dell'art. 1383 c.c. ove si fa riferimento alla prestazione *principale*, dell'art. 1384 c.c. ove il legislatore discorre di *obbligazione principale*, nonché dell'art. 1382 c.c. ove viene utilizzato il termine *contraenti* cfr. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. e comm.*, Milano, 1968, 209; MAZZAGÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 190; DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, 409; CITARELLA, *La penale esigua e l'equità del contratto*, Napoli, 2016, 4.

Vi è però anche un altro indirizzo interpretativo che riconosce a tale convenzione natura di negozio autonomo collegato rispetto alla fonte dell'obbligazione principale. Cfr. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 19; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 3 - 66; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 649.

In giurisprudenza v. di recente Cass., 24 agosto 2018, n. 10046, secondo la quale «alla clausola penale deve essere riconosciuta una propria causa, distinta da quella del contratto cui afferisce, con la conseguenza che essa non può essere equiparata a qualsiasi altra clausola del contratto principale, ma assume, anche secondo gli indirizzi dottrinali maggiormente convincenti, una sua rilevanza contrattuale autonoma, anche se collegata e complementare al contratto nel cui contesto si inserisce (v. Cass. n. 2036/1960 e Cass. n. 486/1964), la cui eventuale invalidità ed inefficacia travolge anche la clausola penale. L'autonomia della clausola penale rispetto al contratto cui aderisce rende, perciò, pacificamente ammissibile una sua pattuizione per le obbligazioni contrattuali e, quindi, anche con riferimento alla conclusione dei contratti da cui scaturisce la costituzione di diritti reali, con la possibilità che ove la causa giustificatrice persista, come nella specie - l'efficacia della stessa si trasmette anche a vantaggio degli aventi causa della parte a cui favore era stata originariamente approntata sull'accordo delle parti nella successiva circolazione del bene a cui afferisce il diritto reale costituito a mezzo convenzione assistita dalla garanzia dell'operatività della suddetta clausola».

<sup>1212</sup> Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 927 nel senso che può consistere nel trasferimento di un diritto, oppure anche in altre prestazioni di fare, non fare o di liberazione di un debito. Va però rilevato che la penale con effetti reali potrebbe ricadere nel divieto del patto commissorio *ex art.* 2744 c.c. MARINI, cit., 126 *contra* però DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998, 78; osserva FIORAMONTI, *La clausola penale*, in *Clausole negoziali*, cit., 820 che occorre ricostruire la causa concreta del patto onde appurare se vi fosse un reale intento elusivo.

Il riferimento normativo, sul piano degli effetti giuridici, tanto al risarcimento da un lato, quanto alla doverosità della prestazione convenuta indipendentemente dal profilo del danno risarcibile<sup>1213</sup>, ha indotto la dottrina a ricostruire in termini molto differenti la/e funzione/i dell'istituto<sup>1214</sup>.

Un primo orientamento<sup>1215</sup> ravvisa la natura sanzionatoria della penale, seppure con diverse declinazioni, nella circostanza che la prestazione concordata dalle parti è dovuta

---

<sup>1213</sup> Il debitore non potrebbe esonerarsi dall' eseguire prestazione dovuta a titolo di penale provando che il creditore non abbia subito alcun danno dal suo inadempimento o ritardo. Il riferimento alla doverosità della prestazione indipendentemente alla *prova* del danno, ha natura sostanziale e non solo probatoria così DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di RESCIGNO, Torino, 2002, 408; ROPPO, op. ult. cit., 928.

<sup>1214</sup> Già nel previgente Codice Codacci – Pisanelli del 1865 si riscontrava tale duplicità di riferimenti normativi: nell'art. 1209 c.c. si prevedeva che «*la clausola penale è quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un' obbligazione si obbliga a dare qualcosa nel caso che non adempia o ne ritardi l'esecuzione*» e il successivo art. 1212 c.c. sanciva che «*la clausola penale è la compensazione dei danni che il creditore soffre per l'inadempimento della obbligazione principale*».

Sotto l'influenza francese la dottrina del tempo era portata a valorizzare la natura unicamente risarcitoria della clausola penale quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno*, cit., 495; PIOLA, voce *clausola penale*, in *Dig. it.*, VII, Torino 1929, 634; per la teoria della garanzia dell'adempimento cfr. COVIELLO JR., *Clausola penale e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1933, I, 1627.

<sup>1215</sup> Per TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 107 ss. bisognerebbe distinguere la penale pura che ha funzione esclusivamente punitiva perché le parti si limitano a sanzionare l'inosservanza di un comportamento dovuto senza contemplare in alcun modo il profilo risarcitorio – sicché alla prima può sommarsi il risarcimento integrale – dalla penale spuria che ha funzione punitiva e riparatoria perché contempla il risarcimento limitandolo, salvo il danno ulteriore.

Si osserva che il carattere sanzionatorio può evincersi dalla circostanza che rispetto all'art. 1212, primo comma, c.c. del 1865, nell'art. 1382 c.c. non v'è più riferimento alla *compensazione dei danni*, bensì all'irrelevanza del pregiudizio ai fini della debenza della prestazione dovuta a titolo di penale. Inoltre non si può discorrere di liquidazione preventiva di un danno che si prefigura solo eventuale e incerto.

Per MARINI, *La clausola penale*, cit., 20 ss. il coordinamento tra il primo e il secondo comma dell'art. 1382 c.c. va ravvisato nell'alternatività tra la sanzione del risarcimento e la sanzione della penale. Il termine *limitare* il risarcimento andrebbe inteso come esclusione del risarcimento. Osserva l'autore, infatti, che di limitazione del risarcimento potrebbe discorrersi soltanto se le parti abbiano previsto una prestazione a titolo di penale di ammontare inferiore al danno risarcibile, ma certamente analoga situazione non si può verificare se invece tale prestazione fosse di ammontare superiore ad esso. Ne deriva che l'effetto limitativo del risarcimento *alla prestazione promessa*, sta semplicemente a significare che, ove le parti non abbiano convenuto il risarcimento del danno ulteriore, è precluso ricorrere alle regole risarcitorie ordinarie e che quindi la penale costituisce una alternativa ad esse (v. anche ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 100). La previsione della penale esclude, in altri termini, l'insorgenza della diversa obbligazione risarcitoria per le ipotesi contemplate nel patto. Le parti determinerebbero convenzionalmente, prima che si sia verificato l'inadempimento o il ritardo, l'ammontare della sanzione a differenza del risarcimento del danno che è determinato dal giudice secondo le regole civilistiche e dopo l'essersi verificato il pregiudizio risarcibile.

Dunque le conseguenze dell'inadempimento sono già cristallizzate *ex ante* dalla penale a meno che non sia stata stipulata per il solo ritardo (ove è ammesso il cumulo con il risarcimento) o il creditore agisca in giudizio per ottenere la condanna del debitore all'adempimento in forma specifica.

Per MAZZAGÙ, voce *Clausola penale*, cit., 189, la penale costituirebbe sempre una sanzione diversa dal risarcimento del danno al punto da ritenere che abbia natura di pena privata.

Di pena privata con funzione preventiva e sanzionatoria laddove la prima si misura nella coercizione all'adempimento e la seconda nella punizione del trasgressore, nonché nella possibilità che la penale ecceda il danno risarcibile v. MOSCATI, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 778; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 33 ss.; MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 235 ss.; PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., 1 ss.; TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002, 42. Si osserva inoltre che il potere di riconduzione ad equità della clausola penale di cui all'art. 1384 c.c. non è incompatibile con la natura sanzionatoria della clausola stessa poiché il

a prescindere dalla esistenza del danno per il semplice fatto dell'inadempimento e/o del ritardo (fatto sanzionato purchè imputabile al debitore). Anche se non ricorrono i presupposti per accogliere la domanda risarcitoria per l'inadempimento o il ritardo, il giudice per quello stesso fatto specificamente contemplato nella clausola, dovrebbe comunque condannare il debitore alla prestazione convenuta rimanendo del tutto irrilevanti l'inesistenza del pregiudizio o circostanze volte a delimitarlo (anche se provate dal debitore ad es. *ex art. 1227 c.c.*); il risarcimento del danno contrattuale postula che si sia già verificato l'inadempimento e un danno da riparare *ex post* secondo le regole codicistiche, mentre nella penale le parti definiscono *ex ante* le conseguenze di un inadempimento futuro ed eventuale prescindendo dalla esistenza del pregiudizio<sup>1216</sup>. Parimenti, la non essenzialità della funzione risarcitoria sarebbe confermata dal fatto che le parti possano dirigere la prestazione dovuta a titolo di penale, non già a favore del creditore che abbia subito un danno, ma di terzi ad es. per scopi benefici<sup>1217</sup> - i quali beneficerebbero di una liberalità –.

Inoltre, la riducibilità della penale ai sensi dell'art. 1384 c.c. non è parametrata all'entità del danno subito dal creditore, ma all'interesse che costui aveva all'adempimento e, dunque, al principio di proporzionalità tra sanzione e trasgressione<sup>1218</sup>.

Per opposto indirizzo la penale avrebbe natura esclusivamente risarcitoria. Sarebbe proprio il primo comma dell'art. 1382 c.c. a disporre che l'indicata clausola non possa essere avulsa totalmente dal risarcimento di un danno, come confermato dalla stessa Relazione al c.c. (n. 632)<sup>1219</sup>; il legislatore ha previsto che le parti possano operare una

---

suo esercizio non è parametrato all'esatto ammontare del pregiudizio sofferto dal creditore. Per GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, 250, la penale sarebbe una pena privata solo nel caso in cui l'inadempimento produca un danno non patrimoniale.

Cfr. anche MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da SCHLESINGER, Milano, 1999, 181 ss. per il quale la penale potrebbe assumere, in alternativa, funzione esclusivamente risarcitoria o sanzionatoria.

Per altri autori la previsione della penale si giustifica per garantire effettività all'obbligazione contrattuale mediante una sanzione laddove sia estremamente difficile o impossibile provare un danno conseguente all'inadempimento secondo le regole ordinarie (si pensi alle violazioni dei patti parasociali, ma anche agli statuti delle associazioni per fatti che non producono danni patrimoniali) e allo scopo di evitare che la violazione sia priva di conseguenze civilistiche cfr. GALGANO, *Il contratto*, 166.

Per la tesi secondo cui la penale abbia sia una funzione indennitaria che sanzionatoria v. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, 480. Di prevalente funzione sanzionatoria discorre ZOPPINI, *La pena contrattuale*, 160.

<sup>1216</sup> MARINI, cit., 11 ss. Cfr. anche Cass., 21 maggio 2001, n. 6927; Cass., 22 settembre 2011, n. 19358.

<sup>1217</sup> ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in *Trattato della responsabilità civile* (a cura di VISENTINI), Milano, 2009, 529.

<sup>1218</sup> GALGANO, cit., 165; MARINI, cit., 140; ZOPPINI, cit., 254.

<sup>1219</sup> La Relazione al c.c. n. 632 chiarisce che «Il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 c.c. è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale. Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 c.c. del 1865,

limitazione pattizia del danno risarcibile e, come effetto naturale del negozio, derogare al principio della integralità del risarcimento – dato che, ove intendano ottenere il risarcimento del danno ulteriore, occorre una espressa pattuizione –. L'esclusione *ex lege* del risarcimento integrale e la eventuale previsione negoziale del solo risarcimento del «*danno ulteriore*», dimostrano che la penale partecipa della stessa natura riparatoria altrimenti si verificherebbe un cumulo di prestazioni con lo stesso titolo. Se invece fosse stata una sanzione civile, ben si sarebbe potuto ammettere il cumulo (tra risarcimento e penale, avendo causa diversa). Il che peraltro risponde a uno specifico interesse dei contraenti. Sostanzandosi in un patto con il quale determinano in via preventiva e forfettaria il danno da ritardo o inadempimento, le parti prevengono possibili contestazioni sull'esistenza e l'ammontare del pregiudizio rendendone certa la misura *ex ante* ed evitando i tempi e costi del processo per il relativo accertamento<sup>1220</sup>.

---

*perché tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno, di cui la clausola agevola l'esecuzione: l'agevola evitando la prova del danno (art. 1382, secondo comma). Il risarcimento del danno superiore all'importo della pena è consentito (se le parti lo hanno convenuto), per un avvicinamento al sistema romanistico che, com'è noto, era contrario alla disposizione dell'art. 1230, secondo comma, cod. civ. del 1865. La penale non può esaurire sempre l'importo dei danni, perché talvolta le parti non hanno, al momento del contratto, una nozione esatta della lesione patrimoniale che potrà derivare dall'inadempimento. Se la pena fosse considerata limite legale del risarcimento, si sarebbe frustrato l'accennato scopo di indiretta coazione che essa spiega: e infatti, quando l'importo della pena fosse inferiore al danno da risarcire, il debitore non avrebbe in essa uno stimolo ad adempiere. Si è conferito al giudice il potere di ridurre la penale eccessiva, ossia sproporzionata all'interesse che ha il creditore all'adempimento (art. 1384 del cod. civ.). Tale disposizione, fondata sull'equità, mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario (cfr. anche l'art. 1526 del cod. civ., secondo comma)».* Contra, sulla non univocità della Relazione cit. ai fini della esclusione della potestà punitiva dei privati v. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 237-238 secondo il quale il legislatore, come in altre disposizioni codicistiche (art.1526, secondo comma, c.c. e 1934, ultimo comma, c.c.) ha inteso non già vietare ai privati di definire la tipologia e misura della prestazione dovuta per il caso di inadempimento o ritardo, bensì evitare soltanto il rischio di una penale esorbitante. È proprio la circostanza che la penale non sia nulla, ma solo riducibile a dimostrare la valutazione di liceità e meritevolezza operata *ex ante* dal legislatore. Ove però le parti, nell'esercizio della propria autonomia privata, modulino la disciplina del patto per perseguire ulteriori interessi oltre al semplice rafforzamento dell'interesse del creditore all'adempimento, ne occorre saggiare la meritevolezza come per tutti gli altri atti negoziali (ad. es. sarebbe nulla ove si intendesse sanzionare con la penale la violazione del patto di non alienare di cui all' artt. 1379 c.c.; allo stesso modo si fuoriesce dallo schema tipico della penale ove le parti prevedano la debenza della prestazione anche in assenza di imputabilità del ritardo o dell'inadempimento al debitore poichè questi assume il rischio del fatto oggettivo del ritardo o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione).

<sup>1220</sup> Cfr., *ex multis*, MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., 131; DE CUPIS, *Il danno*, cit., 524; ID, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, 236; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1985, 656; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 245 ss. Il patto ha proprio ad oggetto la prestazione risarcitoria di cui le parti hanno determinato la misura – per questo non è necessario provare il pregiudizio – e la prestazione dovuta costituisce un debito di valuta. Il corollario di questa tesi è che il debitore potrebbe dimostrare che dall'inadempimento non sia derivato alcun pregiudizio per il creditore sicchè la penale non sarebbe dovuta.

Così argomentando si finisce per vincolare indissolubilmente la penale al danno e confinare all'atipicità il patto che preveda la penale senza danno. In tal caso per saggiarne la validità occorrerebbe compiere un giudizio di liceità e di meritevolezza così P.PERLINGIERI, *Sub Artt. 1382-1384*, in *Codice civile commentato*, Napoli, 2010, 876.

La causa della attribuzione patrimoniale in discorso sarebbe costituita sempre dalla esigenza di riparare un danno e il correlato divieto di ingiustificato arricchimento spiegherebbero perché l'art. 1383 c.c. vieta il cumulo tra penale e prestazione originaria dovuta – salvo che la penale sia convenuta per il semplice ritardo<sup>1221</sup> – e il potere giudiziale di riduzione secondo equità ex art. 1384 c.c. Quest'ultimo troverebbe fondamento nella esigenza di ordine pubblico di sindacare i limiti dell'autonomia privata ove conducano ad abusi di una parte in danno dell'altra sicchè la pena contrattuale non può presentarsi manifestamente eccessiva rispetto all'interesse del creditore all'adempimento al momento della stipulazione<sup>1222</sup> e al conseguente danno prevedibile (per l'inadempimento) tramutandosi altrimenti in una pena sproporzionata. Al contempo sarebbe nulla, allorchè si sostanzia nell'elusione dell'art. 1229 c.c., la penale di misura manifestamente irrisoria<sup>1223</sup> (sempre rispetto all'interesse del creditore

---

Critica la funzione afflittiva RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010, 83 ss. secondo il quale la penale avrebbe efficacia novativa della obbligazione risarcitoria, ma quest'ultima non potrebbe estinguersi ed essere sostituita dalla prima se prima non si sono verificati i presupposti del risarcimento. Anche in questo caso, dunque, si innesca un nesso indissolubile con il danno e l'efficacia della penale è subordinata al prodursi del danno risarcibile (così pp. 149 ss).

<sup>1221</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., 253 - 254.

L'art. 1383 c.c. vieta al creditore di esigere la prestazione principale e la penale prevista per l'inadempimento perchè quest'ultima costituisce liquidazione preventiva di un risarcimento che deriverebbe dalla futura inadempienza del debitore sicchè la penale non potrebbe cumularsi con l'esecuzione della stessa prestazione dovuta (la quale eliminerebbe l'inadempienza e il conseguente danno patito dal creditore). Se invece la causa della penale fosse diversa da quella riparatoria - del danno legato alla lesione dell'interesse del creditore ad ottenere l'originaria prestazione dovuta - e si sostanziasse in una sanzione civile punitiva, ben si potrebbe ammettere il cumulo della richiesta della penale (sanzione) con la condanna alla prestazione principale.

La giurisprudenza di legittimità ha precisato che se, le parti si sono accordate per prevedere due distinte penali una per il ritardo (volta a tutelare l'interesse all'adempimento tempestivo) e una per l'inadempimento (l'interesse a evitare il danno ulteriore), allora le due pretese del creditore sono cumulabili. Allo stesso modo se le parti hanno previsto una penale per il solo ritardo è ammesso il risarcimento del danno ulteriore domandato in giudizio secondo le regole ordinarie (allorchè l'inadempimento sia poi divenuto definitivo), ma nella liquidazione del pregiudizio derivante dall'inadempimento, il giudice deve evitare duplicazioni risarcitorie scomputando dal risarcimento voci e circostanze riguardanti il periodo coperto dalla penale (pattuita per il solo ritardo) cfr. Cass., 28 febbraio 1986, n. 1300.

<sup>1222</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., 255. *Contra* ROPPO, op. ult. cit., 931 per il quale il potere di riduzione dell'ammontare della penale concordata dalle parti va parametrato all'interesse del creditore alla prestazione (e non al danno sofferto), ma non con riferimento a un dato temporale (il momento della stipulazione o quello della decisione), bensì contenutistico. L'autore rileva, infatti, che potrebbero sussistere interessi al momento della stipulazione irrilevanti perché motivi individuali e, per converso, interessi oggettivamente rilevanti anche emersi successivamente.

<sup>1223</sup> La giurisprudenza di legittimità ha specificato sul punto che «l'intento elusivo non può essere desunto dal raffronto tra la misura della penale e l'entità del danno poi, in concreto, verificatosi, ma (dovendosi ricostruire, *in parte qua*, la volontà dei contraenti con riguardo al suo momento genetico) tra la misura della penale e l'entità presumibile dell'eventuale, futuro danno da risarcire, ricostruibile secondo una prognosi *ex post*» Cass., 28 luglio 1997, n. 7061; in precedenza cfr. anche Cass., 3 dicembre 1993, n. 12013; lo stesso principio di diritto è formulato con riferimento alla clausola che fissa il tasso di interessi moratori sotto quella legale da Cass., 2 giugno 1992, n. 6716.

Se la penale è manifestamente esigua vuol dire che si tratta dell'ipotesi speculare a quella contemplata dall'art. 1384 c.c. ossia che, avuto riguardo all'interesse del creditore all'ottenimento della prestazione principale, essa risulti priva di efficacia sanzionatoria ove le si riconosca prevalente o esclusiva funzione

all'adempimento) giacché implicherebbe l'esonero da qualunque responsabilità del debitore inadempiente che è vietato in caso di dolo o colpa grave<sup>1224</sup>. La limitazione del diritto al risarcimento sarebbe altresì nulla ove implicasse la violazione di principi di ordine pubblico quali quelli attinenti alla lesione dei diritti fondamentali della persona<sup>1225</sup>.

L'ammissibilità di un potere punitivo di natura negoziale, inoltre, potrebbe comportare la violazione del principio di eguaglianza delle parti nei rapporti tra privati<sup>1226</sup> e richiederebbe, ove ammesso, l'osservanza di specifiche garanzie mutate dalla sanzione criminale; l'individuazione precisa della fattispecie sanzionatoria, il divieto di concorso con il risarcimento e l'impossibilità per il creditore di determinarne l'ammontare<sup>1227</sup>.

Si è obiettato, tuttavia, che le garanzie da ultimo indicate sono connaturate alla funzione general-preventiva di una fattispecie sanzionatoria tipicamente penalistica, mentre la clausola penale incide, come tutti gli atti di autonomia privata, su interessi disponibili delle parti nell'ambito di un rapporto giuridico bilaterale o plurilaterale<sup>1228</sup>; il principio di eguaglianza, semmai, pone un problema di fonte della sanzione nel senso che il potere punitivo dei privati è ammesso se la sanzione è accettata dal destinatario consapevolmente e liberamente (in forza di un accordo, dell'adozione del metodo assembleare o di accettazione dell'eredità-mancata rinuncia al legato)<sup>1229</sup>; ad essere

---

afflittiva oppure priva di adeguata funzione riparatoria del pregiudizio che *ex ante* le parti hanno determinato e limitato in conseguenza dell'ipotetico ritardo o mancato adempimento.

Sulla penale manifestamente esigua v. diffusamente CITARELLA, cit., 122 ss. la quale osserva che il problema si pone non già per le penali manifestamente irrisorie perché esse sarebbero già invalide poiché verosimilmente clausole in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c. oppure perché potrebbero rappresentare una clausola che si presume vessatoria (art. 33, secondo comma, lett. f), c. cons.) nei contratti tra consumatore e professionista e quindi nulla *ex art.* 36 c. cons. o tra professionisti potrebbero integrare gli estremi di una clausola vessatoria inefficace laddove limitativa della possibilità di opporre eccezioni (come l'inesistenza del danno risarcibile da parte del debitore) *ex art.* 1341, comma 2, c.c., bensì nelle altre ipotesi in cui la pattuizione in esame sia perfettamente valida, ma sproporzionata rispetto all'equilibrio delle prestazioni tale da richiedere un eventuale adeguamento con maggiorazione. L'intervento giudiziale correttivo in aumento, non previsto dal legislatore italiano a differenza di quello francese, dovrebbe rispondere all'esigenza di garantire pari equità e solidarietà tanto in riferimento alla posizione del debitore, quanto a quella del creditore completando il riferimento all'equità contenuto nell'art. 1384 c.c. anche in considerazione del principio di proporzionalità avente fondamento costituzionale e di diretta applicazione cfr. anche PIGNALOSA, op. ult. cit., 1413 per ulteriori riferimenti.

<sup>1224</sup> Secondo BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1130 ss. anche in caso di colpa lieve potrebbe reputarsi nulla la clausola che contempli una penale manifestamente irrisoria per violazione del principio di ordine pubblico che impedisce la rinuncia preventiva al risarcimento.

<sup>1225</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., 259. Cfr. anche MARINI, *La clausola penale*, 119.

<sup>1226</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., 249-250.

<sup>1227</sup> MARINI, *La clausola penale*, cit., 7 ss.

<sup>1228</sup> MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 511 ss.; ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, cit., 530.

<sup>1229</sup> Cfr. MOSCATI, op. ult. cit., 511 ss.



vietate, fuori dai casi previsti dalla legge, sono solo le pene unilaterali<sup>1230</sup> (che possono essere solo tipiche) e probabilmente quelle non suscettibili di valutazione economica ex art. 1174 c.c. (si pensi alla pubblicazione del nominativo dell'associato che non paghi le quote dovute)<sup>1231</sup>.

Per altri autori il tentativo di spiegare in chiave unitaria l'istituto non è condivisibile sicchè la disciplina della penale sarebbe caratterizzata da cumulo di funzioni<sup>1232</sup>, spesso facendosi riferimento anche a quella di coazione psicologica del debitore all'adempimento<sup>1233</sup>.

Vi è inoltre la tesi della causa variabile del patto sicchè sarebbe vano tentare di individuare una o più funzioni tipiche. Il legislatore nella disposizioni codicistiche non ha determinato il contenuto della obbligazione sicchè, a seconda del concreto assetto di interessi voluto dalle parti, nei limiti fissati dall'ordinamento, la penale potrebbe realizzare differenti finalità<sup>1234</sup>.

---

<sup>1230</sup> Il problema si è posto per le penali testamentarie ove il testatore dispone un onere a carico del chiamato all'eredità o del legatario e lo obbliga, in caso di inadempimento, ad una prestazione determinata confronti di terzi. Per alcuni autori, la penale potrebbe assumere configurazione solo bilaterale per come configurata nella disciplina del contratto in generale che non può applicarsi agli *atti mortis causa* come il testamento ex art. 1324 c.c. anche perché la sanzione non sarebbe conosciuta e accettata dall'onerato cfr. MARINI, *La clausola penale*, cit., 92 ss.

Secondo altri autori, fermi i limiti sanciti dal sistema successorio (ad es. per i diritti dei legittimari), sarebbe possibile applicare analogicamente le disposizioni contenute nella disciplina generale del contratto (MAZZARESE, cit. 263) e il consenso dell'onerato potrebbe ricavarsi dall'accettazione dell'eredità o dalla mancata rinuncia al legato (BONLINI-BASINI, *I legati*, Napoli, 2003, 68) oppure si potrebbe ricondurre la penale a un legato obbligatorio (od onere) sottoposto alla condizione sospensiva dell'inadempimento di altro precedente legato (od onere) (CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 218).

Per ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 284, alla penale testamentaria sarebbe applicabile analogicamente anche l'art. 1384 c.c. nello stesso senso BARATELLA, *Le pene private*, cit., 68 che fa riferimento anche agli artt. 1383 e 1382 c.c.

<sup>1231</sup> Per ulteriori riferimenti sul problema di inquadramento delle sanzioni endoassociative v. BARATELLA, *Le pene private*, 55 ss.

<sup>1232</sup> Per alcuni autori la penale, secondo le pattuizioni delle parti, può avere al contempo funzione risarcitoria e sanzionatoria. Cfr. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 521 ss.; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 99 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, Torino, 1980, 343 ss.; CAUTADELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, 154; MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 149 ss.; GALGANO, *Sub artt. 1383-1384 c.c.*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, cit., 165 ss. Si fa leva nuovamente sul secondo comma dell'art. 1382 c.c. e sull'art. 1384 c.c.

<sup>1233</sup> V. in particolare MIRABELLI, op. ult. cit., 332. *Contra* BIANCA, *La responsabilità*, cit., 247.

<sup>1234</sup> Per l'orientamento in esame v. inizialmente le riflessioni di GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, 240 ss. il quale con ampi riferimenti comparatistici distingueva le ipotesi in cui le parti si fossero limitate a forfettizzare il danno risarcibile, da quelle di una sanzione convenzionale satisfattiva (con riferimento a interessi non economici) o punitiva (con prevalenza dell'esigenza di prevenire l'inadempimento incentrando l'attenzione sulla condotta del debitore; la penale può essere dovuta in assenza di danno o eccedere anche molto il danno prevedibile). Dalla tipicità della clausola va distinta l'atipicità del contenuto dell'obbligazione a titolo di penale rimessa all'autonomia privata entro i limiti fissati dall'ordinamento (con l'esclusione delle penali legali aventi già una disciplina tipica e puntuale). Cfr. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 413 ss. secondo cui ove le parti, ad esempio, abbiano previsto una penale di ammontare superiore al danno prevedibile, senza disporre il risarcimento del danno ulteriore, l'obiettivo perseguito sarebbe quello di favorire la coercizione all'adempimento.

La giurisprudenza sembra orientata prevalentemente per la funzione mista (coercitiva all'adempimento e di predeterminazione del risarcimento per il caso di inadempimento) della penale aderente al dato letterale delle disposizioni codicistiche e quindi non del tutto svincolata da qualsiasi profilo risarcitorio<sup>1235</sup>. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a pronunciarsi sulla riducibilità *ex officio* della clausola in esame, hanno riconosciuto che essa possa assumere plurime configurazioni, ma l'autonomia privata non può mai tradursi in abuso «*contrario alla regola di buona fede ed ai principi di libertà e di eguaglianza tra le parti contraenti*»<sup>1236</sup>; la particolare configurazione dell'autonomia privata nella selezione dei fatti e nella misura della penale, impone di effettuare il controllo giudiziale di cui all'art. 1384 c.c. in quanto espressione di un principio di interesse generale<sup>1237</sup>.

---

Prevarrà la funzione di liquidazione convenzionale e di limitazione del danno risarcibile, ove le parti abbiano strutturato il patto in modo tale che la prestazione dovuta sia di ammontare inferiore al danno prevedibile senza convenire il risarcimento del danno ulteriore. Nella stessa prospettiva le parti potrebbero avere interesse alla liquidazione preventiva per evitare future controversie sul danno risarcibile o su una parte di esso (laddove, in quest'ultima evenienza, sia convenuto il risarcimento del danno ulteriore); sia il debitore che il creditore potrebbero avere anche necessità di definire con certezza quale sia l'ammontare della prestazione dovuta a titolo di penale.

Potrebbero inoltre dotare di sanzione patti per i quali l'ordinamento nulla prevede in conseguenza della relativa violazione attraendoli nell'orbita contrattuale (ad es. obbligo di non suonare il violino per non disturbare il vicino in certe ore – ove la penale prescinde dal danno e conferisce alla prestazione natura patrimoniale *ex art. 1174 c.c.*) oppure sanzionare condotte per le quali sarebbe estremamente difficile dimostrare l'esistenza di un pregiudizio secondo le regole ordinarie (ad es. violazione dei patti parasociali) o fatti da cui non consegue un danno (ad. es. penalità nelle associazioni o per violazione di codici di comportamento).

La penale potrebbe avere anche funzione restitutoria ove commisurata ai profitti che genera presumibilmente l'inadempimento del debitore o anche di *astreinte* (si pensi alla penale in aumento per ogni giorno di ritardo).

Naturalmente si ammette che nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, entro i limiti fissati dalla legge, tali funzioni possano tra loro combinarsi ove non incompatibili.

Cfr. anche ROPPO, *op. ult. cit.*, 928 ss.; PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 121 ss.; IAMICELI, *Sub Art. 1382*, in *Commentario del codice civile*, Dir. da GABRIELLI, cit., 961 ss.; DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, 130 ss.

<sup>1235</sup> Le parti disciplinerebbero gli effetti dell'inadempimento diversamente da quanto previsto dalla legge. Nel senso che la penale rafforza il vincolo contrattuale e liquida preventivamente la prestazione risarcitoria e non costituisce pura sanzione scollegata dall'importo dovuto e danno effettivamente subito cfr. *ex multis* Cass., 20 luglio 2000, n. 2532; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183; v. anche Cass., 22 settembre 2011, n. 19358; Cass., 28 agosto 2007, n. 18195; Cass., 4 marzo 2005, n. 4779; esclude l'assimilabilità ai *punitive damages* Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183 cit. Escludono finalità sanzionatorie anche Cass., sez. Trib., 27 settembre 2011, n. 19702; Cass., sez. trib., 5 luglio 2017, n. 16561; Cass., sez. lav., 15 marzo 2019, n. 7471.

Di predeterminazione della sanzione discorrono invece Cass., 26 giugno 2002, n. 9295; Cass., 4 giugno 1991, n. 6306; Cass., 30 gennaio 1982, n. 590.

<sup>1236</sup> Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128 sicchè l'art. 1384 c.c. non è più da reputarsi norma eccezionale poiché prevede una ordinaria forma di controllo giudiziale sugli atti di autonomia privata. In precedenza cfr. Cass., settembre 1999, n. 10511; Cass., 15 dicembre 1999, n. 14070. Cfr. Coll. Arb., 26 marzo 2006, in *Riv. Arb.*, 2006, 385 per l'applicazione analogica alla caparra penitenziale.

Per BASILE, *Le pene private nelle associazioni*, in *Le pene private*, 192, dunque, tale principio potrebbe estendersi anche alle penali atipiche come quelle previste negli statuti delle associazioni non riconosciute o le altre clausole di liquidazione dei danni.

<sup>1237</sup> Così Cass, Sez. Un., n. 18128/2005 che muovendo dalla necessità «*di una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà*

Sembra possibile affermare che, al di fuori delle ipotesi tipiche di penali già regolate dalla legge, con riferimento a diritti disponibili ed entro i limiti fissati dall'ordinamento (al fine di garantire per un verso la validità della pattuizione<sup>1238</sup> e per altro verso la non

---

*nei rapporti intersoggettivi (art. 2 cost.) e nell'esistenza del principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (c. cost., n. 19/94), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza», ha così statuito: «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 (se si vuole privilegiare l'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 (se se ne vuole privilegiare l'aspetto sanzionatorio), 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.*

*Tuttavia, la legge, nel momento in cui ha ampliato l'autonomia delle parti, in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia.» ... «Così operando, la legge ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo - che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale - alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento» ... «Un potere di tal fatta appare concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità»...«tale senso inteso, il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma». Cfr. in prospettiva critica CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 174 ss.*

Naturalmente perché il giudice possa d'ufficio ridurre la penale manifestamente eccessiva le parti sono tenute a dedurre e dimostrare le circostanze rilevanti a tal fine cfr. *ex multis* Cass., sez. lav., 13 novembre 2006, n. 24166; Cass., 28 agosto 2007, n. 18195; Cass., 19 ottobre 2007, n. 22002; Cass., 10 gennaio 2008, n. 246; Cass., 28 marzo 2008, n. 8071. Cass., 28 settembre 2006, n. 21066 con nota di PESCATORE, ha riconosciuto che, in nome del principio solidaristico, il giudice possa procedere alla riduzione della penale anche in presenza di una clausola di irriducibilità convenuta dalle parti; Cass., 25 ottobre 2017, n. 25334 con riferimento alla penale prevista a favore della PA nelle disposizioni dei capitolati generali riprodotte nel contratto stipulato con il privato che potrebbero essere disapplicate se contrastanti con la disciplina primaria e inderogabile di cui all'art. 1384 c.c.; nello stesso senso della riducibilità v. anche Cass., 15 giugno 2018, n. 15753. Per il rapporto tra potere di rilievo officioso e giudicato interno v. Cass., 20 agosto 2019, n. 21515.

Cfr. ampiamente sul punto PIGNALOSA, *Riducibilità della penale e autonomia privata*, in *Contr. e imp.*, 6, 2015, 1377 ss. la quale evidenzia che il potere di riduzione della penale non è espressione di un più generale principio di proporzionalità tra le prestazioni oggetto dell'atto di autonomia privata, bensì quello di adeguatezza della pena ove si privilegia la funzione sanzionatoria della penale ovvero quello riparatorio ove si predilige il profilo risarcitorio.

<sup>1238</sup> Anche per la penale rimangono fermi i limiti previsti dall'ordinamento per gli atti di autonomia privata (si pensi alle cause che determinano la nullità del patto, i vizi che determinano la annullabilità o la rescindibilità). Si è già visto sopra che la clausola penale di entità irrisoria, non accompagnata dalla previsione dell'ulteriore danno risarcibile, potrebbe eludere il disposto dell'art. 1229 c.c. per il caso in cui il debitore, appunto, per dolo o colpa grave finisca sostanzialmente per esonerarsi da qualunque responsabilità contrattuale. Si è anche notato che il problema rimane aperto per la limitazione di responsabilità compiuta in caso di inadempimento lievemente colposo. Secondo una dottrina la penale diventerebbe atipica e ciò consentirebbe al giudice di effettuare il controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c. cfr. MAZZARESE, *Clausola penale. Artt. 1382-1384* in *Commentario BUSNELLI-SCHLESINGER*, Milano, 1999, 615 ss. tesi ripresa anche da DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 134. Cfr. BOZZI, *op. cit.*, 1130 ss. Stesso controllo di meritevolezza si pone nel momento in cui la penale si discosta dalla disciplina codicistica e assume connotati atipici (ad es. penale dovuta senza imputabilità dell'inadempimento).

Si altresì notato come la penale posta a carico del consumatore costituisca una clausola presuntivamente vessatoria nei rapporti tra professionisti e consumatore ove manifestamente eccessiva (salva la prova

manifesta eccessività della sanzione privata negoziale - in tal senso v. gli artt. 1383 e 1384, ma anche per la non cumulabilità del risarcimento con la sanzione alternativa l'art. 1382 c.c.<sup>1239</sup>), le parti abbiano il potere di presidiarne l'osservanza mediante la previsione di penali negoziali soprattutto nei casi in cui sarebbe estremamente difficile o impossibile provare l'esistenza e l'ammontare del pregiudizio anche non patrimoniale (ad es. illeciti senza danno, con soli arricchimenti, interessi non economici). La funzione più o meno deterrente e/o afflittiva della penale non può essere riscontrata in ogni caso, ma in dipendenza del concreto regolamento negoziale e, almeno stando all'orientamento prevalente, la natura sanzionatoria non può reputarsi esclusiva (si avrebbe altrimenti una penale atipica soggetta al controllo di meritevolezza ex art. 1322, secondo comma, c.c.<sup>1240</sup>). Non mancano però voci di segno contrario sul rilievo che se la funzione di incentivo all'adempimento propria della penale la contraddistingue rispetto alle ordinarie regole risarcitorie, ben potrebbe ammettersi una penale con funzione sanzionatoria in tutti quei casi, appunto, in cui non esisterebbe un pregiudizio risarcibile (atteso che diversamente il debitore non sarebbe affatto indotto ad adempiere)<sup>1241</sup>.

La previsione di una clausola penale (valida), senza previsione della risarcibilità del danno ulteriore impedisce però l'applicazione delle ordinarie regole risarcitorie. Se l'istituto ha natura complessa (o mista) trova giustificazione l'orientamento giurisprudenziale per il quale è irrilevante la prova dell'assenza di danno o la minore

---

contraria gravante sul professionista) che potrebbe dar luogo a nullità di protezione ex artt. 33, secondo comma, lett. f) e 36 c. cons.; laddove la penale sia posta a carico del professionista e sia manifestamente irrisoria, invece, costituisce una clausola sempre vessatoria (senza possibilità di prova contraria) allorché limiti o escluda azioni contro il consumatore in caso di inadempimento totale o parziale ex art. 36, lett. b) c. cons. Cfr. FIORAMONTI, op. ult. cit., 821.

<sup>1239</sup> Ritiene che gli artt. 1382, 1383 e 1384 c.c. siano norme imperative inderogabili in quanto espressione di principi generali PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 142 e 383 ss.

Cfr. anche BARATELLA, *Le pene private*, 215 la quale sostiene che in ambito negoziale la sanzione privata si ponga come alternativa al risarcimento del danno, mentre in ambito extracontrattuale è possibile il cumulo se consentito dalla legge. L'indicata diversità dipende dalla natura esclusivamente individuale degli interessi su cui incide l'atto di autonomia privata nel primo caso (fermi i limiti fissati dal legislatore) rispetto agli interessi particolari, ma collegati a quelli generali della collettività previsti nel secondo. Ne deriva che in ambito extracontrattuale il legislatore ben può ritenere di dovere rafforzare la (inadeguata) tutela risarcitoria con ulteriori sanzioni civili punitive e/o deterrenti che si cumulano al primo. Per le ulteriori ipotesi tipiche e atipiche di cd. pene private da inadempimento si rinvia diffusamente alle pp. 41 - 85.

<sup>1240</sup> Come visto nelle precedenti note è chiaro che questo orientamento si fonda sulla stretta correlazione tra obbligazione penale e obbligazione risarcitoria sicché si fuoriesce dallo schema tipico ove le parti l'abbiano interrotta.

<sup>1241</sup> PATTI, op. ult. cit., 130 il quale osserva che la clausola penale in esame ben potrebbe essere controbilanciata da altre clausole più favorevoli al debitore inserite nel complessivo regolamento contrattuale sicché non andrebbe interpretata atomisticamente, ma alla luce della complessivo assetto di interessi voluto dalle parti. Lo stesso autore peraltro riconosce che l'incentivo all'adempimento proprio della penale che la distingue dalle ordinarie regole risarcitorie potrebbe trarsi anche dalla mera inversione dell'onere probatorio rispetto alla disciplina legale (così in nota n. 84).

esiguità dello stesso per escludere la pretesa del creditore di quanto dovutogli a titolo di penale, salvo che tali circostanze abbiano indiretta rilevanza ai fini del giudizio di cui all'art. 1384 c.c. ma solo se l'ammontare della penale risulti *manifestamente* eccessivo (il che significa che ben potrebbe eccedere il danno concretamente subito dal creditore). Sembra potersi affermare, dunque, che in ambito contrattuale, diversamente da quello extracontrattuale, le parti abbiano la possibilità di definire le conseguenze dell'inadempimento in via preventiva attesa la natura dispositiva delle regole del risarcimento del danno seppur entro i limiti fissati dalla legge<sup>1242</sup>. La parti potrebbero dunque ampliare, limitare o sostituire la disciplina ordinaria risarcitoria con quella negoziale e, come notato, la penale può commistionare il profilo sanzionatorio/coercitivo dell'inadempimento con quello riparatorio e potrebbe, in peculiari situazioni, reputarsi un risarcimento anticipato con funzione anche deterrente/punitiva; a seconda dei casi, prevarrà la componente dissuasiva/punitiva su quella reintegratrice (specie se non è previsto il risarcimento del danno ulteriore) o viceversa quella riparatoria.

In ulteriori previsioni codicistiche può ravvisarsi il rapporto di alternatività tra obbligazione risarcitoria e ulteriore obbligazione pecuniaria dovuta *ex lege*.

Nell'art. 129 *bis* c.c. è previsto che, in caso di declaratoria di nullità del matrimonio imputabile a uno dei coniugi (o eventualmente a un terzo), il coniuge in buona fede possa domandare la riparazione del pregiudizio concretamente sofferto secondo le regole risarcitorie ordinarie oppure richiedere il pagamento di una congrua indennità almeno pari al «*mantenimento per tre anni*» indipendentemente dalla prova del danno subito<sup>1243</sup>.

---

<sup>1242</sup> PATTI, op. ult. cit., 64 ss. confuta l'orientamento secondo il quale anche in ambito contrattuale le regole risarcitorie sarebbero inderogabili dalle parti e che l'unica eccezione sarebbe costituita dall'art. 1229 c.c. Per l'autore, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul punto, invece, laddove la pattuizione sulla selezione e liquidazione dei danni conseguenti all'inadempimento incida su diritti disponibili, anche le regole del risarcimento sono derogabili e incontrano gli stessi limiti di tutti gli atti di autonomia privata. Gli accordi che intervengono sulla liquidazione convenzionale del danno, difatti, incidono su interessi di natura patrimoniale legati al rischio di inesecuzione del programma negoziale iniziale (quali prestazioni sono dovute in caso di inadempimento) e, incidendo sull'equilibrio contrattuale, rientrano a pieno titolo nelle prerogative negoziali delle parti di definire il contenuto dell'accordo (diritti e obblighi gravanti sulle parti in fase patologica).

In campo extracontrattuale, al contrario, il fondamento delle regole di responsabilità civile si collega al perseguimento di interessi generali sicchè i limiti alla derogabilità delle regole risarcitorie sono stringenti.

<sup>1243</sup> DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 156.

Secondo alcuni autori la natura non risarcitoria e specificamente sanzionatoria della previsione in esame discende dai presupposti previsti dall'art. 129 *bis* c.c.; perché sorga il diritto alla *congrua indennità* in favore del coniuge in buona fede non occorre provare il danno concretamente subito, mentre è necessario dimostrare l'imputabilità della causa di invalidità del matrimonio all'altro coniuge (eventualmente anche

Allo stesso modo l'art. 1385 c.c., in tema di caparra confirmatoria, permette ad una parte, a seguito dell'inadempimento dell'altra, di optare tra recesso dal contratto e ritenzione della caparra (o pagamento del doppio se l'inadempimento è ascrivibile all'*accipiens ex art. 1385*, secondo comma, c.c.) ovvero per l'azione di esecuzione o di risoluzione del contratto con salvezza, in queste due ultime ipotesi, del risarcimento del danno da domandarsi secondo le regole ordinarie (art. 1385, terzo comma, c.c.).

La funzione "eclettica" dell'istituto, per l'orientamento prevalente, muta a seconda delle vicende del rapporto<sup>1244</sup>. In ipotesi di inadempimento, a differenza della clausola penale<sup>1245</sup>, la parte non inadempiente non è vincolata da quanto convenuto con la caparra perché può sempre domandare il risarcimento di ogni danno<sup>1246</sup> (art. 1385, terzo

---

a un terzo o una ipotesi di concorso di colpa del terzo) e la sua mala fede. Sono invece irrilevanti le condizioni economiche del richiedente. Per la tesi della pena privata v. MARTI, *L'art. 129 bis nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia*, in *Le pene private*, cit., 209 ss.; PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 81.

Per la tesi della responsabilità extracontrattuale con semplificazione dell'onere probatorio del danno – presunto nella misura minima indicata dal legislatore – salva la prova del maggior pregiudizio che il coniuge incolpevole potrebbe fornire secondo le ordinarie regole risarcitorie v. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Torino 2007, 157 ss.; CASTRONOVO, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ed effetti patrimoniali*, Milano, 1991, 224.

Per la tesi della responsabilità precontrattuale legata alla violazione degli obblighi di protezione scaturenti dal dovere di buona fede rilevante anche nella fase che precede la formazione del consenso per il matrimonio e con peculiare criterio valutativo del danno BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014, 181; FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. del cod. civ.* SCIALOJA – BRANCA, cit., 216.

<sup>1244</sup> *Ex multis* PROTO, *Clausola di caparra confirmatoria*, in *Le clausole negoziali*, cit., 187; TARDIA, *Funzione confirmatoria e alternatività recessiva*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, 143 ss.; PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 149; DE NOVA, *La caparra confirmatoria*, in *Il contratto*, in Trattato SACCO, Torino 2004, 172; ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, cit., 1030; GORGONI, *Sub. Art. 1385 – Caparra confirmatoria*, in *Commentario del codice civile*, dir. GABRIELLI, cit., 1014; FRANZONI, *La caparra*, in *Dir. civ.*, III, *Il contratto in generale*, Dir. LIPARI-RESCIGNO, Milano, 2009, 692.

La dottrina meno recente invece oscillava principalmente tra la tesi punitivo-risarcitoria (TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 201), sanzionatoria pura (MARINI, op. cit., 1), di conferma dell'impegno e garanzia dell'adempimento (BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, 63), indennitaria – risarcitoria (D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, 894; di garanzia, autotutela e predeterminazione del danno discorre BIANCA, *La responsabilità*, cit., 388).

<sup>1245</sup> *Contra* TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., 192 ricostruisce unitariamente la caparra confirmatoria e la penale. Si tratta di una tesi minoritaria contraria al dato positivo e ai lavori preparatori del Codice civile. Al contrario, l'orientamento prevalente sostiene che esista una netta distinzione strutturale e funzionale tra i due istituti. Cfr. già BAVETTA, *La caparra*, cit., 170 ss.; MAZZAGÙ, cit., 194. La risarcibilità del danno in alternativa alla caparra e la non risarcibilità del danno ulteriore nella penale ove non previsto espressamente dalle parti costituisce uno dei tratti salienti di differenziazione tra i due istituti.

<sup>1246</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., 259. In tal caso però, scelta la via giudiziale, la parte non inadempiente ha l'onere di allegare e dimostrare l'esistenza di un danno ristorabile sia in punto dell'*an* che del *quantum debeatur*; ne deriva che la prestazione eseguita a titolo di caparra conformatoria, a differenza della penale, non ne costituisce una misura minima, ma solo una garanzia dell'obbligazione risarcitoria (Cass., 4 agosto 1997, n. 7180; Cass., 20 maggio, 1997, n. 4465). Dato che spesso è molto difficile riuscire a dimostrare in giudizio di avere subito un danno superiore alla caparra, l'attore, dopo avere domandato in primo grado la risoluzione giudiziale e il risarcimento, nel corso del processo, potrebbe preferire mutare le proprie domande e chiedere in appello (a seguito del rigetto della domanda risarcitoria ovvero di una condanna inferiore alla caparra) l'accertamento dell'intervenuto recesso e il diritto di ritenere la caparra o la condanna a pagarne il doppio. Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2009, n. 553, anche per l'indisponibilità dell'effetto risolutorio, ha escluso che siffatto mutamento sia ammissibile in

comma, c.c.) sicchè la caparra confirmatoria costituisce espressione di un potere di autotutela consentito eccezionalmente per legge, concepito principalmente per indurre i contraenti ad adempiere<sup>1247</sup>. L'esercizio del potere di recesso dal contratto e l'immediata ritenzione della somma – quantità di cose fungibili già versate o il rischio di doverne versare il doppio<sup>1248</sup> dovrebbero dissuadere i contraenti dall'inadempimento. A differenza della clausola penale, nella caparra è possibile soltanto la liquidazione convenzionale preventiva del danno quale alternativa al risarcimento<sup>1249</sup>, mentre non è possibile che il patto sia dalle parti funzionalizzato al perseguimento di ulteriori scopi (satisfattivi o anche punitivi)<sup>1250</sup>. Inoltre l'alternativa risarcitoria espone ai rischi correlati al rigetto della domanda nel senso che quanto pattuito a titolo di caparra non rappresenta un risarcimento minimo a differenza della penale<sup>1251</sup>.

---

appello ex art. 345 c.p.c. specificando che risoluzione e risarcimento da un lato e recesso e caparra dall'altro sono in rapporto di incompatibilità strutturale e funzionale. Difatti mentre il recesso permette di ottenere la riparazione senza domanda risarcitoria, la risoluzione richiede che l'attore assolva il relativo onere di allegazione e prova in giudizio. Tuttavia se in primo grado l'attore ha esperito senza successo la domanda risarcitoria e in appello pretende per la prima volta di modificare la domanda in accertamento dell'intervenuto recesso, il convenuto ha interesse a proporre nuove domande ed eccezioni con il rischio di incorrere nelle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c. e quindi di non potere esercitare adeguatamente il proprio diritto di difesa così PROTO, cit., 198. Ad essere alternativa non è la disciplina della risoluzione con quella del recesso, bensì la caparra e il risarcimento nel senso che una volta proposta la domanda risarcitoria non è possibile pretendere di soddisfarsi mediante la caparra così PATTI, op. ult. cit., 159. V. anche successivamente Cass., 13 marzo 2015, n. 5095.

<sup>1247</sup> PROTO, op. ult. cit., 187 ss. il quale ricorda che rispetto alla origine storica dell'istituto, l'intento principale perseguito dalle parti non è quello di dimostrare l'esistenza dell'accordo o anticiparne l'esecuzione, bensì di «*promuoverne la puntuale esecuzione, individuando in via preventiva i rimedi esperibili per il caso in cui una determinata obbligazione resti inadempita*». Sotto questo profilo la caparra si distingue dall'acconto, dalla caparra penitenziale, dalla stessa clausola penale e dal deposito cauzionale (cfr. Cass., 4 marzo 2004, n. 4411). Rispetto alla penale, infatti, la caparra può costituire anticipata esecuzione della prestazione dovuta, e può porsi solo come alternativa al risarcimento quale liquidazione preventiva e forfettizzata del danno.

<sup>1248</sup> Come nel caso della penale, anche per la caparra confirmatoria in caso di inadempimento la parte non inadempiente ha diritto di ottenere la somma dovutagli predeterminata *ex ante* – che si sostituisce alla obbligazione risarcitoria – senza dovere ricorrere al processo cfr. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 342.

<sup>1249</sup> Una volta che la parte non inadempiente abbia optato per la caparra non può domandare in giudizio il risarcimento del danno ulteriore, a meno che tale pregiudizio derivi da diversi fatti illeciti.

Parallelamente una volta esercitata l'azione di risoluzione giudiziale e chiesto anche il risarcimento del danno viene meno la causa giustificativa della caparra. Ne deriva che se l'attore (non inadempiente) ha la disponibilità della somma/quantità di *res* fungibili conferite a titolo di caparra può trattenerle a garanzia della obbligazione risarcitoria, mentre se invece è il convenuto (inadempiente) ad avere la disponibilità della caparra, egli è tenuto a restituirla immediatamente dal momento della proposizione della domanda di risoluzione.

Naturalmente ben potrebbe accadere che le parti prevedano oltre una caparra confirmatoria anche una clausola penale; quest'ultima, se non è previsto il risarcimento del maggior danno, finisce per limitare la prestazione dovuta dalla parte inadempiente, qualora la parte delusa abbia deciso, piuttosto che recedere, di agire in giudizio per la risoluzione più il risarcimento del danno (Cfr. già Cass., 22 aprile 1958, n. 1326; Cass., 9 maggio 1962, n. 925).

<sup>1250</sup> PROTO, op. ult. cit., 188.

<sup>1251</sup> PROTO, op. ult. cit., 194. Sotto questo profilo infatti si apprezza la distinzione tra caparra confirmatoria e clausola risolutiva espressa; mentre il recesso di cui all'art. 1385, secondo comma, c.c. fa sì che si possa ottenere la liquidazione forfettaria del pregiudizio, nella seconda il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione ex art. 1456 c.c. esige la proposizione della domanda giudiziale.

È inoltre pacifico che, in difetto di diversa previsione legislativa, l'art. 1384 c.c. non può applicarsi alla caparra confirmatoria o perché ritenuta norma eccezionale o perché più semplicemente non vi è alcuna lacuna legislativa<sup>1252</sup> da colmare.

Tuttavia, ben potrebbe accadere che, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti, il patto possa riqualificarsi come clausola penale allorché risulti prevista una prestazione di ammontare notevolmente superiore al danno prevedibile al momento della stipulazione del negozio<sup>1253</sup> e più in generale se l'accordo persegua ulteriori scopi rispetto a quello strettamente riparatorio – ammesso che si ritenga configurabile una penale di natura reale<sup>1254</sup> –.

Alle parti è consentito predeterminare le conseguenze dell'inadempimento, sempre in alternativa al risarcimento analogamente a quanto visto in tema di caparra confirmatoria anche in ulteriori previsioni normative (cfr. ad es. art. 1526 c.c., art. 23, comma 5, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, artt. 2344 e 2466 c.c. e art. 587 c.p.c.).

---

<sup>1252</sup> CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, 2015, 49 critico con la recenti decisioni della Corte costituzionale rese in argomento.

Corte cost., Ordinanza 24 ottobre 2013, n. 248 (in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 ss.) e Corte Cost., Ordinanza 26 marzo 2014, n. 77 (in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss.), pur dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate, si sono occupate dei poteri esercitabili dal giudice in ordine alle caparre manifestamente eccessive. Ivi hanno affermato la «rilevabilità ex officio della nullità (totale o parziale) ex art. 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, "funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" (Cass. n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)». Osserva criticamente PROTO, *op. ult. cit.*, 202 che, come indicato dalla prima ordinanza, occorre anzitutto qualificare il patto per verificare se sia o meno riconducibile alla clausola penale e applicare conseguentemente la disciplina dell'art. 1384 c.c. per evitare il rischio della applicazione diretta di principi costituzionali senza mediazione della fattispecie. In tal senso cfr. anche Cass., sez. trib., 1 luglio 2015 n. 13495.

<sup>1253</sup> PROTO, *op. ult. cit.*, 203

<sup>1254</sup> PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 312 ss. E' pacifico che la caparra sia un contratto reale sicché gli effetti di cui all'art. 1385, secondo comma, c.c. si producono solo dal momento della consegna del denaro ovvero delle cose fungibili che ne formano l'oggetto anche se le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, abbiano differito la dazione in un momento successivo alla conclusione del contratto principale (cfr. Cass. 28 febbraio 2018, n. 4661; Cass., 24 aprile 2013, n. 10056; cfr. anche Cass., 9 agosto 2011, n. 17127; Cass., 15 aprile 2002, n. 5424; Cass., 7 giugno 1978, n. 2870).



## 10. Il problema della riserva di legge e dei principi di prevedibilità e di proporzionalità

Secondo una condivisibile dottrina, «*tutte le sanzioni, siano penali o civili, non si possono pensare come applicabili, se non in quanto comminate (e quindi prevedute) da norme giuridiche*»<sup>1255</sup> poiché, in base agli artt. 23 e 25 cost. «*nessun giudice o autorità amministrativa può imporre obbligazioni che non abbiano nella legge la loro fattispecie: e in questi termini integrano il quadro dello Stato di diritto relativamente alla persona, evitando che la libertà di quest'ultima possa essere arbitrariamente limitata mediante provvedimenti inerenti al suo patrimonio*»<sup>1256</sup>. E' stato autorevolmente evidenziato che dal combinato disposto dell'art. 101 cost. e art. 65 L. ord. giud. discende che il nostro sistema costituzionale, in ossequio al principio della separazione dei poteri, impone al giudice di decidere secondo la legge la quale «*permettendo la calcolabilità, protegge e tutela la nostra libertà di azione poiché è libertà sapere a che cosa si va incontro*»<sup>1257</sup>.

E' discusso se in ambito civilistico, per le obbligazioni pecuniarie non risarcitorie caratterizzate da uno scopo preventivo e/o sanzionatorio e per i risarcimenti anche punitivi e/o deterrenti (per i quali v. *infra* parte II), il principio di legalità abbia la stessa portata prevista nel diritto penale/amministrativo, tenuto conto che gli artt. 23, 25 cost., 7 CEDU e 49 CDFUE si riferiscono a nozioni molto diverse di legalità<sup>1258</sup> non pienamente sovrapponibili.

Secondo un primo orientamento<sup>1259</sup> che condivide la concezione della legalità penale, quando la misura sanzionatoria (sia essa risarcitoria o meno) è riconducibile a un

---

<sup>1255</sup> REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, 12.

<sup>1256</sup> CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 795.

<sup>1257</sup> IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica* in *Riv. dir. proc.*, 4, 2016, 924; diffusamente ID, *Un diritto incalcolabile*, cit., 39 ss.; cfr. anche D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2, 2019, 46 il quale osserva la centrale importanza della ragionevole prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni posta a presidio delle libertà dei singoli, come evidenziato dalla stessa giurisprudenza EDU. V. sul punto *retro* Cap. II, par. 3.2.

<sup>1258</sup> DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *jus civile*, 6, 2017, 614.

<sup>1259</sup> SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 310 ss.; CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 795; v. anche ID, *Conclusioni. Look what they've done do my Song*, in *I mobili confini del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA - A. PLAIA, 2018, 75 ss.; ID, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, cd. danno esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 331. Cfr. anche SPOTO, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2018, 489 ss.; CIATTI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. imp. eur.*, 2017, 9-10 (e nota 40); FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1119; MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, cit., 97; PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 302. L'autore da ultimo citato, prima delle Sezioni Unite, aveva invece sostenuto che l'art. 25 cost. non trovasse applicazione per le sanzioni civili punitive (o pene private) v. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, 28. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti*

autonomo precetto secondario rispetto a quello primario violato, il legislatore dovrebbe predeterminare le ipotesi tipiche e tassative al ricorrere delle quali si applichi la sanzione civile (*ergo* i fatti materiali rilevanti) nonché l'ammontare minimo e massimo della sanzione e i parametri di quantificazione. Ne consegue che sarebbero riconoscibili in Italia soltanto le sentenze straniere contenenti condanne ai *punitive damages* negli stessi ambiti in cui esistono già sanzioni civili punitive nazionali<sup>1260</sup> in ossequio alle esigenze garantistiche sottese alla riserva di legge assoluta di cui all'art. 25, secondo comma, cost. (ossia di preservare la libertà delle scelte d'azione dell'individuo). Tutte le misure civilistiche interne che presentino funzione punitiva e/o deterrente, nessuna esclusa, dovrebbero soggiacere allo stesso statuto garantistico proprio del diritto penale e diverse fattispecie individuate dalle Sezioni Unite del 2017 e dalla relativa ordinanza di rimessione rischierebbero di generare dubbi di legittimità costituzionale.

E' stato osservato che tale concezione è propria del diritto penale, ma non del diritto civile nell'ambito del quale l'ordinamento ammette che la sanzione sia disposta dagli stessi privati (ad es. *ex art. 1382 c.c.*) o richiede semplicemente un autonomo fondamento normativo rispetto al precetto violato<sup>1261</sup>.

La dottrina penalistica ha chiarito che una tesi così rigorosa non è stata sostenuta nemmeno in occasione delle depenalizzazioni degli anni '80 del secolo scorso con riferimento alle sanzioni amministrative per le quali, per converso, si è proceduto alla graduazione delle garanzie costituzionali rilevanti (*in primis* la riserva di legge e il principio di determinatezza della fattispecie tipica)<sup>1262</sup>. La medesima dottrina ha altresì evidenziato che il perseguimento della finalità punitiva si delimita in termini negativi nel senso che la misura afflittiva non deve presentare ulteriori componenti per rientrare a pieno titolo nella nozione costituzionale di materia penale. Qualora, invece, nella

---

*risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto il, di norma presente, due process of law), in Corr. giur., 2017, 1054. BENAZZO, Le 'pene civili' nel diritto privato d'impresa, cit., 291 ss. con riferimento alle sole "pene civili" afflittive e non per quelle risarcitorie.*

<sup>1260</sup> SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, cit., 310 ss. secondo cui vigerebbe, analogamente al diritto penale, il principio della doppia incriminabilità espressione dei principi di sovranità e tipicità; in caso contrario, la riconoscibilità dovrebbe essere negata anche per evitare disparità di trattamento tra parti di una controversia nazionale e transnazionale.

Con riferimento alla problematica v. anche CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze*, cit., 1054 per il quale il richiamo all'art. 23 cost. non è pertinente.

<sup>1261</sup> Così DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 66 ss. il quale osserva che sono presenti anche sanzioni civili punitive che prescindono dalla sussistenza dell'elemento psicologico del trasgressore a differenza del diritto penale.

<sup>1262</sup> Lo ricorda MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 231 cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul punto. L'autore ricorda che anche la giurisprudenza tedesca e spagnola graduano le garanzie costituzionali della materia penale a misure non formalmente penalistiche. L'autore richiama il principio di determinatezza affievolito in ambito disciplinare per la Germania e quello delle garanzie procedurali differenziate e meno rigorose della giurisprudenza spagnola.

medesima fattispecie siano presenti oltre a finalità punitive anche altre preventive o risarcitorie/ripristinatorie, l'interprete dovrà accertarne la natura penale ricorrendo a complesse indagini tra cui il collegamento con un procedimento penale, l'applicabilità generale della norma, la gravità della misura desumibile dal rango del diritto su cui essa va ad incidere. Lo scopo punitivo è solo un indizio della natura penale della misura afflittiva e, una volta riconosciuta natura sostanzialmente penale a una misura formalmente diversa, non è affatto scontato che si applichi l'intero statuto garantistico delle sanzioni formalmente penali di cui all'art. 25 cost. Non è infatti «*preclusa al giudice delle leggi la possibilità di applicare tale garanzia in maniera meno rigorosa rispetto alle sanzioni penali in senso stretto ed alle misure punitive non penali incidenti sulla libertà personale, che rappresentano il nucleo duro del sistema sanzionatorio*»<sup>1263</sup>.

L'estensione delle singole garanzie costituzionali non avviene in maniera uniforme, ma a geometrie variabili in ragione della *ratio* garantistica sottesa a ciascuna di esse<sup>1264</sup>.

Pertanto, il principio di legalità può essere modulato in maniera proporzionale al tipo di sanzione rilevante sicchè, per sanzioni civili punitive o per i risarcimenti punitivi e/o deterrenti, sarebbe sufficiente la mera previsione dei presupposti – ricorrendo anche a clausole generali – per l'applicazione della sanzione ai sensi dell'art. 23 cost. e non dell'art. 25 cost. che, in quanto garantisce direttamente o indirettamente attraverso la riserva di legge la libertà personale<sup>1265</sup>, è inestensibile in ambito civilistico<sup>1266</sup> ove le indicate misure incidono sulla sfera patrimoniale del soggetto passivo.

---

<sup>1263</sup> MASERA, *La nozione*, cit., 212 ss. e specificamente p. 238.

<sup>1264</sup> MASERA, *op. ult. cit.*, a pag. 242, con riferimento al principio di tipicità, osserva che fuori dalle misure penali in senso stretto, varrebbe una accezione meno rigorosa di quella penalistica dove fondamentale diviene piuttosto la prevedibilità della misura afflittiva. Ad avviso di PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale: antitesi o sincrasi*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, Milano, 2018, 658 lo stigma sociale negativo proprio del diritto e del processo penale (a partire dalla fase delle indagini) – che giustifica ampi poteri officiosi e istruttori, invasivi (ad es. misure cautelari personali e reali, quale punizione anticipata) e regole probatorie estremamente rigorose –, non sussiste nel processo civile improntato alla logica dialogico-dispositiva e all'assenza di misure incisive sulle libertà delle parti.

<sup>1265</sup> DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e imp*, 4, 2017, 1171. Cfr. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 135, nota 4 il quale osserva che secondo la dottrina tedesca nel diritto penale il principio di tipicità trova giustificazione nell'esigenza di difendere la libertà, la vita e l'onore del cittadino contro l'onnipotenza dello Stato e non si estende anche all'illecito civile perché contro il cittadino si trova un altro consociato e il potere statale, rappresentato dal giudice, è terzo e imparziale rispetto ai contendenti.

<sup>1266</sup> BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, 1985, 29 ss.; ID, *Sub art. 25, commi 2 e 3 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, 1981, 259. Afferma a p. 53 che «*al rigore delle tecniche i tutela prefissato nella Costituzione per la responsabilità penale non corrispondono binari obbligati per la responsabilità civile, anche di tipo più marcatamente afflittivo*». Nello stesso senso anche VENTURINI,

Già in passato gli studi condotti sulla potestà punitiva dei privati e sul danno non patrimoniale hanno escluso che il principio di tipicità delle sanzioni, nell'accezione rigorosa penalistica, possa applicarsi in diritto civile venendo in rilievo solo nei rapporti tra Stato allorquando agisca *iure imperii* e cittadini (come anche notato nell'esperienza statunitense) per tutelare questi ultimi dai rischi sottesi all'esercizio del potere pubblico<sup>1267</sup> incidente sulle libertà fondamentali della persona (indisponibili)<sup>1268</sup>.

E' stato icasticamente affermato che, come nel diritto penale, però, anche in quello civile «*il singolo ha il diritto di sapere quello che può o non può fare senza esporsi alla sanzione (recte, in forma moderna, all'onere) del risarcimento. Anche chi si muove nella sfera del diritto privato deve avere una charta libertatum*»<sup>1269</sup> ai sensi dell'art. 23 cost.

Ebbene le obbligazioni pecuniarie (non riparatorie) ove l'entità della prestazione prescinde dal danno risarcibile o non è commisurata soltanto ad esso (risarcimenti anche punitivi e/o deterrenti) rientrano a pieno titolo nel paradigma dell'art. 23 cost. il cui fondamento è di preservare la libertà del singolo di autodeterminarsi sul fare o non fare alcunchè (prestazione personale) nonché di essere garantito nella propria integrità patrimoniale dal rischio di prelievi coattivi non autorizzati da una legge ordinaria (prestazione patrimoniale)<sup>1270</sup>.

---

*Premessa romanistica*, in *Le pene private*, cit., 51-53. Cfr. anche FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 151 ss.

Per gli ulteriori autori favorevoli all'applicazione dell'art. 23 cost. e non dell'art. 25 cost. v. le note successive.

<sup>1267</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 283; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 303; cfr. anche PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 64 ss.

Sul punto a proposito della pena privata già GROSSFELD, *Die Privatstrafe: ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Francoforte, 1961, 120 ss.; STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Parigi, 1947, 383 ss. il quale fa riferimento alla incidenza della pena criminale sulla libertà personale a differenza delle sanzioni civili.

<sup>1268</sup> BRICOLA, *Sub Art. 25, commi 2 e 3 cost.*, cit., 259; BONILINI, cit., 283; PONZANELLI, voce "Pena privata", cit., 2 ss.; TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 143 ss.

<sup>1269</sup> Così CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., 154 osserva che in realtà anche nei rapporti tra privati vi è l'esigenza di tutelare la libertà dell'individuo rispetto alla violazione di doveri di condotta che possono esporlo a conseguenze risarcitorie e che sia nelle norme giuridiche di diritto penale che di diritto civile vi è sempre la descrizione di un modello di comportamento (tramite concetti determinati, indeterminati, descrittivi e normativi) la cui inosservanza dà luogo a una condotta illecita.

Per il rapporto tra specifico tra responsabilità civile e art. 23 Cost. v. GORASSINI, *Art. 23 cost. e responsabilità civile*, cit., 259 ss. il quale riprende e sviluppa l'argomento citato ad *abundatiam* a sostegno da FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, 79. Tale indirizzo è stato seguito dagli autori di diritto civile indicati nella nota successiva.

<sup>1270</sup> NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui danni punitivi*, in *dirittocivilecontemporaneo*, 10 gennaio 2017, 1 ss.; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Danno e responsabilità civile*, cit., 246.

Favorevoli all'applicazione dell'art. 23 cost. anche SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2017, 1112 ss.; ID, *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle sezioni unite)*, cit., 246; ID, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e*

Le differenze derivanti dalla natura solo relativa della riserva di legge, si apprezzerebbero non solo sul terreno della descrizione della fattispecie che non deve essere così rigorosa come per il principio di tassatività penale, ma anche su quello degli effetti giuridici. Occorrerebbe, per questa via, soltanto l'indicazione legislativa dei principi o dei parametri obiettivi in forza dei quali procedere alla quantificazione ovvero l'indicazione dei limiti<sup>1271</sup> della prestazione pecuniaria dovuta *ex lege* di modo che sia sottratta al rischio di arbitrio giudiziale<sup>1272</sup>.

Seppure concepito tradizionalmente per le sanzioni tributarie come risulta dal previgente testo dello Statuto Albertino, l'art. 23 Cost. non reca analoga limitazione testuale<sup>1273</sup>. Piuttosto, dall'esame sistematico delle disposizioni costituzionali, sembrerebbe che la scelta del Costituente sia stata di estendere l'indicato principio anche alla materia della responsabilità civile.

Difatti, per la imposizione tributaria vi è il più specifico art. 53 cost.; l'art. 23 cost. è collocato nell'ambito dei *rapporti civili* e l'art. 28 cost. menziona espressamente le *leggi civili* con riferimento alla disciplina della responsabilità.

---

*danni punitivi*, cit., 1120; DELLACASA, *Punitive damages* cit., 1171; cfr. anche DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 186; ID, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages*, cit., 1673-1674; PIERGALLINI, cit., 658 ss. con riferimento ai principi di tipicità e di riserva di legge che anche se relativa garantisce prevedibilità alla misura civilistica. Anche ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, ivi, 515, ponendo a mente le distinzioni che esistono tra pene criminali pecuniarie e danni punitivi (civilistici) esclude che vi siano problemi di compatibilità con l'art. 25, secondo comma, cost. Cfr. anche BARATELLA, cit., 83; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 303; ID, *Note in margine ad un recente libro tedesco sulle pene nelle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 307. PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 302, prima delle Sezioni Unite, sosteneva che l'art. 25 cost. non trovasse applicazione per le sanzioni civili punitive (o pene private) v. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, 28.

Cfr. anche BARATELLA, *op. ult. cit.*, 83; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 303; ID, *Note in margine ad un recente libro tedesco sulle pene nelle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 307.

<sup>1271</sup> L'indicato orientamento differenziato peraltro pare confermato anche con riferimento alle sanzioni derivanti per gli illeciti amministrativi (Cass., 7 aprile 2016, n. 6738; v. anche corte. Cost. 7 aprile 2017, n. 69). Per ulteriori riferimenti v. diffusamente FEDELE, *Sub Art. 23 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, 1978, 100 ss.

<sup>1272</sup> Per BRICOLA, *La riscoperta delle pene private* cit., pp. 51 e 52 la legge può prevedere ipotesi di risarcimenti punitivi/sanzioni civili punitive anche attraverso clausole generali purchè definisca l'ammontare massimo della sanzione. Per l'autore, infatti, il corollario della tassatività penale per la descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice non ha senso nel diritto civile ove si assiste anche all'attenuazione del principio di colpevolezza e all'esclusione dei principi di materialità e di necessaria offensività penali.

Cfr. anche GORASSINI, *Art. 23 cost. e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., 259 ss. secondo il quale l'art. 23 cost. trova applicazione alla disciplina della responsabilità civile con la conseguenza che non è consentito ampliare, in difetto di specifica previsione di legge, il danno risarcibile secondo le regole ordinarie.

Sul rischio dell'arbitrio giudiziale cfr. in generale IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 924; D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, cit., 46.

<sup>1273</sup> Lo evidenzia GORASSINI, *Art. 23 cost. e responsabilità civile*, cit., 262 il quale richiama l'art. 30 dello Statuto Albertino secondo cui: «Nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere o sanzionato dal Re».

Ancora si potrebbe aggiungere che gli artt. 41 e 42 cost. proteggono rispettivamente la libertà di iniziativa economica privata e la proprietà privata suscettibili di limitazioni soltanto in presenza di basi legislative<sup>1274</sup>.

Pertanto se è vero che il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 cost. segna il limite nell'esercizio delle attività umane, è anche vero che il risarcimento del danno, risolvendosi nella previsione di una *prestazione patrimoniale ex artt. 1173 e 1174 c.c.* gravante sul soggetto responsabile, richiede una espressa previsione legislativa ex art. 23 cost. Difatti il fondamento dell'indicata disposizione costituzionale è riconducibile alla esigenza di garantire che soltanto la legge possa incidere nella sfera della libertà individuale e della proprietà<sup>1275</sup>.

Se ciò vale per le ordinarie regole risarcitorie, deve valere a maggior ragione ove si intenda implementare le tradizionali regole della responsabilità civile verso obiettivi deterrenti e/o punitivi, oltre la semplice compensazione.

Parte della dottrina valorizza la clausola dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., non solo quale criterio di selezione dell'interesse protetto, ma anche per apprestare una tutela differenziata (secondo i canoni di proporzionalità e ragionevolezza) in ragione delle peculiari circostanze del caso concreto, nonché della particolare importanza assiologica dell'interesse leso. Ne deriverebbe una modulazione al rialzo del risarcimento civilistico allorché vi siano condotte particolarmente riprovevoli sul piano sociale, incidenti su interessi di rango costituzionale<sup>1276</sup>.

---

<sup>1274</sup> BENAZZO, *Le 'pene civili' nel diritto privato d'impresa*, cit., 291. L'autore, affrontando la tematica in esame, distingue le "pene risarcitorie" per le quali sarebbe sufficiente far riferimento all'art. 23 cost. (avendo la funzione punitivo/deterrente solo carattere ancillare rispetto a quello principalmente reintegratorio) da quelle "afflittive" che dovrebbero invece essere ricondotte all'art. 25 cost. presentando equipollenze funzionali stringenti con le pene criminali. Sempre secondo l'autore vanno richiamati anche gli artt. 2 e 3 cost.: il primo perché la previsione della sanzione civile punitiva di fonte legislativa richiede di dover bilanciare a monte gli interessi personali e patrimoniali dei singoli soggetti coinvolti e il secondo perché le pene afflittive riceverebbero un trattamento irragionevolmente differenziato rispetto a quelle criminali di cui condividono le finalità. Ricorda inoltre come l'art. 23 cost. possa rivelarsi insufficiente allorché la sanzione civile punitiva vada ad incidere su diritti costituzionalmente garantiti (si pensi alle sanzioni delle formazioni sociali intermedie così in nota n. 73).

Anche i principi di precisione, tassatività, determinatezza, divieto di analogia e personalità dunque dovrebbero estendersi a tali misure civilistiche perché collegati alla funzione di prevenzione generale. Se l'ordinamento civile dispone la privazione di un diritto, una decadenza o una obbligazione pecuniaria con unico scopo sanzionatorio-intimidativo a differenza della responsabilità civile ove il risarcimento codicistico si limita ad allocare i rischi e costi connessi all'esercizio delle attività umane, la sanzione civile punitiva in esame deve essere per l'autore connotata dal principio di personalità.

<sup>1275</sup> Cfr. FEDELE, *op. ult. cit.*, 21 ss.

<sup>1276</sup> QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit. 229, ma anche 374 ss.; MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, cit., 109 ss. spec. 143; cfr. anche P. PERLINGIERI – MALOMO, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2017, 912 ss.; GRONDONA, *l'auspicabile via libera ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *dirittocivilecontemporaneo*, III, 2016, 20; ID, *La responsabilità civile tra libertà individuale e*

Altro orientamento ritiene che la riserva di legge di cui all'art. 23 cost. sia già rispettata dalle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c. che consentirebbero al giudice nell'esercizio del potere discrezionale di liquidazione equitativa del danno di avere riguardo anche alle componenti riferibili alla sfera del danneggiante (dolo/colpa grave, anti-giuridicità della condotta) come confermato da alcune pronunce giurisprudenziali<sup>1277</sup>.

Si è obiettato che tali orientamenti non hanno sufficiente base normativa e nel sistema codicistico soltanto il risarcimento del danno morale, proprio perché acuisce la sofferenza interiore del danneggiato, può risentire della particolare riprovevolezza e oltraggiosità della condotta del danneggiante, ma in una logica non punitiva, bensì solidaristico-satisfattiva<sup>1278</sup>.

Una dottrina ha osservato criticamente che i risarcimenti punitivi e/o deterrenti, una volta ricondotti dalla giurisprudenza alle regole della responsabilità civile, non possono costituire una prestazione patrimoniale *imposta*, alla stessa stregua di una sanzione amministrativa. Del tutto improprio sarebbe il richiamo all'art. 23 cost. poiché i risarcimenti in commento non costituiscono una prestazione autonoma, ma un effetto del fatto dannoso sicché basterebbe un ancoraggio normativo secondo i principi che regolano la materia civilistica per assicurarne la piena legittimità<sup>1279</sup>. In particolare,

---

*responsabilità sociale*, cit., 116 ss. I citati autori non si soffermano particolarmente sul problema dell'osservanza della riserva di legge che tale aumento comporterebbe.

<sup>1277</sup> MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere*, cit., 835; ID, *La responsabilità civile*, cit., 336-337; BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria e compensazione*, cit., 36-37 per la componente afflittiva del danno non patrimoniale. In giurisprudenza, confermano questa tendenza Cass., 19 ottobre 2015, n. 21087; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918.; Cass., 25 ottobre 2002, n. 15103. In materia di risarcimento ex art. 709 *ter* c.p.c. v. *infra* Parte II, par. 2. Per il danno non patrimoniale v. parte. II, par. 7 ss.

<sup>1278</sup> NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, in PATTI-DELLE MONACHE, *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 40 ss.; DELLACASA, cit., 1177. L'equità contemplata dagli artt. 1226 e 2056 c.c., non è infatti sostitutiva, ma integrativa sicché l'interprete non può utilizzare per la quantificazione del pregiudizio parametri che non abbiano alcuna attinenza con il danno da risarcire alla vittima della lesione. Per tutti BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA-BRANCA, 1979, cit., 321; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 179 ss.; DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, Torino, 2018, 37 ss. V. anche DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie*, cit., 44. Per ulteriori approfondimenti sul punto v. *infra* Parte II, Par. 5. ss.

<sup>1279</sup> Si tratta della posizione di DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1794 che osserva «raffigurare il risarcimento con valenza punitiva, quale «prestazione», risultante da autonoma «imposizione», alla stregua di una qualsiasi misura fiscale o di altro genere, appare accostamento, si è detto, abbastanza estraneo alla materia, la quale non conosce «prestazioni» autonome ma «effetti o rimedi» conseguenti al fatto illecito dannoso, [di guisa che] occorre invece insistere sui principi più direttamente pertinenti alla materia e/o meglio sull'esigenza che l'«ancoraggio normativo», così evocato, sia tale da aver collocazione all'interno stesso dello «armamentario» (così definito dalla sentenza) della responsabilità civile, utilizzando per intero la potenzialità e cioè la irradiazione di cui esso è capace». L'autore aveva già espresso tale posizione in DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 66 ss. nonché in sede di commento dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 9978/2016 cit., in DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. It.*, 8-9, 2016, 1858 ss. nella parte in cui affermava che la responsabilità civile non costituisca un valore

proponendo una interpretazione evolutiva delle regole civilistiche vigenti costituzionalmente orientata al principio di effettività della tutela (artt. 2 e 24 cost), occorrerebbe rivalutare la clausola generale di *ingiustizia* del danno riferendola anche alle componenti del fatto illecito e modulare la risposta risarcitoria a seconda delle peculiari circostanze del caso concreto in ottica rimediale differenziando l'illecito doloso da quello colposo, le condizioni patrimoniali del danneggiante e così via analogamente a quanto accade nel diritto europeo ove si discorre di "rilevanza giuridica" del danno (*legally relevant damage*), «che si fa portatrice di fattori, quali "il fondamento dell'imputazione, la natura e prossimità del danno, le aspettative ragionevoli di colui che il danno subisce»<sup>1280</sup>.

Il che deriverebbe dalla necessaria disarticolazione della nozione unitaria di danno risarcibile<sup>1281</sup> concepita tradizionalmente con riferimento al solo danno patrimoniale.

L'indicata opzione interpretativa presenta profili di criticità poiché da una parte riconduce alle regole della responsabilità civile istituti profondamente differenziati (ad es. non distingue sul piano strutturale e funzionale le obbligazioni pecuniarie non risarcitorie che non presentano alcun collegamento qualificato con un danno da risarcire, dai risarcimenti *sui generis* indicati in precedenza sui quali ci si soffermerà nella seconda parte del presente capitolo) e dall'altra rischia di produrre risultati ermeneutici imprevedibili.

A livello costituzionale il principio generalissimo di solidarietà di cui all'art. 2 cost. – ma lo stesso vale anche per altri principi amplissimi come quelli di eguaglianza o di utilità sociale – informa l'intero sistema giuridico e si presta, in quanto norma senza fattispecie, a declinazioni molteplici e indeterminate, frutto di condizionamenti ideologici dell'interprete, non suscettibili di essere verificate obiettivamente<sup>1282</sup>. Il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (*ex art. 12 Preleggi al c.c.*) è ammissibile soltanto in presenza di lacuna normativa non colmabile con le regole

---

costituzionalmente protetto anche se la Carta fondamentale garantisce la tutela risarcitoria dei diritti indirettamente attraverso i principi di cui agli artt. 2 e 24 cost. V. anche DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 65.

Critica il riferimento all'art. 23 cost. anche BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. e imp.*, 2017, 1133 per la natura pubblicistica che verrebbe ad ascrivere all'istituto civilistico.

<sup>1280</sup> DI MAJO, *op. ult. cit.*, 1794.

<sup>1281</sup> L'autore riprende il pensiero critico di BUSNELLI, *Tanto tuonò che ... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, in *Corr. Giur.*, 10, 2015, 1206 ss. il quale però non si occupa del problema della riserva di legge nel momento in cui propone di recuperare la componente afflittiva del danno non patrimoniale. Contro questa impostazione che farebbe ritornare indietro l'interpretazione del dettato codicistico di quasi un secolo v. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 876 ss.

<sup>1282</sup> Cfr. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 9 ss.; IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 2016, 922; CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., 764 ss.; ID, *Eclissi del diritto civile*.



della *analogia legis* e l'interpretazione conforme a Costituzione trova il proprio limite nelle condizioni di possibilità determinate dal testo legislativo<sup>1283</sup>.

Per quanto sopra osservato, la massima valorizzazione degli artt. 2 (protezione dei diritti inviolabili) e 24 (principio di effettività) a tutela del soggetto leso non può essere assoluta, dovendosi bilanciare anche con altri principi costituzionali parimenti rilevanti posti a tutela del responsabile (diritti contrapposti di cui egli è titolare e artt. 23, 41, 42 cost.)<sup>1284</sup>.

Per questa via, l'orientamento sostenuto da Cass., Sez. Un., n. 16601/2017 cit. di limitare il principio di effettività di cui all'art. 24 cost. all'osservanza della riserva di legge – seppure in una dimensione solo relativa di cui all'art. 23 cost. –, anche nel settore civilistico, appare condivisibile.

Dall'analisi dei dati positivi non sembra possa enuclearsi a livello della legislazione ordinaria un principio generale che permetta all'interprete di implementare la misura del risarcimento (o per converso di ridurla) avuto riguardo ai parametri sopra indicati<sup>1285</sup>; piuttosto dal sistema codicistico, salve previsioni settoriali, emerge il principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali (desumibile dagli artt. 2033 e 2041 c.c.) che osta, in ambito extracontrattuale e in difetto di diversa previsione autorizzatrice, alla deroga delle regole civilistiche ordinarie sul risarcimento del danno. Ben diversa è la situazione in ambito contrattuale in cui le parti potrebbero definire le conseguenze dell'inadempimento e di eventuali “sanzioni”, attraverso la clausola penale *ex art.* 1382 c.c., pur sempre entro i limiti sanciti dall'ordinamento giuridico e in virtù del principio di sussidiarietà. Neppure sembra ammissibile, in difetto di specifica previsione normativa, parametrare l'entità della obbligazione risarcitoria eventualmente ai profitti conseguiti dal responsabile o alle proprie condizioni economiche. Oltre ai limiti posti dalla rigorosa disciplina dell'arricchimento ingiustificato e della gestione di affari altrui,

---

<sup>1283</sup> Diffusamente LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2016, 391 ss.

<sup>1284</sup> D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2, 2019, 33 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici ricorda che dal punto vista teorico è possibile tracciare una netta distinzione tra attività di interpretazione della legge e integrazione dell'ordinamento, ammissibile solo in presenza di lacune. Nel primo caso il bilanciamento degli interessi è compiuto dal legislatore che il giudice concretizza nella specifica fattispecie; nel secondo invece, è il giudice che crea la norma operando direttamente un bilanciamento dei contrapposti interessi sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato in presenza di lacuna normativa non colmabile attraverso le regole della *analogia legis*. Per il citato autore, di attività creativa del giudice deve discorrersi anche in presenza di clausola generale poiché anche in questa ipotesi è il giudice a determinare l'effettivo contenuto dell'astratta generale previsione normativa applicandola a casi concreti.

<sup>1285</sup> Cfr., in senso opposto, QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 374 ss. e gli altri Autori citati alla nota 1276, nonché MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere*, cit., 835 alla nota 1277.

non pare che l'ordinamento giuridico esprima un principio generale di riverzione degli utili, seppure frutto di un illecito, in favore della vittima<sup>1286</sup> quanto piuttosto (come si desume da diverse previsioni codicistiche) il principio *suum cuique tribuere*.

In conclusione, se è corretto affermare che la previsione di misure civilistiche dissuasive e/o punitive richiede l'espressa previsione di legge, non sembra altrettanto condivisibile la tesi che predica l'estensione in ambito civilistico dell'art. 25 cost. in quanto strettamente connessa alle sole sanzioni penali e amministrative sostanzialmente punitive come confermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale più recente<sup>1287</sup> che

---

<sup>1286</sup> Cfr. diffusamente sul punto D'AMICO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 394 ss.

<sup>1287</sup> Ricorda MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 4 ss. che a fronte di una quarantennale posizione di chiusura nella interpretazione dell'art. 25, secondo comma, cost. alle sole pene strettamente penali (ma v. Corte cost. n. 78/1967), il problema della nozione sostanziale di pena e del relativo statuto garantistico – estesa a misure anche non puramente criminali – si pone a partire da Corte cost. (ord. n. 87/2009) con riferimento alle misure interne qualificate penali in base ai criteri EDU. Tale questione si è posta in più occasioni con riguardo alla confisca proprio perché costituisce istituto proteiforme (che potrebbe avere a seconda dei casi natura civile, amministrativa o fortemente afflittiva e quindi penale). Corte Cost. 04 giugno 2010, n.196, ha difatti affermato «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formata in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Senonché l'indicata decisione è stata adottata non già avendo come parametro di legittimità costituzionale l'art. 25 cost., ma il 117, primo comma, cost. con riferimento all'art. 7 CEDU e anche in questo caso, la natura sostanzialmente penale riconosciuta alla confisca dell'autoveicolo, è strettamente connessa al reato di guida in stato di ebbrezza e presenta natura fortemente afflittiva.

Anche altre recenti decisioni problematiche della Corte costituzionale segnalate dall'Autore estendono solo alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive le garanzie della materia penale di cui all'art. 25 cost. (punto questo peraltro non pacifico per quanto si vedrà) – e non già a quelle civilistiche – pur dando rilievo alla applicabilità dei criteri CEDU per la qualificazione della natura della sanzione interna (così corte cost. sentenza n. 196 del 2010).

In questi termini si esprime la controversa Corte Cost., 07 aprile 2017, n. 68 – che dichiara inammissibili le questioni sollevate dal giudice *a quo* – a proposito della confisca per equivalente allorché dispone l'ablazione di beni non pertinenti funzionalmente con l'illecito quando non sia possibile eseguire la confisca diretta quelli afferenti al reato; nel caso di specie si trattava di una confisca introdotta a seguito della depenalizzazione di un reato in illecito amministrativo ed ad essere contestato era la sopravvenuta applicazione retroattiva della nuova sanzione ai fatti pregressi in virtù della disciplina transitoria ivi prevista.

La particolarità della pronuncia in parola sta nell'aver ritenuto (al par. 7 della motivazione) che dalla ritenuta qualificabilità della misura interna come penale ai sensi CEDU derivi non soltanto la possibilità di censurare la disciplina interna ai sensi dell'art. 117, primo comma, cost. in relazione all'art. 7 CEDU, ma anche rispetto all'art. 25, secondo comma, cost.

Tale automatismo, come ricorda l'Autore, non sembra in linea con altre decisioni della stessa Corte poiché la qualificazione della misura come penale ai sensi CEDU rileva solo per l'applicazione delle garanzie convenzionali, ma non di quelle costituzionali rimessa alle leggi interne.

Corte cost. 11 maggio 2017, n.109 dopo avere affermato che le garanzie di cui all'art. 27 cost. sono riferibili solo alle sanzioni formalmente penali (sentenze n. 281 del 2013 e n. 487 del 1989; ordinanze n. 125 del 2008, n. 434 del 2007, n. 319 del 2002, n. 33 del 2001 e n. 159 del 1994) ha chiarito che «il giudice a quo intende ottenere l'allargamento dell'area di ciò che è penalmente rilevante: ma nella sentenza n. 49 del 2015 questa Corte ha già escluso la correttezza dell'assunto secondo cui l'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato (sentenze n. 43 del 2017 e n. 193 del 2016), appena sia tale da corrispondere, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai criteri Engel di qualificazione della "pena", subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente, con conseguente saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo.

In definitiva, il giudice a quo utilizza i criteri Engel per perseguire - nella prospettiva che egli stesso privilegia - l'obiettivo dell'applicazione delle tutele predisposte dal diritto nazionale per i soli precetti e per

si è occupata specificamente del tema (v. in particolare Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139 cit. con riferimento all'art. 96, terzo comma, c.p.c.)<sup>1288</sup>.

Solo *occasionalmente* la Corte costituzionale ha esteso lo statuto garantistico di cui all'art. 25 cost. – fuori dalla materia penale – e solo con riferimento a misure amministrative – dunque non civilistiche – e limitatamente al nucleo duro del precetto costituzionale (irretroattività) e in stretta connessione con le libertà fondamentali del cittadino.

Tutti i precedenti segnalano l'esistenza di un nesso tra riqualificazione della misura amministrativa e reati o processi di depenalizzazione e tale indirizzo sembra confermare l'inesensibilità dell'art. 25 cost. alle misure civilistiche sanzionatorie e/o deterrenti.

Ancor meno sicuro, in difetto di specifica casistica sul punto, è l'ancoraggio tra sanzione civile (o componente del risarcimento) punitiva e/o deterrente e artt. 6 e 7 CEDU<sup>1289</sup> non essendo affatto scontato che l'attrazione alla materia penale ai sensi convenzionale possa *sic et simpliciter* produrre violazione delle garanzie EDU previste per sanzioni penali/amministrative sostanzialmente punitive (alcune delle quali, specie

---

*le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera, secondo i propri principi, espressione della potestà punitiva penale dello Stato (sentenza n. 43 del 2017). Ma tale scopo è del tutto diverso da quello che il ricorso ai criteri Engel lascerebbe attendere, cioè l'estensione alla sanzione amministrativa delle sole garanzie convenzionali, come elaborate dalla Corte di Strasburgo per la matière pénale».*

Anche in Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43 si segue questa stessa linea e si aggiunge «È pur vero che questa Corte ha, occasionalmente (sentenze n. 104 del 2014, n. 196 del 2010, richiamate dalla recente n. 276 del 2016), riferito il parametro di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto. Ma lo ha fatto limitatamente al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura «è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (sentenza n. 276 del 2016), e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino.

Diverso è il problema, posto dalla odierna ordinanza di rimessione, dell'applicabilità alle sanzioni amministrative di tutte le garanzie previste dalla legge per le sanzioni penali» e ancora «Nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno. Sotto questo profilo deve, infatti, ricordarsi che questa Corte ha, anche di recente, ribadito «l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale» (sentenza n. 49 del 2015), considerando legittima la mancata estensione agli illeciti amministrativi di taluni principi operanti nel diritto penale, sulla considerazione che «[t]ali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi» (sentenza n. 193 del 2016). La qualificazione degli illeciti e la conseguente sfera delle garanzie, circoscritta ad alcuni settori dell'ordinamento ed esclusa per altri, risponde, dunque, a «scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati» (sentenza n. 193 del 2016), sindacabili da questa Corte solo laddove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio».

Al di là della questione strettamente penalistica che non interessa esaminare *funditus* ai fini della presente ricerca, quello che le indicate decisioni segnalano è che solo in poche occasioni la Corte costituzionale ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 25 cost. limitatamente alle misure amministrative sostanzialmente punitive e in stretta connessione con reati e processi di depenalizzazione.

<sup>1288</sup> V. *retro*, parte I, par. 9.

<sup>1289</sup> V. *retro* Cap. II, par. 3.2.

quelle procedimentali, risultano difficilmente compatibili con le sanzioni civili punitive e/o deterrenti).

Ciò che rileva a livello CEDU è piuttosto la prevedibilità e accessibilità della norma sicchè ove esistano regole che consentano di individuare i presupposti e i limiti di applicazione della sanzione non dovrebbero sussistere violazioni convenzionali.

Del resto, come sottolineato dalla dottrina costituzionalistica, solo la Corte costituzionale e la Corte EDU non sono vincolate giuridicamente dalla qualificazione formale della misura legislativa interna. Al contrario, il giudice ordinario rimane vincolato dalla qualificazione non pubblicistica della misura operata dal legislatore nazionale e non può applicare direttamente le garanzie CEDU salvo che la stessa Corte EDU si sia già pronunciata sulla natura sostanzialmente punitiva di quella previsione. Dunque, fuori da queste ipotesi, se il giudice nazionale ritiene che la disciplina interna contenga misure sostanzialmente riconducibili alla nozione di materia penale ai sensi convenzionale - diverse dalla qualificazione formale operata dal legislatore - e che ciò possa ledere le garanzie EDU, egli non può effettuare una sorta di applicazione conforme alla CEDU (che equivale alla disapplicazione del testo legislativo interno); è tenuto, piuttosto, a sollevare questione di legittimità costituzionale in modo tale che sia la Consulta a valutarne la reale natura giuridica e l'ipotetico contrasto con gli artt. 117, primo comma, cost. in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU<sup>1290</sup>.

Sembra dunque che la partita si giochi proprio intorno ai principi di prevedibilità e di proporzionalità<sup>1291</sup> nella duplice dimensione risarcimento-sanzione e sanzione-gravità della lesione.

---

<sup>1290</sup> ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale – Problematiche attuali*, Milano, 2017, 89.

Il rischio della estensione delle garanzie costituzionali della materia penale a sanzioni non penali interne è segnalato anche dalla nota critica di PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? – spunti di riflessione a margine di Corte cost, n. sente 11 maggio 2017, n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon*, in *Dir. pen cont.*, 2017, 4, 172 ss.

<sup>1291</sup> Principio che del resto trova fondamento anche nella nostra Carta fondamentale ex art. 3 cost. e non soltanto nell'art. 49 CDFUE come indicato da Cass., Sez. Un., n. 16601/2017.

### 10.1 *Segue: i profili problematici consequenziali*

Dall'esame delle disposizioni sopra indicate sono emersi alcuni dati fondamentali; il legislatore a livello di descrizione della fattispecie non sempre enuclea in maniera puntuale i fatti cui si applica la prestazione pecuniaria non risarcitoria – o parzialmente tale – talora rimettendo all'autonomia privata o al giudice la relativa individuazione. Nella conformazione dell'effetto giuridico non sempre indica i parametri che devono guidare il giudice nella liquidazione del *quantum debeatur* e/o i limiti minimi e massimo dell'importo dovuto dall'obbligato<sup>1292</sup>. Non così ovviamente per le prestazioni pecuniarie non risarcitorie più vicine all'area penalistica (basti soltanto considerare gli illeciti civili punitivi sorti dalla depenalizzazione del 2016 che sono tipici e soggiacciono a sanzioni punitive specifiche e a regole *sui generis* analoghe a quelle delle sanzioni amministrative).

Gli indicati profili problematici emergono nelle misure coercitive indipendenti dal risarcimento che costituiscono una prima specie di prestazioni pecuniarie dovute *ex lege* con carattere prevalentemente dissuasivo (solo *ex post* punitivo); in secondo luogo nelle ipotesi di prestazioni pecuniarie sanzionatorie e/o deterrenti che si cumulano al risarcimento e sono anche esse indipendenti dal primo; in terzo luogo, per la componente non compensativa dei risarcimenti che hanno anche funzione punitiva e/o deterrente<sup>1293</sup>.

Il discorso intorno ai limiti della potestà legislativa in siffatte materie non può che muovere dall'esame dei principi costituzionali rilevanti<sup>1294</sup>.

Si è già avuto modo di notare come la Corte costituzionale abbia affrontato recentemente siffatte problematiche proprio con riferimento al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. evidenziando per un verso che fuori dalle sanzioni penali e amministrative sostanzialmente punitive non trova applicazione l'art. 25 cost. sicchè la fattispecie non deve essere tassativamente individuata ben potendosi ricorrere a clausole generali<sup>1295</sup> e

---

<sup>1292</sup> Fuori dai casi in cui il legislatore indica puntualmente sia i criteri di quantificazione che l'ammontare minimo e massimo della prestazione pecuniaria dovuta (ad es. artt. 3-5 d.lgs. n. 7/2016, art. 8, comma 3, d.lgs. n. 231/2002), ve ne sono altri più problematici ove mancano i criteri di liquidazione anche se sono definiti i limiti (ad es. art. 31 l. n. 392/78, art. 709 *ter*, comma 2, n. 4 c.p.c., art. 26, comma 2, c.p.a., art. 140, comma 7, c. cons., art. 8, comma 2, d.lgs. n. 231/2002). Per converso, in altre fattispecie sono fissati i parametri di liquidazione, ma non indicati i limiti minimi e massimi (ad es. art. 12, l. n. 49/1947, art. 614 *bis*, c.p.c.) ovvero, in altri ancora, il legislatore si affida al potere equitativo del giudice (ad es. art. 96, comma 3, c.p.c.; art. 8, comma 4, l. n. 24/2017).

<sup>1293</sup> V. *infra* parte II di questo Capitolo.

<sup>1294</sup> Cfr. DONZELLI, *op. ult. cit.*, 396.

<sup>1295</sup> Così anche nella dottrina penalistica cfr. PIERGALLINI, *cit.*, 660 secondo cui «*non pare possano configurarsi violazioni costituzionalmente rilevanti, quando viene circoscritto il potere del giudice attraverso l'esplicitazione di parametri che ne guidino la discrezionalità, appuntati sulla condotta del*

per altro verso che l'art. 23 cost. contempla una riserva di legge relativa la quale può essere soddisfatta attraverso meccanismi che rendano prevedibile la liquidazione del *quantum* (ad esempio un sistema tabellare).

Sembra quindi che ove il legislatore rinvii *per relationem* a parametri specifici ed obiettivi che assicurino certezza e prevedibilità non v'è alcun problema di legittimità costituzionale della previsione legislativa ancorchè non siano fissati *ex ante* i limiti minimi e massimi della prestazione pecuniaria dovuta o della sola componente punitiva e/o deterrente del risarcimento.

Il problema semmai diviene quello di dovere assicurare un obbligo di motivazione più stringente e analitico di modo che al giudice della impugnazione sia riservato il controllo di adeguatezza/proporzionalità della decisione adottata nel caso concreto in base ai parametri obiettivi preesistenti.

In assenza di esplicita previsione legislativa di rinvio o di parametri certi (ad. es. fuori dai casi del sistema tabellare), onde evitare possibili censure di legittimità costituzionale, si è prospettata quale possibile soluzione quella di liquidare tali componenti sanzionatorie richiamando, nei limiti di compatibilità, i parametri di cui agli artt. 133 e 133 *bis* c.p.<sup>1296</sup>.

Per la verità l'indicato orientamento non tiene conto del dettato dell'art. 185 c.p. secondo il quale il risarcimento e le restituzioni sono conseguenze dell'illecito da determinarsi *secondo le leggi civili* in ciò distinguendosi dalla pena criminale e dalle relative regole di quantificazione, da considerarsi appunto settoriali e non certo espressione di principi generali (si pensi soltanto al riferimento capacità a delinquere di cui all'art. 133, secondo comma, c.p.)<sup>1297</sup>.

Il punto di riferimento dunque andrebbe ritrovato all'interno di fattispecie simili di natura civilistica e, in assenza di specificazione dei limiti massimi e minimi del *quantum debeatur*, il giudice dovrebbe motivare adeguatamente la decisione alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Questi ultimi, presupponendo sempre il riferimento a un parametro legale, obbligherebbero l'interprete ad effettuare un'analisi

---

*danneggiante: la malafede, la colpa grave, il grado di illiceità della condotta, le condizioni economiche dell'autore, il profitto ritratto dall'illecito ecc.»*

<sup>1296</sup> V. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 394; SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 189; DONZELLI, *op. ult. cit.*, 410.

<sup>1297</sup> Così chiaramente CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., 792 e anche DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 362.

puntuale delle disposizioni che contemplan fattispecie simili caratterizzate da analoga *ratio*<sup>1298</sup>.

Per altro orientamento, invece, non occorre la specifica indicazione dei parametri di quantificazione e dell'ammontare minimo e massimo<sup>1299</sup> delle obbligazioni più o meno sanzionatorie civilisticamente rilevanti atteso che, come osservato, il diverso contesto di disciplina sostanziale e processuale impedisce di estendere i principi propri del diritto penale e amministrativo a questa materia.

La legittimità costituzionale delle previsioni in esame dovrebbe infine coordinarsi anche con l'osservanza dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 cost. che la stessa Corte costituzionale ha individuato come limiti al giudizio secondo equità<sup>1300</sup> (Corte. Cost. n 6 luglio 2004, n. 206) sicchè sarebbe necessario indicare i criteri che governano il potere discrezionale del giudice, garantire il contraddittorio sulle questioni (di fatto e di diritto) in base alle quali è irrogata la sanzione e la liquidazione del *quantum* dandone adeguatamente conto in motivazione. Infine la decisione deve essere sempre ricorribile in Cassazione per violazione di legge.

---

<sup>1298</sup> Richiamando DALLA MASSARA, *op. cit.*, 67 ss. v. DE MENECH, *op. ult. cit.*, 362 la quale, ad esempio, estende i parametri di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. (danno quantificato o prevedibile, valore della controversia e natura della prestazione) all'art. 96, comma terzo, c.p.c. nella liquidazione equitativa della sanzione e così anche l'art. 4 d.l. n. 259/2006 (ossia i parametri indicati legislativamente per la quantificazione della pubblicazione illegittima delle intercettazioni telefoniche) alla determinazione della riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 L. n.47/1948. Per la verità oggi i principali uffici giudiziari sembrano avere risolto il problema inserendo all'interno delle proprie Tabelle sia riferimenti per la quantificazione dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., sia quelli relativi al danno da diffamazione a mezzo stampa e della relativa riparazione pecuniaria (cfr. Tabelle di Milano e di Roma aggiornate rispettivamente a maggio e dicembre 2018). Stessa prassi viene seguita anche nella liquidazione del danno non patrimoniale non contemplato nel sistema tabellare. I giudici di merito sovente richiamano i valori delle Tabelle per il danno alla salute e lo modulano in relazione al pregiudizio alla persona che viene in rilievo in concreto (ad esempio in materia di mancato riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio v. *infra*). Non sempre, però, gli indicati parametri tabellari possono essere estesi automaticamente a tutte le molteplici e variegate fattispecie concrete sicchè occorrerebbe una specifica motivazione sul punto.

<sup>1299</sup> Si tratta di una tesi suggerita dalla stessa dottrina penalistica v. PIERGALLINI, *cit.*, 660.

<sup>1300</sup> Di recente sul punto v. DONZELLI, *cit.*, 408.





## PARTE II

### LE IPOTESI CONTROVERSE DI RISARCIMENTI CON FUNZIONE ANCHE PUNITIVA E/O DETERRENTE

#### 1. Il danno all'integrità del mercato di cui al secondo comma dell'art. 187 *undecies* d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF).

Particolarmente problematica rispetto alle ordinarie regole della responsabilità civile è la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 187 *undecies* TUF<sup>1301</sup> secondo cui la Consob, nei processi penali relativi ai reati previsti dagli artt. 184 e 185 TUF (rispettivamente abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato), può «costituirsì parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato».

La riparazione in esame si colloca in un contesto normativo fortemente pubblicistico poiché la legittimazione ad agire per conseguirla è riservata all'Autorità di settore, può cumularsi alle sanzioni amministrative e penali irrogate per le medesime condotte illecite tipiche ed è destinata a confluire nel patrimonio della Consob quale ente esponenziale degli interessi del mercato (ex artt. 74, comma 1 e 91 TUF).

Dal punto di vista civilistico, esaminando la struttura della norma in commento, ci si avvede di alcune peculiarità significative rilevanti sia sotto il profilo del giudizio di responsabilità che della disciplina del danno risarcibile: la domanda risarcitoria della Consob è ammissibile, per espressa previsione legislativa, solo in un processo penale e solo per l'accertamento dei reati ivi indicati; la disciplina del danno “da integrità del mercato”, di cui è preliminare comprendere se collegato alla lesione di una posizione giuridica soggettiva imputabile all'Autorità di settore, diverge profondamente rispetto

---

<sup>1301</sup> Inizialmente l'art. 187 TUF consentiva alla Consob di esercitare solo i diritti e le facoltà attribuite dal codice di procedura penale agli enti e associazioni portatori degli interessi lesi dal reato. L'Autorità si limitava – e può farlo tutt'oggi v. *infra* – a intervenire nel processo svolgendo il ruolo di ausiliario del PM (dati i consistenti poteri ispettivi che le competono) che non può formulare domande, né conclusioni. Si tratta del ruolo di accusa pubblico/privata collocata in una posizione intermedia tra lo Stato offeso dal reato e il titolare dell'interesse sostanziale inciso dalla condotta abusiva. Ciononostante la giurisprudenza di merito, pur in assenza di basi normative, aveva inaugurato il discutibile orientamento che ammetteva la costituzione di parte civile della Consob per domandare nel processo penale il risarcimento del danno subito alla propria immagine.

Con legge 18 aprile 2005, n. 62 (di attuazione della Direttiva n. 2003/6/CE) è stato introdotto l'art. 187 *undecies* TUF che al secondo comma prevede testualmente la costituzione di parte civile dell'Autorità; altro è l'intervento nel processo penale regolato dal primo comma, altro è la costituzione di parte civile che implica la proposizione di un'azione risarcitoria (secondo comma). V. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Torino, 2017, 280.

all'art. 1223 c.c. al punto da indurre parte della dottrina e le stesse Sezioni Unite a discorrere di risarcimento punitivo o di *punitive damages*<sup>1302</sup>.

Il primo dato che preme evidenziare sembra costituito dalla scissione tra titolarità dell'interesse lesso e titolarità del diritto alla riparazione<sup>1303</sup>. Nella disciplina codicistica al danneggiato è riconosciuto il diritto al risarcimento equivalente alla perdita economica subita, comprensiva del mancato guadagno, in quanto conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo di una propria situazione giuridica soggettiva protetta nei limiti fissati dagli artt. 1223 – 1227 c.c.; nell'art. 187, *undecies* TUF, per la dottrina prevalente, il danno all'integrità del mercato non si correla alla lesione di una posizione soggettiva individuale della Consob, ma alla lesione di un interesse diffuso, adespota, indifferentemente riferibile a tutti i possibili attori del mercato (*l'integrità del mercato*, appunto, quale bene di rilievo pubblicistico, superindividuale).

Questa linea interpretativa finisce per riconoscere portata sanzionatoria alla riparazione prevista dall'art. 187 *undecies* TUF giacchè sarebbe irrogabile in presenza della sola esistenza del reato – senza alcun onere in capo all'Autorità di provare il pregiudizio consequenziale – e liquidabile equitativamente secondo i parametri indicati dal legislatore, assimilabili a quelli previsti per irrogare sanzioni penali/amministrative<sup>1304</sup>.

---

<sup>1302</sup> Discorrono di *punitive damages* RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 818; GILOTTA, *Manipolazione del mercato: considerazioni sulla dinamica del fatto e danni civili da reato*, in *Giur. comm.*, 2007, 1291; MARTIELLO, "Market abuse" e profili di responsabilità penale individuale, in *Dir. e prat. soc.*, 6, 2006, 38 ss.; NAPOLEONI, voce *Insider trading*, in *Dig. Pen. It.*, Torino, 2008; GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, 85; LUNGHINI, *L'agiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 493; CENDON (a cura di) *Trattato dei nuovi danni*, Padova, 2011, 206 ss.; BELLINI, *Risarcimento per danno all'integrità del mercato e all'immagine della Consob*, in *Danno e resp.*, 2007, 797. La qualifica come sanzione civile punitiva VIOTTI, *Il «danno all'integrità del mercato»*, in *Dir. comm. Int.*, 2010, 891.

Cfr. in termini generali diffusamente GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, cit., 83 ss.; SGUBBI – FONDAROLI – TRIPODI, *Diritto penale finanziario, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB, falso in prospetto*, Padova, 2013; ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, cit., 280 ss.

<sup>1303</sup> VIOTTI, *Il «danno all'integrità del mercato»*, cit., 891 ss. che richiama sul punto Trib. Milano, Sez. III penale, 24 aprile 2008, n. 2727. V. anche in precedenza Trib. Milano, 21 dicembre 2006, in *Dejure*. Lo afferma anche successivamente Cass. Pen., sez. V., 20 gennaio 2010, n. 8588 in *Dejure* per la quale v. *infra* nel testo.

<sup>1304</sup> I tre parametri indicati dal legislatore per la quantificazione della riparazione pongono evidenti difficoltà interpretative e rendono imprevedibile la decisione equitativa giudiziale.

L'«*offensività del fatto*» è già valutata a monte dal legislatore nel momento in cui ha previsto che quegli illeciti siano rilevanti penalmente sicchè una distinzione potrebbe essere operata a seconda che il reato produca solo effetti vantaggiosi all'interno della compagine societaria (ad es. avvantaggia gli amministratori che li hanno commessi) o determini anche o solo effetti pregiudizievoli per terzi (investitori o altri operatori del mercato).

Le «*qualità personali*» del colpevole vanno riferite ai soggetti che rivestono funzioni apicali nella compagine societaria e che possono commettere i reati in esame. Difficilmente si potrebbe avere una graduazione dell'entità della riparazione a seconda della funzione ricoperta a meno che il responsabile non abbia compiuto in precedenza altre condotte già sanzionate.

L'«*entità del prodotto o del profitto del reato*», pone il problema di dovere distinguere tra chi è l'autore del reato e chi beneficia degli effetti dello stesso; non sempre vi è piena coincidenza tra i due profili.

È vero che il primo comma dell'art. 187 *undecies* TUF abilita la Consob, nei procedimenti per i reati previsti dagli artt. 184 e 185 TUF, ad esercitare «*i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato*» ai sensi degli artt. 91 e 92 c.p.p., ma è altrettanto vero che l'ipotesi contemplata nel secondo comma è diversa; nel costituirsi parte civile all'interno del processo penale, l'Autorità fa valere un danno non imputabile esclusivamente alla persona offesa dal reato, bensì un danno collettivo, astratto alla *integrità del mercato*. In altri termini, per le funzioni istituzionali che svolge (artt. 74, comma 1 e 91 TUF), la Consob, quale Autorità di settore, non agisce nella veste di sostituto processuale *ex art. 81 c.p.c.* dei singoli danneggiati o delle associazioni dei consumatori o di investitori, perchè garantisce il buon funzionamento del mercato complessivamente inteso quale entità astratta ed eterogenea composta da risparmiatori, investitori professionali e società quotate, ciascuno dei quali portatore di propri interessi particolari differenti dagli altri. L'Autorità non potrebbe essere portatrice al contempo di tutti e di ciascuno dei singoli e mutevoli interessi eventualmente incisi dai reati di cui agli artt. 184 e 185 TUF tanto è vero che la stessa Consob è destinataria, in difetto di diversa previsione legislativa, della somma dovuta a titolo di riparazione *ex lege* e non certamente i vari danneggiati che non hanno proposto domanda autonoma. I singoli operatori economici ben potrebbero (individualmente o per il tramite delle associazioni di categoria) chiedere il risarcimento dei danni effettivamente subiti a causa dei reati di in esame attenendosi alle regole codicistiche e facendo valere le proprie posizioni soggettive differenziate (individuali o collettive).

Il danno all'*integrità del mercato* che deriva dalla non corretta formazione dei prezzi degli strumenti finanziari – e determina il non regolare funzionamento del mercato – non richiede alcuna prova specifica del pregiudizio sofferto dalla Consob, né la derivazione eziologica dai reati in questione costituendo una conseguenza automatica dell'accertamento degli stessi illeciti penali (danno *in re ipsa*).

---

Coloro che beneficiano dei profitti (o delle mancate perdite di utilità) potrebbero essere soggetti ulteriori e diversi da coloro che hanno commesso il reato (che parallelamente potrebbero neppure indirettamente averne beneficiato). Né vi è poi piena coincidenza tra profitto ottenuto da un soggetto e danno subito da altri nel mercato sicchè diviene estremamente difficoltoso quantificare tale misura civilistica.

Cfr. diffusamente VIOTTI, *il «danno all'integrità del mercato»*, cit., 891 ss. il quale ricorda, ad esempio, che il Tribunale di Milano, pur avendo escluso la risarcibilità del danno all'immagine della Consob e del danno correlato all'esercizio delle proprie funzioni pubbliche, ha liquidato una riparazione pecuniaria pari a ben 4 milioni di euro determinata avendo riguardo ai profitti derivanti dalla commissione del reato e una ulteriore componente del 40 % del profitto per il «*profondo stigma inferto alla fiducia degli investitori*» (Trib. Milano, n. 2727/2008 cit.).

I precedenti di merito più risalenti che si sono occupati dell'art. 187 *undecies* TUF, lungi dal riconoscere alla riparazione una dimensione puramente sanzionatoria, hanno cercato ancorarla alla lesione di una situazione soggettiva propria della Consob (frustrazione delle proprie finalità istituzionali o lesione del diritto all'immagine) secondo la concezione tradizionale delle regole della responsabilità civile, pur pervenendo a un risultato applicativo non dissimile (la configurabilità del reato dà luogo automaticamente al diritto alla riparazione<sup>1305</sup>). In quest'ottica, il danno patito dalla Consob andrebbe distinto da quello subito dai vari risparmiatori, investitori,

---

<sup>1305</sup> Cfr. Trib. Milano, 27 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2008, 2291 ss. con nota di BACCO secondo cui la lesione dell'integrità del mercato non deve intendersi come «esponenziale di tutti i danni da chiunque subiti» bensì di un diritto soggettivo della Consob stessa perché la «lesione dell'interesse pubblico al regolare andamento del mercato e delle contrattazioni implica, di per sé, un immediato e diretto danno in capo all'Autorità di vigilanza, in quanto compromette la piena ed efficace realizzazione delle finalità istituzionale che ne costituiscono la ragion di esistere». V. anche Trib. Milano, Sez. III. Pen., 24 giugno 2006 secondo cui «la Consob è dunque legittimata a chiedere il ristoro del danno sofferto in seguito alla frustrazione dei propri fini istituzionali di tutela dell'integrità del mercato, espressamente delineati nel TUF sia con riferimento alle finalità dei poteri di vigilanza (cfr. ad es. gli artt. 63 comma 1 lett. b), 74 e 91), sia con riferimento alla potestà sanzionatoria amministrativa che le è automaticamente riconosciuta. In ragione del rapporto di continenza tra il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice (la regolare formazione dei prezzi degli strumenti finanziari e la regolarità dell'andamento dei mercati finanziari, la cui turbativa compromette l'efficienza e la trasparenza dei meccanismi di mercato in danno dell'economia pubblica) e la missione istituzionale dell'ente, l'esistenza di questo danno va ritenuta conseguenza normale del reato e non necessita di prova specifica».

Anche Trib. Milano, 25 ottobre 2006, in *Giur. merito*, 2007, 1747 ss. esclude che la Consob abbia legittimazione straordinaria rispetto ai soggetti lesi dal fatto illecito (che costituisce anche reato), escludendo altresì la risarcibilità di un proprio danno all'immagine e il danno dei costi dell'istruttoria. L'unico danno risarcibile è dato dalla integrità del mercato, pregiudizio di natura normativa, legato alla compromissione delle funzioni di organo preposto ad assicurare l'efficienza e la trasparenza del mercato che per effetto del reato rende la Consob incapace di esercitare le proprie funzioni.

Nello stesso senso Trib. Milano 21 dicembre 2006 in *Giur. comm.*, 2007, 1291 che, nel distinguere il danno da lesione all'immagine della Consob, dal danno all'integrità del mercato osserva «il danno all'integrità del mercato, discende, di per sé, dalla consumazione del reato e attiene a un danno non patrimoniale risarcibile; va riferito alla lesione arrecata all'omonima finalità istituzionale di tutela in capo alla Consob; spetta all'Autorità quale soggetto titolare di diritti».

Cfr. anche Trib. Milano, 23 gennaio 2007, n. in *Corr. merito*, 2007, 615.

Per la giurisprudenza di merito il danno risarcibile alla Consob in proprio consiste nel pregiudizio patrimoniale sofferto dalla Autorità a causa del costo delle risorse impiegate per accertare il reato (Trib. Milano 21 dicembre 2006 cit.). A questa posizione si è agevolmente replicato che si tratta di un'attività doverosa che la Consob avrebbe dovuto svolgere per espressa previsione di legge e che questo costo, conseguentemente, non può integrare gli estremi della ingiustizia del danno (v. Trib. Milano 24 aprile 2008, n. 2727 cit.). La Consob subirebbe anche un danno non patrimoniale derivante dall'annacquamento della propria immagine di persona giuridica che, a causa dei reati in questione, si rivelerebbe incapace svolgere le proprie funzioni di vigilanza (Trib. Milano 21 dicembre 2006 cit.). Anche questo indirizzo non sembra condivisibile perché la Consob esce rafforzata e non certo danneggiata dalla scoperta dei reati in esame; in altri termini non c'è nesso causale tra l'accertamento del reato e l'ipotetico discredito subito dall'Autorità (Trib. Milano, 23 gennaio 2007; Trib. Milano 24 aprile 2008, in *Dejure*).

I reati previsti dagli artt. 184 e 185 TUF potrebbero determinare l'aumento dei costi transattivi sul mercato e spiegare riflessi negativi patrimoniali sui differenti operatori economici, abilitati ad agire in giudizio secondo le regole ordinarie. Si è però osservato che soprattutto l'*insider trading*, non procura sempre riflessi esterni negativi sul mercato, ma la Consob potrebbe comunque, per la sola esistenza del reato, domandare la riparazione *ex lege* dovuta cfr. GILLOTTA, cit., 1292.

Per la tesi della natura riparatoria in senso ampio della riparazione pecuniaria in esame v. diffusamente VIGO, *Riparazione dei danni cagionati all'integrità del mercato mobiliare*, in AA.VV., *I danni: verso quali prospettive*, Torino, 2008, 53 ss.

intermediari e operatori i cui diritti soggettivi non sono azionabili dall’Autorità di settore e i cui eventuali risarcimenti verranno considerati indirettamente, quanto alla domanda proposta dall’Ente ai sensi dell’art. 187 *undecies* TUF, con riguardo ai parametri della offensività del fatto e dell’entità dei profitti derivanti dal reato<sup>1306</sup>. La riparazione spettante alla Consob, ad avviso del citato orientamento, non può assumere valenza punitiva e superare il pregiudizio sofferto dall’Ente perché il bene giuridico dell’ordine pubblico economico di cui all’art. 47 cost. è già protetto dalla disciplina penalistica e l’Autorità di settore non può reputarsi ente esponenziale degli interessi di tutti i soggetti componenti il mercato. Altro è la riparazione civilistica altro sono le sanzioni penali e amministrative vigenti per lo stesso fatto.

Le decisioni più recenti, come ricordato *supra*, fanno invece riferimento alla lesione di beni superindividuali quali l’integrità del mercato e la fiducia degli investitori di cui la Consob è garante nell’esercizio delle proprie funzioni pubblicistiche<sup>1307</sup>.

L’indicato indirizzo è stato confermato dalla Corte di Cassazione<sup>1308</sup> che, nel riferirsi alla posizione di parte civile rivestita dall’Autorità nel processo penale, ha riconosciuto

---

<sup>1306</sup> Cfr. Trib. Milano, 24 giugno 2006, n. 3406 cit.

<sup>1307</sup> Trib. Milano, 24 aprile, 2008, n. 2727 cit.; cfr. anche Trib. Milano 27 gennaio 2007 cit.

<sup>1308</sup> Cass. Pen, Sez. V, 20 gennaio 2010, n. 8588 in *NGCC*, 2010, 992 ss. con nota di MAUCERI, nel superare il precedente indirizzo della giurisprudenza di merito suindicato, ha affermato:

«Non può plausibilmente sostenersi che CONSOB possa agire per il ristoro patrimoniale delle conseguenze di un illecito che non vulnera la sua soggettività o la sua sfera patrimoniale. La lettera della norma, infatti, allude al pregiudizio "all'integrità del mercato," cioè ad un'entità (in sé astratta) che è distinta dall'ente di vigilanza (né la responsabilità per danni attinge alla sfera di propri funzionari o dipendenti, ma di soggetti sottoposti alla sua vigilanza). Per quanto siano encomiabili gli sforzi interpretativi per darsi ragione della volontà normativa, la lesione dell'integrità del mercato non riesce, secondo i normali criteri di imputazione causale, a trasformarsi in danno all'integrità dell'ente pubblico di vigilanza: vorrebbe dire giungere all'identificazione dell'oggetto del compito tutorio con il soggetto ad esso preposto. Al contempo, la "frustrazione" che l'illecito reca ai compiti istituzionali dell'ente non coincide con il danno che gli operatori del mercato possono lamentare, poiché il pregiudizio patrimoniale non scaturisce dalla compressione delle funzioni di controllo, bensì dalla commissione del reato, nonostante il dispiegamento delle stesse. Sì che, piuttosto, avrebbe senso logico riguardare a CONSOB come potenzialmente responsabile di un insufficiente controllo a cui era stata preposta.

Del resto, nel caso che qui interessa, è arduo configurare la "frustrazione" dell'organismo di vigilanza poiché l'impiego criminoso della notizia privilegiata avvenne nel contesto di contrattazioni strettamente riservate e lontane dalla percezione dell'organo pubblico. Le difficoltà di applicazione discendono, ancora, dall'inconsueta sfasatura logica - voluta espressamente dal legislatore - tra il soggetto titolare del diritto leso (il mercato) e la titolarità all'indennizzo conseguente alla lesione, CONSOB, anomalia che, tra l'altro, priva di seria verifica la misura del quantum oggetto di condanna frutto di un computo, quello equitativo (con ostacolo alla reale possibilità di apprezzamento della giustificazione giudiziale al riguardo, onde non è infondata la doglianza che vede nell'uso della statuizione riparatoria una vera leva della repressione penale, in sostituzione di quella, più coerente al sistema, dettata dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 185, comma 2)

Né sembra possibile raffigurare in capo a CONSOB - in mancanza di adeguato cenno legislativo - poteri di sostituzione nell'esercizio dei diritti dei risparmiatori, né la legge attribuisce all'organo una potestà vicaria nella riscossione della somma assegnata dal giudice a riparazione del pregiudizio al mercato (infatti, quanto riscosso da CONSOB non refluisce immediatamente ed integralmente a favore degli operatori di borsa lesi dal reato, come, invece, è previsto, in tema di privacy dal T.U. 30 giugno 2003, n. 197, art. 166, che dispone "i proventi, nella misura del cinquanta per cento del totale annuo, sono riassegnati

la «singolarità della situazione in cui la parte non è rappresentante degli operatori di mercato (e che consente un arricchimento di chi non è danneggiato dal reato), bensì preposta alla tutela di un interesse pubblico, tradizionalmente presidiato da sanzioni penali o amministrative». Ne discende la irretroattività<sup>1309</sup> della nuova previsione dell'art. 187 *undecies*, secondo comma, TUF in quanto il legislatore, nel prevedere la risarcibilità del danno da *integrità del mercato*, ha istituito una nuova situazione giuridica soggettiva non configurabile<sup>1310</sup>, alla stregua della normativa e dei principi preesistenti presenti nell'ordinamento, nei confronti degli abusi di mercato ammessi anteriormente alla introduzione della norma.

È interessante notare che in quell'occasione la Suprema Corte non ha riconosciuto *expressis verbis* natura sanzionatoria alla previsione in commento richiamando in motivazione Cass., n. 1183/2007 cit. che aveva escluso la delibabilità di sentenze straniere in tema di cd. danni punitivi.

Si è visto invece che sia l'ordinanza di rimessione n. 9978/2016 che la più recente Cass., Sez. Un., n. 16601/2017, nel superare l'orientamento precedente di segno contrario, ha ascrivito l'art. 187 *undecies* TUF tra le ipotesi tipiche di apertura dell'ordinamento civilistico italiano verso la prevenzione e sanzione dell'illecito civile.

L'utilizzo del lemma *riparazione*<sup>1311</sup> in luogo di *risarcimento* (analogamente a quanto accade in altre previsioni come ad es. l'art. 12 L. stampa)<sup>1312</sup>, il particolare contesto

---

*al fondo di cui all'art. 156, comma 10, e sono utilizzati unicamente per l'esercizio dei compiti di cui all'art. 154, comma 1, lett. h), e art. 158", medesimo T.U.).*

*Del pari, non risulta di maggiore aiuto il richiamo al danno rappresentato dall'appannamento dell'immagine di CONSOB agli occhi degli operatori di Borsa, in conseguenza della violazione della legge penale.*

*Anche se si tratta di una prospettiva logicamente più apprezzabile in linea astratta i (non condivisa, tuttavia, da una parte della giurisprudenza milanese, cfr. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit.), essa appare - quantomeno nell'attuale vicenda - nient'affatto proponibile».*

<sup>1309</sup> Cass. Pen, n. 8588/2010 cit.; Trib. Roma, Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 1378, in *Dejure*.

<sup>1310</sup> Cass. Pen, n. 8588/2010 cit. con riferimento alla riparazione dei danni all'integrità del mercato discorre di «un diritto che il legislatore ha creato ex novo in capo alla Consob, al fine di dotare l'ente di un ben maggiore peso nella dialettica processuale e nell'istanza repressiva per questo tipo di illeciti». L'elemento di novità è dunque rappresentato proprio dalla possibilità, prima inesistente, per l'Autorità di chiedere la riparazione per questa eccentrica tipologia di danno all'integrità del mercato; la relativa previsione costituisce norma attributiva di un diritto nuovo non applicabile retroattivamente. Ma è chiaro che l'integrità del mercato non può riferirsi alla sfera patrimoniale e soggettiva della Consob, ma a una entità astratta distinta dall'autorità di controllo (e dal suo personale) che attiene ai soggetti sottoposti alla vigilanza. Il soggetto titolare del diritto leso (il mercato) è diverso dal soggetto legittimato ad ottenere l'indennizzo derivante dalla sua lesione (Consob).

<sup>1311</sup> Osserva FRATINI, *Sub. Art. 187 undecies TUF*, in *Il Testa Unico della Finanza*, Torino, 2012 2572 che l'utilizzo del termine *riparazione* in luogo di *risarcimento* sta ad indicare che la Consob non è titolare di un interesse proprio leso dal reato sicché non può vantare pretese risarcitorie. L'Autorità di settore è solo garante *ex lege* dell'interesse protetto (integrità del mercato) e la riparazione in esame non determina alcuna riparazione in favore dei soggetti pregiudicati dai reati in commento. Diversamente da quanto accade in materia ambientale (art. 311 Cod. Amb.), la riparazione non è destinata al ripristino della situazione danneggiata o alla rimozione delle conseguenze dannose dell'interesse leso. L'integrità del

pubblicistico nel quale si colloca la disciplina in esame (Autorità di settore preposta alla tutela di interessi pubblici e necessario collegamento con fattispecie tipiche di reato e con il processo penale), la previsione per la riparazione delle medesime tecniche di quantificazione delle sanzioni amministrative e penali<sup>1313</sup> secondo parametri che non si riferiscono alla sfera giuridica del soggetto legittimato a domandarla in giudizio, l'esonero della Consob dall'onere di allegare e provare l'esistenza di un danno patito in proprio e la concorrente legittimazione dei singoli operatori economici di agire in giudizio per domandare, secondo le regole ordinarie, il risarcimento dei pregiudizi sofferti in conseguenza del reato, inducono a qualificare la misura in esame come una obbligazione pecuniaria non risarcitoria connotata da natura fortemente sanzionatoria che finisce per cumularsi alle ulteriori rigorose misure (penali e amministrative) già previste per i reati in commento<sup>1314</sup>. Di qui la possibilità di configurare, più che un

---

mercato è un bene diffuso non riconducibile al singolo in quanto tale, ma in quanto membro della collettività e i reati che ledono tale bene giuridico sono illeciti a soggetto passivo indeterminato (collettività sociale indifferenziata di tutti coloro che effettivamente operano o potenzialmente opererebbero nel mercato finanziario). A questo interesse primario tutelato dalla norma penale si affianca un interesse secondario eventuale rappresentato dalla posizione soggettiva lesa in conseguenza del reato di tutti i possibili soggetti che operano o potrebbero operare sul mercato, da ritenersi fonte di un pregiudizio risarcibile secondo le regole ordinarie codicistiche. Altro è il danno all'integrità del mercato, altro sono i pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali sofferti da coloro che operano o potrebbero operarvi.

<sup>1312</sup> Sia nell'art. 12 L. Stampa che nell'art. 187 *undecies* TUF il legislatore utilizza il termine *riparazione* in luogo del risarcimento del danno. Tra le due previsioni, però, sussistono evidenti differenze strutturali che attraggono l'art. 187 *undecies* TUF nell'orbita pubblicistica. In entrambi i casi vi è un collegamento con fatti illeciti che costituiscono anche reati (diffamazione a mezzo stampa da un lato e dall'altro artt. 184 e 185 TUF), ma nella Legge sulla Stampa la legittimazione attiva a domandare in giudizio sia il risarcimento del danno patrimoniale che non patrimoniale, sia la riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 compete al danneggiato – titolare dell'interesse leso – che ne risulta diretto destinatario. Al contrario nell'art. 187 *undecies* il danno da integrità del mercato può essere domandato nel solo processo penale e soltanto dalla Consob che è destinataria della relativa prestazione patrimoniale pur non essendo danneggiata dai reati in questione (tanto è vero che i reali danneggiati potranno poi agire in giudizio secondo le regole ordinarie). In entrambi i casi la riparazione pecuniaria è indipendente dal risarcimento, si fonda su parametri che hanno riguardo al fatto lesivo e si cumula al risarcimento civilistico.

<sup>1313</sup> L'art. 187, *undecies*, secondo comma TUF fa riferimento agli stessi parametri di quantificazione della multa per l'ipotesi di applicazione di eventuali multipli (art. 184, comma 3 e art. 185, comma 2, TUF) e della sanzione amministrativa pecuniaria (art. 187 *bis*, comma 5, e art. 187 *ter*, comma 5, TUF).

<sup>1314</sup> Se come evidenziato alla nota precedente, i parametri per quantificare la riparazione civile sono gli stessi che il giudice deve utilizzare per lo stesso fatto con riferimento alla quantificazione della multa e della sanzione amministrativa che non sono cumulabili se non per l'eccedenza (art. 187 *terdecies* TUF), vi è il rischio di duplicazione di misure sanzionatorie che vanno ad aggiungersi alla ulteriore confisca prevista dall'art. 187 TUF. Se si riconosce natura esclusivamente punitiva (e non risarcitoria) alla misura in esame si rischia di violare il principio del *ne bis in idem* sostanziale, nonché quanto previsto dall'art. 14, comma 1 e dal considerando n. 38 della Direttiva n. 6/2003 cit. di cui la disciplina in commento costituisce attuazione (ci si riferisce al criterio di «proporzione» e di «coerente applicazione» delle misure introdotte a livello nazionale). Parte della dottrina ha proposto di recuperare la dimensione riparatoria individuando il danno da integrità del mercato in un pregiudizio da diminuita efficienza del mercato. L'*insider trading* e la *market manipulation* non determinano soltanto il conseguimento del profitto per l'autore del reato e perdite (o mancati profitti) per gli operatori interessati, ma anche un ulteriore effetto economico distorsivo generalizzato. Gli illeciti in esame determinano perdita della fiducia, di liquidità e di efficienza del mercato. Si tratterebbe però di un pregiudizio (inefficienza allocativa del mercato) di natura economica e sociale non riferibile ad alcun soggetto determinato o

risarcimento punitivo e/o deterrente, una sanzione civile punitiva<sup>1315</sup> estranea all'istituto aquiliano la quale, per la problematicità dei parametri di liquidazione indicati dal legislatore e l'assenza di limiti minimi e massimi di quantificazione della riparazione potrebbe porre dubbi di legittimità costituzionale (anche in riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU<sup>1316</sup>).

---

comunque a soggetti che non hanno specifiche relazioni rilevanti giuridicamente con l'autore del fatto illecito. Avremmo così istituzionalizzato *ex lege* un risarcimento ibrido dove è ristorabile un pregiudizio economico diffuso ed esistente nel mercato (effettivamente prodottosi), ma rispetto al quale non opera una regola risarcitoria in favore dei soggetti di fatto danneggiati. Si tratterebbe di un danno collettivo riparabile sul modello della previgente disciplina del danno ambientale, ma con criteri di liquidazione molto più ampi e generici che presentano il rischio di imprevedibilità della decisione proprio come accaduto nella vicenda decisa dalla Corte di Cassazione (in primo grado la riparazione era stata quantificata in 4.150.000 euro – rispetto a un profitto di 2.700.000 euro –, mentre in secondo grado ridotta a 800.000 euro). Così MAUCERI, *Abusi di mercato e responsabilità civile: danni all'integrità del mercato e danni non patrimoniali agli enti lucrativi lesi dal reato*, in *NGCC*, 2010, 1003 ss.

<sup>1315</sup> Va notato che la CONSOB riveste una posizione assolutamente peculiare rispetto al processo penale perché dispone di ingenti poteri ispettivi che possono condurre sia all'accertamento dell'illecito amministrativo e la conseguente applicazioni delle sanzioni pecuniarie (disposte dalla Autorità di settore in veste di Organo giudicante nel procedimento amministrativo), sia dar luogo alle indagini penali con riferimento agli stessi fatti. La Consob potrebbe successivamente divenire parte civile del processo penale avviato sulla base dei documenti e informazioni raccolte dalla stessa Autorità di Vigilanza e forniti al PM e domandare l'applicazione della ulteriore riparazione pecuniaria in suo favore oltre che delle sanzioni penali.

<sup>1316</sup> Come si è avuto modo di notare, dal punto di vista strutturale e funzionale la riparazione in esame presenta carattere esclusivamente sanzionatorio (e non riparatorio). In quanto sanzione civile punitiva connessa all'accertamento di reati, quantificata su parametri essenzialmente di diritto pubblico nell'ambito di un processo di natura penale e con l'iniziativa processuale affidata a soggetti pubblici cui è destinata, la misura in esame, al di là della espressione formale utilizzata dal legislatore interno, potrebbe rientrare nella nozione di materia penale ai sensi degli artt. 6 e 7 CEDU proprio per le evidenziate peculiarità che la connotano. V. *retro* Cap. II, par. 3.2.

In quanto sanzione civile punitiva, la riparazione in esame soggiace all'art. 23 cost. e, come di recente affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 139/2019 cit. con riferimento al terzo comma dell'art. 96 c.p.c., la riserva di legge relativa, per essere soddisfatta, richiede l'esistenza di parametri obiettivi per assicurare la prevedibilità della sanzione liquidata equitativamente dal giudice. V. *retro* Cap. III, parte I, par. 9 e 10.

Nel caso che ci occupa, tuttavia, sembrano scorgersi alcuni profili di criticità. A differenza dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., nell'art. 187 *undecies*, secondo comma, TUF il legislatore ha indicato i fatti tassativamente previsti in presenza dei quali la Consob può domandare la sanzione civile (i reati di cui agli artt. 184 e 185 TUF) e ha anche fissato in termini generali parametri cui il giudice deve riferirsi nel quantificarla equitativamente senza indicare però la misura minima e massima.

Tuttavia, a differenza dell'art. 96, terzo comma, c.p.c., non esiste alcun parametro obiettivo di rinvio che assicuri prevedibilità e uniformità nella liquidazione equitativa minima e massima in discorso. Non sembra dunque, per questa via, che la riserva di legge, ancorché relativa, sia stata soddisfatta.

Ulteriori dubbi di legittimità costituzionale sorgono ove si ritenga, come sostenuto da parte della dottrina, che, prevalendo il profilo sanzionatorio, dovrebbe applicarsi un comune statuto garantistico minimo del diritto punitivo ai sensi dell'art. 25, secondo comma, cost. Così BENAZZO, *Le «pene civili» nel diritto privato di impresa*, cit., 275; VIOTTI, op. ult. cit., 891 ss



## 2. L'art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. e le gravi inadempienze genitoriali

Particolarmente interessante ai fini della presente ricerca è la disciplina contenuta nell'art. 709 *ter* c.p.c., introdotta con la riforma dell'affidamento condiviso di cui alla L. n. 54/2006<sup>1317</sup>.

Il legislatore ha dettato una disciplina *ad hoc*, quanto al profilo risarcitorio, che può trovare applicazione nell'ambito delle controversie inerenti all'illecito endofamiliare<sup>1318</sup> con specifico riferimento alle violazioni dei provvedimenti giurisdizionali adottati in materia di crisi della famiglia che regolano i rapporti genitori-figli. Nel disporre la regola dell'affidamento condiviso il legislatore del 2006 (cfr. oggi gli artt. 337 *bis* c.c. ss.) richiede ai genitori di collaborare nell'interesse della prole e l'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce, ai fini che qui interessano, una disposizione che contiene misure sanzionatorie incidenti sui comportamenti che possano compromettere il diritto alla bigenitorialità.

---

<sup>1317</sup> In sede di lavori preparatori della legge 8 febbraio 2006, n. 54 «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*», il relatore del testo unificato delle proposte di legge nel corso della seduta svoltasi alla Camera dei deputati in data 10 marzo 2005 ha così affermato: «*Sono state individuate per la prima volta nel panorama normativo delle sanzioni di tipo economico nei confronti del genitore inadempiente e a favore del figlio, oltre che del coniuge eventualmente beneficiario dell'assegno, consentendo, così, una protezione molto maggiore e più consolidata ai casi di inadempienza*». L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di tutelare il preminente interesse del minore laddove sussistano controversie tra i genitori in caso di crisi familiare relative all'affidamento o all'esercizio della responsabilità genitoriale. Prima che fosse introdotto il citato art. 709 *ter* c.p.c., infatti, le uniche possibilità per dirimere simili controversie erano costituite o dal ricorso alla tutela penale (con tutte le difficoltà che essa comporta) oppure ai procedimenti per la modifica delle condizioni dell'affidamento genitoriale v. PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, in *Trattato di diritto della famiglia*, Dir. ZATTI, Milano, 2011, 1842. Le regole tradizionali dell'esecuzione forzata, inoltre, si rivelavano inadeguate a garantire l'attuazione di tutti gli obblighi complessi di natura strettamente personale e non patrimoniale connessi all'adempimento dei doveri genitoriali che non ammettono surrogazione di terzi. Di qui l'esigenza di ricorrere a forme di esecuzione indiretta che conducessero all'adempimento spontaneo. Cfr. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 671 ss.

L'art. 709 *ter* c.p.c. permette oggi di intervenire in una pluralità di ipotesi differenti. Oltre ad avere una funzione di coercizione all'adempimento e sanzionatoria, può essere invocato anche in altre situazioni più sfumate nelle quali non vengono in rilievo necessariamente inadempimenti o comportamenti pregiudizievoli per il minore, ma controversie inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale sulle modalità dell'affidamento (ad es. richieste di chiarimenti, modificazioni dei provvedimenti in essere e così via) cfr. ampiamente DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 *ter* c.p.c.*, Torino, 2018 19 – 68. Di tale ultimo profilo non ci si occuperò nella presente ricerca perché avulso dal tema indagato. Ribadisce il collegamento dell'art. 709 *ter* c.p.c. con la problematica dell'attuazione dei provvedimenti in materia di crisi familiare QUERZOLA, *L'attuazione dei provvedimenti nella crisi familiare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2019, 671 ss.

<sup>1318</sup> Per la violazione di doveri coniugali e/o genitoriali in presenza di particolari forme di aggressione dei diritti fondamentali della persona Cass., 10 maggio 2005, n. 9801 ha osservato «*il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte dell'altro componente della famiglia ... costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno del contesto familiare*».

Al ricorrere di comuni presupposti indicati nella prima parte del secondo comma «*in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento*»<sup>1319</sup>, l'art. 709 *ter* c.p.c. prevede (nella seconda parte del secondo comma) una pluralità di misure sanzionatorie che il giudice può anche congiuntamente disporre - eventualmente modificando i provvedimenti in essere -: 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.

Se alla prima e alla quarta misura si ascrive natura esclusivamente afflittiva - nel senso che il giudice può ammonire il genitore inadempiente e/o condannarlo alla sanzione amministrativa pecuniaria anche in assenza di danno<sup>1320</sup> per la stessa violazione

---

<sup>1319</sup> Stando al dato letterale dell'art. 709 *ter* c.p.c. l'istituto in esame disciplinerebbe diversi procedimenti pur sempre legati alla regolamentazione giudiziale della crisi familiare o comunque vagliata dall'autorità giudiziale (ad es. omologazione di un accordo di separazione e accordi autorizzati *ex art.* 6, comma 2, d.l. 12 settembre 2014, n. 132); da un lato il giudice provvede sulle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento senza che siano dettati specifici provvedimenti (primo comma) ad es. definisce quanto non specificato dai provvedimenti in vigore; dall'altro nei casi di «gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento» dispone una o più delle misure sanzionatorie indicate nel secondo comma. Il giudice, inoltre, può anche modificare i provvedimenti già in essere (secondo comma).

Il procedimento *ex art.* 709 *ter* c.p.c. può dunque comportare l'adozione di diversi provvedimenti: provvedimenti specificativi-interpretativi di quelli preesistenti, innovativi perché modificativi delle precedenti determinazioni sull'affidamento/responsabilità genitoriale e infine anche sanzionatori.

In particolare a un procedimento incidentale con il quale si risolvono controversie insorte durante la pendenza del giudizio sulla crisi familiare e relative a provvedimenti provvisori (o non ancora passati in giudicato) si contrappone un procedimento autonomo dedicato alle controversie emerse per i provvedimenti ormai definitivi.

L'art. 709 *ter* c.p.c. può essere invocato nell'ambito dei procedimenti di separazione pendenti come indicato dalla collocazione sistematica della disposizione e dall'art. 4, comma 2 L. n. 54/2006, nei procedimenti di divorzio, di nullità del matrimonio e di filiazione avvenuta fuori dal matrimonio nonché nell'ambito dei procedimenti di modifica delle condizioni di separazione e divorzio *ex art.* 710 c.p.c. e per tutte le altre controversie insorte per l'esercizio della responsabilità genitoriale o sulle modalità di affidamento.

Diffusamente DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., 8 ss.

Cfr. anche BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in BALENA – BOVE (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 421 ss.; VULLO, *Sub art. 709 ter*, in *Codice di procedura civile*, dir. CONSOLO, Milano, 2010; 1030; FINOCCHIARO, *Sub Art. 709 ter*, in COMOGLIO – VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2010, 3016 ss.

La novità dell'art. 709 *ter* c.p.c. secondo autorevole dottrina consiste nel consentire al giudice di potere contemporaneamente modificare i provvedimenti già in essere e contemporaneamente adottare una o più delle misure sanzionatorie introdotte dal legislatore v. LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 250; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2009, 312.

<sup>1320</sup> Così chiaramente Cass., 27 giugno 2018, n. 16980, secondo cui l'art. 709 *ter*, secondo comma, c.p.c. attribuisce al giudice «*il potere di applicare una o più tra le misure previste dall'art. 709 ter c.p.c. nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze o di atti "che comunque arrechino pregiudizio*

riscontrata<sup>1321</sup> - particolarmente vivace è il dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno alle misure risarcitorie di cui ai numeri 2 e 3.

Per un primo orientamento vi sono dati testuali e sistematici che depongono per l'attrazione della disciplina in esame alla regole ordinarie della responsabilità civile<sup>1322</sup>.

L'utilizzo del termine *risarcimento* in luogo di quello di *indennità* (di cui ad es. al differente art. 129 *bis* c.c.), la destinazione della condanna risarcitoria in favore del figlio e/o dell'altro genitore, l'espressione «anche congiuntamente» riferito alle altre sanzioni (ammonimento e sanzione amministrativa pecuniaria), deporrebbero per il riconoscimento di una differente natura giuridica alle misure previste dall'art. 709 *ter*, secondo comma, c.c.; da un lato quelle sanzionatorie di cui ai numeri 1 e 4, dall'altro quelle risarcitorie di cui ai numeri 2 e 3.

Per la posizione tradizionale, il risarcimento non potrebbe avere funzione punitiva e/o deterrente in assenza di puntuali riferimenti normativi e se così fosse rischierebbe di sovrapporsi eccessivamente alle altre sanzioni previste *ex lege* che il giudice potrebbe applicare cumulativamente per la stessa violazione; mancherebbero, inoltre, puntuali

---

*al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”, laddove l'uso della congiunzione disgiuntiva “od” evidenzia che avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli è un fatto che giustifica di per sé l'applicazione di una o più tra le misure previste, pure in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore. Questa interpretazione è coerente con la natura deterrente e sanzionatoria delle misure previste dall'art. 709 ter c.p.c. e, in particolare, di quella consistente nella condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria».* Successivamente nello stesso senso Cass., 17 maggio 2019, n. 13400.

<sup>1321</sup> Cass., 5 febbraio 2008, n. 2753 e Cass., 13 settembre 2013, n. 15341 hanno escluso che il provvedimento definitivo che applichi la sanzione della ammonizione abbia carattere decisorio su diritti e quindi l'ammissibilità del ricorso straordinario per Cassazione a differenza della sanzione pecuniaria disposta a favore della Cassa delle Ammende la quale comporta un sacrificio patrimoniale in favore di un soggetto pubblico. Non c'è dubbio invece che le condanne risarcitorie, proprio perché presuppongono l'accertamento in via definitiva di un diritto soggettivo, siano ricorribili in cassazione, in assenza di altre impugnazioni, tramite ricorso straordinario *ex art.* 111 cost. Così Cass., 8 agosto 2013, n. 18977; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4176.

<sup>1322</sup> Cfr. sul punto *ex multis* VULLO, op. ult. cit., 1034; ID, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011, 324 ss.; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2996, 1100 ss.; ID, *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2007, 979; AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 422; FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, 35; TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, 1065 ss.; ROSSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in BRIGUGLIO-CAPPONI (a cura di), *Commentario alla riforma del processo civile*, Padova, 2007, 407 ss.; PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 773; PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, cit. 1854 ss.; SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 916; D'AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, 967; PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2011; FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., illecito endofamiliare e i danni punitivi*, in *Fam. dir.*, 2008, 1032; LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1474 ss.

riferimenti legali ai limiti che dovrebbero governare il potere discrezionale del giudice sia con riferimento ai parametri di liquidazione che al minimo e al massimo del *quantum debeatur*. L'interpretazione favorevole alla configurabilità di un risarcimento sanzionatorio e/o deterrente rischierebbe di porsi in contrasto con il principio della riserva di legge in materia di sanzioni punitive<sup>1323</sup>. Quando il legislatore ha voluto introdurre una sanzione come quella amministrativa contemplata al n. 4, infatti, ha previsto il limite minimo e massimo a differenza del risarcimento che evidentemente non condivide la stessa natura giuridica<sup>1324</sup>. Del resto la risarcibilità del danno endofamiliare è conquista recente e nel 2006 il legislatore ha sentito l'esigenza di stabilirlo espressamente con la introduzione dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Può dunque riconoscersi alle misure risarcitorie in esame soltanto una funzione compulsoria in senso lato qui strettamente correlata alla attuazione di un preesistente provvedimento giurisdizionale (o alla eventuale sua modifica) orientata alla dissuasione verso possibili inadempimenti/violazioni future.

Vi è anche altra parte della dottrina che, pur ritenendo non configurabile una sanzione civile punitiva (il risarcimento in esame non è per definizione una sanzione civile punitiva perché non può applicarsi a prescindere dalla deduzione e prova dell'esistenza di un pregiudizio a differenza delle altre sanzioni di cui ai numeri 1 e 4), lungi dal ricondurre le misure in esame alle regole generali di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c. e dunque al problema più ampio dell'illecito endofamiliare, ritiene per converso che l'art. 709 *ter* c.p.c. costituisca una previsione tipica di danno non patrimoniale (di cui alla riserva di legge contenuta nell'art. 2059 c.c.) operante soltanto in caso di violazione dei provvedimenti giurisdizionali che dispongono le condizioni dell'affidamento. Verrebbe così introdotta *ex lege* una specifica ipotesi di danno morale con funzione punitiva della grave inadempienza genitoriale<sup>1325</sup>.

Allo stesso modo, per altri autori, il risarcimento previsto dall'art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. non può avere esclusivamente funzione riparatoria, ma anche sanzionatoria/afflittiva perché, quale *species* di illecito endofamiliare - più in generale previsto dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. -, si correla a gravi violazioni dei diritti inviolabili della persona. Secondo tale dottrina, la gravità della

---

<sup>1323</sup> Cfr. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, cit., 238-239.

<sup>1324</sup> PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, cit., 1856.

<sup>1325</sup> D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008, 1204 – 1205; FIGONE, *in tema di risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2008, 801.

violazione incide non solo ai fini della imputazione della responsabilità, ma anche nella determinazione dell'entità della obbligazione risarcitoria<sup>1326</sup>.

L'aver inquadrato le misure in esame nell'istituto della responsabilità civile comporta l'applicazione della disciplina sostanziale e processuale ad esso riferibile (a partire dalla deduzione e dimostrazione della esistenza di un danno conseguente alla lesione dell'interesse protetto riconducibile causalmente alla violazione coniugale/genitoriale).

Le differenti posizioni che si contendono il campo circa la natura risarcitoria dell'art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c., pur concordando su questo dato, seguono percorsi ermeneutici diversi quanto alla determinazione dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria a seconda che ritengano applicabili le ordinarie regole codicistiche incentrate esclusivamente sul pregiudizio sofferto dal danneggiato (artt. 1223 – 1227 c.c.) oppure ritengano che la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale possa, in queste tipologie di controversie familiari, avere riguardo anche alla gravità della condotta del danneggiante *ex* artt. 1226 e 2056 c.c. trattandosi di illeciti necessariamente dolosi o gravemente colposi.

Per altro orientamento, invece, l'art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. contemplerebbe misure non riconducibili alle regole della responsabilità civile.

La disciplina in esame si correla strettamente alla esigenza di favorire, tramite un eterogeneo apparato sanzionatorio, la coercizione indiretta all'adempimento di un provvedimento giurisdizionale preesistente; sono proprio la natura infungibile degli obblighi assunti - in quanto strettamente personali - e il rilievo pubblicistico sotteso alla tutela dell'interesse superiore del minore a deporre per la ricostruzione dogmatica in esame estendendola, anche alle misure risarcitorie di cui ai numeri 2 e 3<sup>1327</sup>.

---

<sup>1326</sup> Cfr. CARRATTA, *Articolo 709 ter c.p.c.*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1568; FACCI, *L'art. 709 ter, l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. dir.*, 2008, 1032; ID, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, 88; ID, *La responsabilità civile nei rapporti coniugali*, in *Giustiziacivile.com*, 20 dicembre 2018, 10. Cfr. anche D'AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, 968; FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, 38; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., 937; ID, *Danno e responsabilità civile*, cit., 244; PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo; il risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 775; ID, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 294; PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008; ID, *Novità per i danni esemplari?*, cit., 25 ss. il quale, pur discorrendo di risarcimento non riparatorio, ne esclude la natura punitiva. In questo modo si finisce per configurare un risarcimento ibrido aggravato dalla condotta o comunque punitivo e/o deterrente.

<sup>1327</sup> Cfr. sul punto *ex multis* DE MARZO, *L'affidamento condiviso, I profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, 95; ID, *Separazione giudiziale, in il diritto di famiglia a cura di BONILINI – CATTANEO*, Torino, 2007, 513; GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. Pers.*, 2006, 1884; ID, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in GRAZIOSI (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 229 ss.; DANOVÌ, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1017; ID, *I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi della famiglia: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia a cura di BONILINI*

Nonostante il riferimento testuale al *risarcimento*, ad avviso del citato orientamento, dovrebbe applicarsi un regime giuridico differente correlato al particolare contesto processuale che ci occupa (vicino, a seconda delle diverse posizioni, a quello delle misure di coercizione indiretta per inosservanza di un provvedimento giurisdizionale o addirittura, ma si tratta di una tesi minoritaria in dottrina, delle pene private/*punitive damages*). Se si fosse trattato di tutela risarcitoria, non si comprenderebbe perché il legislatore abbia dettato una disciplina *ad hoc* posto che le regole ordinarie sul risarcimento per danno endofamiliare sarebbero state comunque applicabili anche prima e indipendentemente dall'art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. Inoltre la disciplina positiva è incentrata sulla condotta del responsabile (si pensi al riferimento alla grave inadempienza e agli atti capaci di arrecare pregiudizio al minore o di ostacolare lo svolgimento delle modalità di affidamento) più che sul pregiudizio da risarcire e prevede un procedimento che non ammette approfondite indagini e ampi accertamenti probatori sul danno risarcibile.

Le conseguenze sostanziali e processuali derivanti dal citato indirizzo sono evidenti; si finisce per ammettere che il giudice possa disporre la condanna risarcitoria anche a prescindere dalla prova dell'esistenza del pregiudizio modulandola esclusivamente sulla gravità della condotta del trasgressore<sup>1328</sup>; che, pur in difetto di espressa previsione legislativa sul punto, la condanna possa essere disposta di ufficio, in assenza di domanda di parte – specie ove il giudice debba condannare il genitore al risarcimento in

---

– CATTANEO, Torino, 2007, 1084; ID, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, ivi, 2008, 613; ID, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 303; ID, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. CICU-MESSINEO-MENGONI, *La crisi della famiglia*, Milano, 2015, 633 ss.; LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?* In *Fam. Dir.*, 2008, 72; FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?* In *Fam. Dir.*, 2009, 617; ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 417 ss.; ARCIERI, *La responsabilità da deprivazione genitoriale al vaglio della giurisprudenza di merito: due differenti forme di tutela per l'identico diritto costituzionalmente garantito*, in *Fam. dir.*, 2010, 157-158; ID, *Sub Art. 709 ter c.p.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di SESTA, Milano 2015, 1917 ss.; DE SALVO, *Il risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c. come pena privata*, in *Fam. dir.*, 2012, 618; P. PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile* in *Fam. dir.*, 2013, 416 e PIRRO, *Art. 709 ter c.p.c.: note sull'esercizio della potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, 848 discorrono di *punitive damages*. Cfr. anche SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in CONSOLO-LUISSO -MENICHINI-SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma (Parte I)*, Milano, 2006, 119; SILVESTRI, *Strumenti di esecuzione indiretta: artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.*, in LUPOI (a cura di), *Trattato della separazione e divorzio*, II, Santarcangelo di Romagna, 2015, 457; SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2017, 293 e 295 il quale ritiene che il risarcimento di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. possa avere finalità sanzionatoria e deterrente essendo soddisfatta la riserva di legge di cui agli artt. 23 e 25 cost

<sup>1328</sup> Così finendo per attribuirvi natura di sanzione civile punitiva/deterrente v. nota precedente e particolarmente PARDOLESI, op. ult. cit., 416; ARCIERI, op. ult. cit., 157. Per la posizione intermedia secondo cui il risarcimento risente anche della condotta del responsabile oltre che dei pregiudizi subiti DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie*, 616; ID, *Gli illeciti endofamiliari*, cit., 308; GRAZIOSI, *Profili processuali*, cit., 1884; ID, *L'esecuzione forzata*, cit., 271.

favore del figlio minore che non può essere parte in senso processuale –, specularmente a quanto accade per le altre misure sanzionatorie di cui ai numeri 1 e 4<sup>1329</sup>. Inoltre le istanze risarcitorie potrebbero essere proposte anche nel corso del processo pendente in fasi avanzate o in sede di impugnazione senza necessità di svolgere un'attività istruttoria e decisoria particolarmente approfondite come sarebbe richiesto nei processi ordinari di cognizione aventi ad oggetto domande risarcitorie incompatibili con questa disciplina processuale<sup>1330</sup>.

Nella giurisprudenza di merito si alternano diversi orientamenti.

Come in dottrina, vi è serie di decisioni – allo stato prevalenti – che riconoscono alle misure in esame natura sanzionatoria e coercitiva ritenendo che la legge n. 54/2006 sia innovativa e abbia introdotto un rimedio *ad hoc* non riparatorio rispetto alla disciplina contenuta negli artt. 2043 e 2059 c.c. preposto alla tutela del superiore interesse del minore e a garantire l'osservanza di obblighi infungibili non suscettibili di esecuzione diretta mediante la dissuasione dalla protrazione dell'inadempimento. L'indicata disciplina, dunque, sarebbe differenziata rispetto alle ordinarie regole risarcitorie invocabili per il danno da illecito endofamiliare (che potrebbe essere domandato in separata sede)<sup>1331</sup>.

A prescindere dalla domanda di parte, il giudice può sanzionare le gravi inadempienze tenendo conto, per la quantificazione della obbligazione dovuta *ex lege*, della gravità/reiterazione della condotta, dell'elemento psicologico del responsabile (in particolare del dolo), delle condizioni economiche dell'obbligato, del vantaggio che gli deriva dall'inosservanza delle regole cui si sarebbe dovuto attenere<sup>1332</sup>. È inoltre

---

<sup>1329</sup> Il dato letterale dell'art. 709 *ter*, secondo comma, c.p.c. suggerisce, infatti, che il giudice *può* condannare l'inadempiente a tutte le misure (anche quelle risarcitorie) ivi previste senza necessaria domanda di parte. Inoltre, sul piano sistematico, un ulteriore indice normativo può rivacarsi dall'art. 337 *ter*, comma 2, primo e quarto periodo c.c. il quale consente di derogare ai principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato laddove venga in rilievo il superiore interesse del minore.

<sup>1330</sup> Si pensi ad esempio ai giudizi di separazione e di divorzio dove il minore non è parte processuale rispetto ai quali il procedimento *ex art. 709 ter c.p.c.* consentirebbe di ottenere la condanna risarcitoria anche in favore del figlio Cfr. la posizione espressa da DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie*, cit., 614; ID., *Gli illeciti endofamiliari*, cit., 205; ID., *Le misure ex art. 709 ter c.p.c.*, cit., 175 e FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.*, cit., 617, ma v. anche CARRATTA, *Art. 709 ter c.p.c.*, cit., 1568.

<sup>1331</sup> V. sul punto ad esempio Trib. Roma 13 settembre 2011, in *Dejure*.

<sup>1332</sup> V. la motivazione di Trib. Messina, 5 aprile 2007, con nota di LA ROSA, che giunge a discorrere di *punitive damages*. L'indicata sentenza interviene in una tumultuosa procedura di separazione giudiziale nella quale i genitori non sono riusciti ad accordarsi neppure parzialmente per l'affidamento del minore e hanno mantenuto una posizione di elevata conflittualità già da diversi anni precenti la procedura in esame. Il ricorso per la separazione viene presentato dalla madre deducendo che il padre si era allontanato dalla casa coniugale disinteressandosi della moglie e del figlio. Il padre, per converso, osservava che dopo 3 anni dall'allontanamento dalla casa coniugale, aveva adito il Tribunale per i minorenni a causa di numerosi comportamenti contraddittori e ostruzionistici tenuti dalla madre tesi ad ostacolare il rapporto padre-figlio e la donna era stata privata dalla responsabilità genitoriale pur rimanendo affidataria del minore (con provvedimento successivamente revocato). Il padre ribadiva in sede di separazione che fosse

---

stata la donna a pretendere l'allontanamento dalla casa coniugale impedendogli di potere vedere e frequentare il minore per la cui grave condotta chiedeva la pronuncia di addebito della separazione e anche la condanna della ricorrente alle sanzioni di cui all'art 709 *ter* c.p.c. e al risarcimento del danno cagionatogli insieme al figlio per non avere attuato i provvedimenti in materia di affidamento.

Anche in questa sede processuale, il Collegio messinese rilevava, con supporto di CTU psicologiche, gravi comportamenti tenuti dalla donna la quale si opponeva sistematicamente alla instaurazione di un rapporto familiare tra minore e padre adducendo comportamenti violenti dell'uomo, impedimenti più svariati, ingenerando nel figlio la sindrome da alienazione parentale. In questo drammatico contesto familiare, intervallato da plurimi episodi gravi, il Tribunale di Messina prende posizione netta sulla natura sanzionatoria della neointrota disposizione processuale affermando che il risarcimento di cui ai punti 2 e 3 non rientra nel paradigma degli artt. 2043 e 2059, bensì costituisce una ipotesi di *punitive damages* o *sanzione privata*.

Così in motivazione: «Questo Tribunale ritiene più corretta la prima ipotesi e non ostante la osservazione che il nostro sistema giuridico non conosce la categoria dei danni punitivi, tipica invece del diritto anglosassone e nordamericano (esempio famoso di *punitive damages* è il caso di O.J. Simpson) perché l'art. 709 *ter* c.p.c. è introdotto da una legge nuova (54/2006) che in tema di affidamento recepisce largamente l'esperienza anglosassone e nordamericana; una legge che rivede in un'ottica diversa, per certi versi operando quella che è stata definita una rivoluzione copernicana, le regole relative ai rapporti genitori figli nei casi di separazione e divorzio e di conseguenza ben può introdurre nel nostro ordinamento un *quid novum*, segnatamente quella condanna al risarcimento del danno che non è diretta a compensare ma a punire, al fine di dissuadere (to deter) chi ha commesso l'atto illecito dal commetterne altri».

Nell'escludere anche per ragioni processuali la riconducibilità dell'art. 709 *ter* c.p.c. al risarcimento del danno endofamiliare, il Collegio osserva che le ordinarie regole di accertamento della responsabilità (oneri probatorio, domanda di parte, contraddittorio, preclusioni processuali) sono incompatibili con la struttura dell'art. 709 *ter* e il suo inserimento nel processo di separazione e divorzio. Alla luce della «ripetività del comportamento, Dell'indifferenza alle prescrizioni giudiziali più volte manifestata», il Tribunale ha condannato la madre, oltre che alla sanzione amministrativa di euro 2.500, al risarcimento in favore del figlio di euro 10.000.

La tesi sanzionatoria è ripresa da successive pronunce di merito. V. Trib. Roma 5 giugno 2007, in *Dejure* che ha condannato il padre a versare ai figli 17.000 euro a titolo risarcitorio per non avere adempiuto l'obbligo di affidamento della prole durante il periodo estivo. È interessante notare che l'indicata somma è stata determinata non già in ragione del pregiudizio sofferto dai danneggiati, bensì del canone di locazione che, durante il periodo in questione, il padre ha lucrato adibendo a terzi la casa nella quale avrebbe dovuto portare con sé i figli.

Ancora si riferiscono alle condizioni economiche del genitore inadempiente e alla reiterazione della condotta lesiva, alla durata della violazione Trib. Messina, 8 ottobre 2012; Trib. Roma, 21 maggio 2012; Trib. Roma, 27 marzo 2013; Trib. Rimini, 3 dicembre 2013; Trib. Roma, 23 gennaio 2015; Trib. Roma 11 ottobre 2016; Trib. Mantova 5 maggio 2017; Trib. Roma, 8 settembre 2017, n. 16802 dove si ribadisce «L'intervento del giudice è, quindi, improntato ad una sostanziale coartazione all'adempimento dei doveri genitoriali a fronte della ritenuta lesione dell'interesse del minore attraverso gli specifici rimedi elencati, che assolvono ad una funzione non tanto compensativa, essendo la misura del risarcimento commisurata alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento lesivo e non invece all'entità del danno subito, ma soprattutto punitiva o comunque improntata, sotto forma di dissuasione indiretta, alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari che, attesa la loro natura personale, non sono di per sé coercibili né suscettibili di esecuzione diretta.

Ratio della disposizione è prevedere l'adozione di provvedimenti sanzionatori che, anche in funzione deterrente, inducano i genitori al rispetto dei provvedimenti di affidamento delle prole, al fine di garantire il pieno diritto bigenitorialità, diritto inviolabile del minore e del genitore».

Cfr. ancora per la tesi sanzionatoria e deterrente in precedenza Trib. Napoli, 27 febbraio 2007; Trib. Palermo 2 novembre 2007; Trib. Roma, 23 dicembre 2011; Trib. Roma, 9 gennaio 2012; Trib. Roma, 5 ottobre 2012; Trib. Roma, 17 ottobre 2012; Trib. Roma, 10 gennaio 2013; Trib. Treviso, 21 ottobre 2014; Trib. Roma, 23 gennaio 2015; Trib. Rimini, 3 dicembre 2015; Trib. Rimini, 3 dicembre 2016. Non dissimile la posizione di App. Firenze, 29 agosto 2007, che ritiene configurabile un danno non patrimoniale *in re ipsa* da liquidarsi equitativamente. Tutte le decisioni citate sono reperibili nelle banche dati *Dejure* o in *Leggi d'Italia*.



possibile affiancare alle misure dell'art. 709 *ter* c.p.c. anche l'*astreinte* di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>1333</sup> per rafforzare ulteriormente la coercizione all'adempimento e agire in sede ordinaria per domandare il risarcimento del (diverso) danno endofamiliare.

Per altro indirizzo, pur non rientrando nelle regole ordinarie di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c., la disciplina del risarcimento prevista dall'art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. avrebbe natura speciale e ibrida (risarcimento punitivo e/o deterrente) poiché, per un verso, si riferisce soltanto alle ipotesi specificamente contemplate dal legislatore (grave violazione dei provvedimenti sull'affidamento) e, per altro verso, richiederebbe pur sempre l'esistenza di un pregiudizio da ristorare conseguente alla lesione dell'interesse protetto. Rimarrebbe ferma, inoltre, l'esigenza di far cessare la condotta illecita e prevenire per il futuro che possa reiterarsi. In difetto di espressa previsione di legge, la condanna risarcitoria non può essere disposta dal giudice di ufficio<sup>1334</sup>.

Per converso, altre decisioni di merito distinguono nettamente le sanzioni di cui ai numeri 1 e 4 rispetto alle ordinarie regole risarcitorie di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c. che varrebbero anche in questo ambito in assenza di deroghe espresse<sup>1335</sup>.

In questo quadro frammentato ed eterogeneo sembra opportuno evidenziare alcuni dati strutturali che permettono di distinguere la disciplina che ci occupa da altre fattispecie tipiche trattate in precedenza.

In primo luogo la riconosciuta natura coercitiva indiretta dell'art. 709 *ter* c.p.c. impone di raffrontare la disposizione in esame con l'art. 614 *bis* c.p.c. Per quanto osservato *retro* Parte I, par. 7, nell'art. 614 *bis* c.p.c. l'obbligazione pecuniaria è futura ed eventuale e mira a scongiurare il verificarsi della violazione sicchè è molto stretto il legame tra coercizione all'adempimento e attuazione del provvedimento giurisdizionale di condanna. Nell'art. 709 *ter* c.p.c., come suggeriscono i lavori preparatori e la stessa rubrica «*soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o*

---

<sup>1333</sup> V. ad esempio Trib. Salerno, 22 dicembre 2009; Trib. Firenze, 10 novembre 2011; Trib. Roma, 27 marzo 2013; Trib. Roma, 13 dicembre 2017. Tutte le decisioni citate sono reperibili in *Dejure*.

<sup>1334</sup> Trib. Padova, 3 ottobre 2008 con nota di FAROLFI; Trib. Reggio Emilia, 6 novembre 2007 ove si esclude che il danno possa dirsi *in re ipsa* sicchè si richiamano le regole risarcitorie ordinarie, ma si afferma che la liquidazione si fonda sulla gravità delle violazioni commesse. Trib. Treviso 8 novembre 2016 rigetta la domanda *ex art. 709 ter* c.p.c. perché riferita al risarcimento patito dai figli ormai divenuti maggiorenni in assenza di inadempimenti specifici circa l'affidamento rilevanti nel periodo in cui erano minorenni. In altri termini la disciplina dell'art. 709 *ter* c.p.c. può applicarsi solo ai casi ivi previsti ed ha natura speciale. Per Trib. Varese, 7 maggio 2010 se il risarcimento si riferisce a diritti fondamentali del minore il rapporto processuale è integro già con la presenza dell'altro genitore senza necessità di dovere nominare un curatore speciale. Tutte le decisioni sono reperibili in *Dejure*.

<sup>1335</sup> Trib. Pisa, 24 gennaio 2008; Trib. Pavia, 23 ottobre 2009; Trib. Pisa, 12 maggio 2010; App. Catania, 18 febbraio 2010; Trib. Varese, 7 maggio 2010; Trib. Monza, 19 dicembre 2013; Trib. Arezzo, 113 febbraio 2014; Trib. Pavia, 14 dicembre 2017. Tutte le decisioni sono reperibili in *Dejure*.

*violazioni*», prevale al contrario il profilo sanzionatorio perché tutte le misure previste dal secondo comma si ricollegano a violazioni o atti già avvenuti sicché il profilo coercitivo/compulsorio per il futuro è ancillare, tanto è vero che la giurisprudenza ammette la possibilità di cumulare le due misure in presenza di condotte specifiche (artt. 614 *bis* e 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c.). In altri termini l'induzione all'adempimento di obblighi infungibili può essere svolta molto più specificamente dall'art. 614 *bis* c.p.c. piuttosto che dalle sanzioni pecuniarie contenute nell'art. 709 *ter* c.p.c.<sup>1336</sup> ove, a differenza delle *astreinte*, non v'è alcuna implementazione progressiva della condanna pecuniaria al perseverare dell'inadempimento. Si noti peraltro che l'art. 614 *bis* c.p.c. non può essere posto a presidio di obbligazioni pecuniarie, mentre analoghe limitazioni legislative non si riscontrano nell'art. 709 *ter* c.p.c. quanto all'inadempimento degli obblighi alimentari o di mantenimento dei familiari che, seppure di natura pecuniaria, sono strettamente connessi ai diritti fondamentali della persona in favore della quale sono disposti<sup>1337</sup>.

In secondo luogo non sembra possibile obliterare il dato letterale e ritenere che quelle previste dai numeri 2 e 3 del secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c. siano obbligazioni pecuniarie non risarcitorie o, come afferma parte della giurisprudenza, sanzioni civili punitive (pene private o *punitive damages*). In questo senso depongono l'espressione *risarcimento dei danni* disposto a seconda dei casi in favore del minore e/o dell'altro genitore (che dunque devono reputarsi *danneggiati* dal responsabile), ma anche il riferimento al *pregiudizio* sofferto dal minore<sup>1338</sup>.

---

<sup>1336</sup> Lo evidenzia chiaramente RONCO, *L'art. 614 bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur.it.*, 2014, 761; DANOVÌ, *Gli illeciti endofamiliari*, cit., 318; GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., 261; DONZELLI, *I provvedimenti*, cit., 137 cita l'esempio del genitore che si è frapposto alla frequentazione del minore con l'altro genitore sistematicamente e ha causato una situazione di disagio psicologico al figlio. Per tale condotta il genitore inadempiente viene sanzionato al risarcimento de danno *ex art. 709 ter* c.p.c. e per il futuro il giudice può disporre *ex art. 614 bis* c.p.c. anche il pagamento di una somma di denaro per ogni inosservanza dei provvedimenti previsti a sostegno del minore quali impedimenti ingiustificati agli incontri organizzati dai servizi sociali (genitore/figlio) e l'assenza agli incontri programmati con lo psicoterapeuta che segue il minore.

<sup>1337</sup> Osserva QUERZOLA, cit., 694 – 695 «*Parte della dottrina esclude che queste sanzioni possano applicarsi in caso di ritardato o mancato pagamento dell'assegno disposto per il mantenimento dell'altro coniuge, facendo l'art. 709-ter c.p.c. esclusivo riferimento ai genitori; la questione è tuttavia opinabile con riguardo ai figli, perché se da un lato l'esistenza di una solida tutela privilegiata per gli assegni di mantenimento e l'aggiunta di un ulteriore strumento di tutela coattiva farebbero propendere per la negativa, dall'altro la norma non sembra escludere a priori gli obblighi alimentari dal suo campo di applicazione, e poiché tali obbligazioni sono collegate a diritti inviolabili della persona, ben si potrebbe pensare ad un surplus di strumenti di tutela*» Cfr. Anche GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata*, cit., 240-241.

<sup>1338</sup> La prima parte del secondo comma dell'art. 709 *ter* così dispone: «*in caso di gravi inadempienze o comunque di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento...*» In effetti l'utilizzo del lemma *comunque* successivo alla disgiuntiva o sembrerebbe estendere il pregiudizio anche ai gravi inadempimenti e parallelamente affermare che ovunque vi sia un pregiudizio anche non grave si possano adottare le misure susseguenti; in sostanza, la gravità sarebbe un filtro selettivo delle condotte rilevanti (ai fini della *ingiustizia*) nel senso che si escluderebbe la

Si è già notato che il legislatore ben potrebbe affiancare al risarcimento, che presuppone l'esistenza di un pregiudizio da allegare e provare in giudizio, una sanzione civile (che ne è indifferente e si cumula al primo perché dovuta ad altro titolo); si pensi soltanto all'art. 96 c.p.c. che distingue la disciplina del risarcimento contenuta nei primi due commi da quella della sanzione pecuniaria di cui al terzo comma; o ancora più chiaramente l'art. 12 L. Stampa che distingue la *riparazione pecuniaria* dal risarcimento del danno patrimoniale e/o non patrimoniale (per cui v. *retro* parte I, par. 9). Nel nostro caso, soltanto la sanzione pecuniaria dovuta in favore della Cassa delle Ammende e l'ammonizione costituiscono sanzioni punitive che eventualmente si cumulano al risarcimento.

In terzo luogo si deve osservare che a differenza di altre fattispecie nelle quali il legislatore detta specifiche regole risarcitorie diverse da quelle ordinarie (si pensi soltanto all'art. 125 CPI e 158 L. dir. aut. dove ai fini del risarcimento si ha riguardo anche agli utili; all'art. 28, comma 6, d.lgs., 1 settembre 2011, n. 150 ove si ha riguardo alla natura ritorsiva del comportamento, all'art. 187 *undecies* TUF ove si ha riguardo ai profitti derivanti dal reato, alla offensività del fatto e alle qualità personali del responsabile o alla disciplina legale degli indennizzi forfettari esaminati) il secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c.<sup>1339</sup> si riferisce in senso ampio solo alla gravità della violazione o al pregiudizio comunque arrecato al minore.

---

sanzionabilità delle violazioni minori che non incidano significativamente sulla posizione giuridica del minore. Il che sarebbe coerente con l'orientamento delle Sezioni Unite in materia di danno non patrimoniale (risarcibile solo in caso di grave violazione dei diritti fondamentali della persona e ove il pregiudizio non sia futile) v. sul punto AMBROSINI, *La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice, anche alla luce della L. n. 219/2012*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 1133 ss. la quale esclude la funzione punitiva del risarcimento in esame, ammettendone quella coercitiva indiretta e si interroga sulla possibile estensione della disciplina della clausola penale (anch'essa connotata sul medesimo profilo funzionale) agli accordi preventivi in materia di separazione in vista di possibili successivi inadempimenti genitoriali.

Non dissimile sembra la posizione di chi, sempre stando al dato letterale, afferma che fonti della responsabilità risarcitoria sarebbero 1. gravi violazioni rispetto a doveri di condotta specifici e preesistenti in virtù dei provvedimenti giurisdizionali in vigore (ad es. diniego del diritto di visita nel giorno e nell'orario stabilito o pagamento dell'assegno a titolo di mantenimento), 2. altri atti pregiudizievoli diversi (dunque altri atti illeciti oppure atti leciti dannosi si pensi al cambio di residenza unilateralmente imposto da uno dei genitori – atto illecito –, oppure al cambio di residenza assentito dall'altro, ma che generi per il genitore non collocatario delle spese molto esose in assenza di accordo – atto lecito dannoso –), 3. Gli atti che specificamente – volutamente (dolo) o con scarsa avvedutezza (colpa grave) – compromettano le modalità dell'affidamento (ad. es. il genitore che simula impedimenti non realmente esistenti come malattie del minore, perdita del mezzo di trasporto che impediscono all'altro non collocatario di prelevare il minore, nega colloqui con il pretesto – non reale – che il minore sia contrario e così via). In tutti questi casi ci si riferisce soltanto alla definizione dell'ambito di applicazione del giudizio di responsabilità, ma non alle regole risarcitorie che rimarrebbero ordinarie.

<sup>1339</sup> DONZELLI, *I provvedimenti*, cit., 108 ss. il quale ricorda come l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale favorevole a riconoscere natura sanzionatoria ai risarcimenti in esame sia fondato sulla valorizzazione della *ratio legis* coercitiva/punitiva e dalle difficoltà che incontrerebbe in questa sede processuale l'applicazione delle regole ordinarie codicistiche. L'esigenza di garantire effettiva tutela degli

Senonchè l'indicata disciplina ha un campo di applicazione ristretto potendosi invocare l'art. 709 *ter* c.p.c. soltanto se le violazioni genitoriali riguardino rapporti di filiazione (figli minorenni anche nati fuori dal matrimonio e maggiorenni con *handicap grave*) – con esclusione di controversie familiari ove non esistano figli – e al contempo preesista un provvedimento giurisdizionale regolante le modalità dell'affidamento e l'esercizio della responsabilità genitoriale. Si tratta dunque di una disciplina speciale<sup>1340</sup> correlata alla crisi familiare<sup>1341</sup> ove i poteri del giudice sono intensificati dall'ordinamento rispetto all'esercizio della responsabilità genitoriale a tutela dell'interesse del minore (cfr. art. 337 *ter*, secondo comma, c.c.). Il risarcimento ivi disciplinato, dunque, non potrebbe estendersi a violazioni preesistenti (ad esempio dei doveri coniugali o indipendenti dalla esistenza dei figli) o successive al raggiungimento della maggiore età della prole<sup>1342</sup> e di regola<sup>1343</sup> si correla, alla lesione grave di interessi fondamentali della persona (si pensi ad es. alla lesione del diritto di visita di uno dei genitori, ai comportamenti denigratori di una figura genitoriale, al turbamento dell'equilibrio del minore per la presenza costante di una figura terza non accettata; alla continua conflittualità dei genitori per l'adozione delle decisioni maggiormente rilevanti

---

interessi del minore (in fase attuativa) imporrebbe una tutela immediata alle posizioni lese. L'autore ritiene però che la soluzione interpretativa sopra menzionata non sia necessaria perché l'art. 709 *ter* c.p.c. può operare in una pluralità di situazioni differenziate alle quali si accompagnano risposte ordinamentali differenti, graduabili e rimesse alla scelta discrezionale del giudice.

<sup>1340</sup> La specialità deriva dal fatto che le condotte dei genitori costituiscono sia violazione dei doveri genitoriali sia al contempo violazione dei preesistenti provvedimenti giurisdizionali che regolano l'affidamento e l'esercizio della responsabilità genitoriale nella crisi familiare. Inoltre il giudice nel procedimento *ex art. 709 ter* c.p.c. gode di poteri discrezionali nel valutare le condotte in esame e può modulare la risposta sanzionatoria in maniera differenziata a seconda delle peculiari circostanze del caso v. DONZELLI, *I provvedimenti*, cit., 112.

<sup>1341</sup> In termini generali se in assenza di crisi l'intervento del giudice in materia familiare è confinato entro limiti stringenti dagli artt. 145 e 316, comma 3, c.c., la crisi familiare fa sì che il giudice adotti i provvedimenti più opportuni nell'interesse del minore o individui il genitore più idoneo ad adottare la decisione (art. 337 *ter*, comma 2, c.c. e 337 *quinquies* c.c.) cfr.; VULLO, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, 305; TOMMASEO, cit., 1060; BIANCA, *La famiglia*, cit., 66-67 e 346-347.

<sup>1342</sup> DONZELLI, *I provvedimenti*, cit., 120-121. Se dunque il giudizio *ex art. 709 ter* c.p.c. non si conclude con una condanna risarcitoria, per i medesimi fatti il danno da illecito endofamiliare può essere risarcito in separato giudizio *ex artt. 2043 e 2059 c.c.* secondo le regole ordinarie. Se invece il giudizio in esame si chiude con la pronuncia di condanna, in relazione alla violazione di diversi doveri genitoriali/coniugali potrà essere fatto valere in separato giudizio un differente diritto al risarcimento del danno endofamiliare *ex artt. 2043-2059 c.c.* Se si fanno valere fatti già coperti dal precedente giudicato, infatti, la domanda sarebbe inammissibile e se nel nuovo processo la condotta illecita si iscrive in un contesto più ampio in parte già considerato nel precedente giudizio conclusosi con la condanna risarcitoria di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., il giudice dovrà tenerne conto ai fini commisurazione della nuova condanna risarcitoria. Per i profili processuali v. diffusamente DONZELLI, *I provvedimenti*, cit., 201 ss.

<sup>1343</sup> Ben può ammettersi anche il risarcimento del danno patrimoniale sofferto da uno dei genitori se l'altro ad esempio decida unilateralmente, e contrariamente alle precedenti condizioni di affidamento, di cambiare la residenza del minore; si pensi anche al caso di danno subito dal genitore per l'impossibilità di apprendere il minore nella data programmata per le vacanze a causa dell'ostruzionismo dell'altro. Per il rimborso delle spese di viaggio e alloggio v. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, Trib. Locri, 28 novembre 2011, tutte in *Dejure*.

nell'interesse della prole e così via). Non c'è dubbio, come è stato osservato da parte della dottrina, che queste condotte genitoriali collocate in un contesto di elevata conflittualità ingenerata dalla crisi familiare sono normalmente dolose o gravemente colpose sicché le regole della responsabilità civile potrebbero recuperare, in questo particolare contesto, la originaria funzione sanzionatoria<sup>1344</sup>; altrettanto indubbio è che di regola, in assenza di tabelle *ad hoc* – se non in casi gravissimi quali la totale privazione del rapporto parentale con un genitore<sup>1345</sup> –, il giudice non possa ricorrere al metodo tabellare (concepito per il solo danno alla salute) bensì alla liquidazione puramente equitativa del pregiudizio (una volta provato *l'an debeatur*) da effettuarsi

---

<sup>1344</sup> SESTA, op. ult. cit., 291; BUSNELLI, *Tanto tuonò*, cit., 1214; più recentemente FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 421 ss. ricorda che in tema di illecito endofamiliare il dolo e la colpa grave rilevano non solo ai fini della valutazione di ingiustizia del danno (in relazione ai contrapposti interessi protetti in conflitto), ma anche nella liquidazione equitativa del pregiudizio ove si tiene conto della condotta del danneggiante. Quest'ultima tesi, quella della rilevanza del dolo nella valutazione equitativa giudiziale è sostenuta anche da FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit., 387; CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 156 ss.; CENDON-GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, a cura di ALPA-BESSONE, Torino, 1987 91; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 142; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 310; ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, 236; MONATERI – ARNONE – CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, 29. Cfr. anche SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *NGCC*, 2010, 256. Di collegamento tra sanzione civile e gravità dell'illecito civile discorre anche TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 510.

Di effetto deterrente per le gravi violazioni discorre FRANZONI, *La lite temeraria e il danno punitivo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1063 ss.; v. anche NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 6 ss. che discorre di funzione individual-deterrente oltre a quella solidaristico satisfattiva con riferimento al danno non patrimoniale nell'art. 709 *ter* c.p.c. Per ulteriori riferimenti al danno non patrimoniale *infra* par. 7 ss.

<sup>1345</sup> Emblematico il caso del figlio nato fuori dal matrimonio rispetto al quale uno dei genitori manifesti totale disinteresse Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *Fam. dir.*, 2015 con nota di VERONESI, ha applicato le Tabelle sulla perdita del rapporto parentale per quantificare simile pregiudizio non patrimoniale adattato al caso concreto; nello stesso senso Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. dir.*, 2018, con nota di SCALERA; Trib. Roma, 4 febbraio 2011; Trib. Roma, 11 gennaio 2012; Trib. Roma, 19 novembre 2014 che invece fanno riferimento alle Tabelle romane, tutte in *Dejure. Contra* App. Napoli, 18 luglio 2013, in *ilcaso.it*. secondo cui non può essere applicato il parametro della perdita del rapporto parentale a una situazione affatto diversa come quella dell'illecito endofamiliare.

In effetti le perplessità derivanti dall'indicato metodo assimilazionista sono condivise dalla dottrina; non può trascurarsi che la perdita del rapporto parentale postula la preesistenza di un legame affettivo consolidato tra genitore (ucciso da terzi) e figlio/coniuge/partner che invece manca in caso di totale disinteressamento del genitore per il figlio nato fuori dal matrimonio. In secondo luogo, il danno da illecito endofamiliare in esame non è irreversibile come quello da perdita del rapporto parentale perché il genitore negletto potrebbe successivamente ritornare sui propri passi e cercare di recuperare il rapporto personale con la prole. In terzo luogo, sul piano strutturale, la violazione dei doveri genitoriali è causa diretta e immediata del pregiudizio sofferto dal figlio, mentre in caso di perdita del rapporto parentale il danneggiato è vittima secondaria rispetto all'illecito compiuto da un terzo. V. SCALERA, *Il danno da deprivazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*, in *Fam. dir.*, 2018, 403; LA MALFA RIBOLLA, *La tutela risarcitoria per assenza del genitore, tra conferme della responsabilità civile endofamiliare e dubbi sulla coerenza del sistema*, in *Studium iuris*, 2014, 887 ss.

Onde evitare che la liquidazione equitativa pura possa condurre a decisioni imprevedibili e fortemente differenziate a seconda dell'ufficio giudiziario considerato, la soluzione potrebbe essere rappresentata da un nuovo sistema tabellare che quantifichi in maniera uniforme il pregiudizio sofferto dal minore in ragione dell'età e del periodo di assenza del genitore, con potere di personalizzazione in base alle circostanze del caso concreto v. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'assenza paterna: tra equità e tabelle*, in *Foro it.*, 2015, 2154 ss. Si rinvia diffusamente *infra* par. 5.5, 5.6. e 5.7.

sulla base di indici presuntivi e dati di comune esperienza<sup>1346</sup>. Nell'esercizio del potere equitativo, però, il giudicante è tenuto a motivare adeguatamente il percorso logico seguito per giungere alla quantificazione definitiva del risarcimento, profilo quest'ultimo altrimenti censurabile in sede di legittimità<sup>1347</sup>. Ebbene se la reiterazione della condotta, la gravità della stessa (anche sotto il profilo dell'elemento psicologico) finiscono per acuire i pregiudizi non patrimoniali sofferti dal danneggiato (quali disutilità emotive) e quindi rilevano indirettamente ai fini della quantificazione della obbligazione risarcitoria<sup>1348</sup>, altrettanto non può dirsi, in difetto di specifica previsione legislativa, per ulteriori parametri, pur considerati dalla giurisprudenza di merito, quali le condizioni economiche dei genitori o i guadagni realizzati in violazione del diritto, del tutto avulsi dalla disciplina risarcitoria in esame (salvo che coincidano con il danno da lucro cessante). Per quanto esposto sembra potersi affermare che l'aspetto sanzionatorio/deterrente rilevi ai fini dei criteri di imputazione della responsabilità (dolo/colpa grave e gravità del fatto) e indirettamente nella quantificazione equitativa del risarcimento del danno non patrimoniale. La funzione di coercizione all'adempimento è attenuata e può essere implementata dalla contestuale previsione delle misure di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. Non sembra invece condivisibile la tesi che qualifica il risarcimento di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. quale pena privata o sanzione pecuniaria civile non risarcitoria. Sul piano processuale, l'indicata disposizione favorisce la concentrazione della tutela giurisdizionale e implementa la deterrenza perché nell'ambito di istanze dirette ad accertare violazioni dei provvedimenti preesistenti, il giudice può anche occuparsi di questioni risarcitorie evitando che per il pregiudizio subito dal figlio o dal genitore non inadempiente sia necessario avviare un nuovo processo<sup>1349</sup>.

---

<sup>1346</sup> Così Cass., 7 luglio 2000, n. 7713 che però faceva riferimento alla lesione in sé del rapporto parentale mentre Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 richiedono sempre la prova di un pregiudizio consequenziale alla lesione.

<sup>1347</sup> Cass., 7 giugno 2011, n. 12408; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361. Cfr. anche BONA, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 2012, 31 ss.; PONZANELLI, *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, in *Danno e resp.*, 71 ss.

<sup>1348</sup> Tale orientamento è seguito in giurisprudenza in generale per l'illecito endofamiliare v. Cass., 10 maggio 2015, n. 9801; Cass., 30 luglio 2015, n. 16197; Cass., 4 febbraio 2016, n. 2167; Trib. Venezia 30 giugno 2004; Trib. Bologna 31 agosto 2010; Trib. Roma, 11 ottobre 2016; App. Palermo 20 febbraio 2007. V. anche le ulteriori decisioni citate in precedenza. Ma v. anche la citata Cass. n. 1126/2015 in *Resp. civ. e prev.* con note di PONZANELLI, QUARTA, CITARELLA ove si discorre di gravità dell'offesa ai fini della quantificazione del danno *ex art.* 2059 c.c. qui intesa non come intensità della sofferenza soggettiva, ma come intollerabilità giuridica del fatto.

<sup>1349</sup> DONZELLI, *I provvedimenti*, cit., 217 ss. per i necessari adattamenti processuali che l'indicata eventualità comporta.

### **3. Le ipotesi problematiche di indennità risarcitorie individuate da Cass., Sez. Un., n. 16601/2017 cit. in materia giuslavoristica**

Nella decisione citata, le Sezioni Unite n. 16601 del 2017 hanno affermato che «*nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile*» rinvenibili in diverse disposizioni tra le quali, particolarmente in ambito lavoristico, l'art. 32, commi 5, 6 e 7, l. n. 183 del 2010 (oggi art. 28, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015) che prevede una forfettizzazione del risarcimento spettante al lavoratore nel caso di illegittima apposizione del termine al contratto; l'art. 18, comma 2, Stat. Lav. nella parte in cui prevede che la misura minima del risarcimento dovuto al lavoratore destinatario della c.d. tutela reale forte sia di cinque mensilità di retribuzione; l'art. 18, comma 14, Stat. Lav., che prevede, nel caso di licenziamento di dirigenti delle RSA, che la mancata reintegrazione sia scoraggiata mediante l'imposizione, per ogni giorno di ritardo, del pagamento, a favore del Fondo adeguamento pensioni, di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.

A tali ipotesi può aggiungersi l'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 23/2015 (contratti a tutele crescenti stipulati a far data dal 7 marzo 2015 cd. *Jobs Act*) che, nel rendere “libero” il licenziamento economico, dispone che dichiarata l'illegittimità del recesso, il giudice condanna il datore di lavoro ad una indennità economica pari a 2 mensilità per ogni “anno di servizio” comunque non inferiore a 4 (ora 6) e non superiore a 24 (ora 36) mensilità per effetto del D.L. n. 87/2018 conv. con L. n. 96/2018 (cd. Decreto Dignità) oggetto della recente sentenza della Corte Costituzionale 16 settembre 2018, n. 194<sup>1350</sup>.

In materia lavoristica, la tecnica basata sulla previsione di un meccanismo di liquidazione del danno idoneo a preventivare con certezza il costo del licenziamento illegittimo, è ispirata alla “rottura efficiente del contratto” tipica della *Law & Economics* e, in particolare, alla teoria del *firing cost*<sup>1351</sup> che consente al datore di lavoro di

---

<sup>1350</sup> in *Diritto delle Relazioni Industriali* 2019, 1, 213.

<sup>1351</sup> PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO – PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e la Naspi*, Torino, 2015; SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in IADICICCO – NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Napoli, 2016. WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT, n. 322, 2017. *Contra* MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT, n. 256, 2015.5; PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, I, 3, 2012, 561 ss. Lo stesso autore, con riferimento alla disciplina in esame, ha rilevato, in modo condivisibile, che il sistema rimediale introdotto nel 2015 «appare addirittura recessivo rispetto a quanto predicato dalla *Law & Economics* sulla c.d. “rottura effi-

conoscere anticipatamente la sanzione per il suo inadempimento in modo tale da poter scegliere se gli convenga, in termini puramente economici, mantenere in vita il rapporto di lavoro ovvero risolverlo unilateralmente, anche in assenza di una valida giustificazione.

Si tratta di una tecnica legislativa inaugurata con l'art. 8 L. n. 604 del 1966 che nel caso di licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, lasciava al datore di lavoro la facoltà di riassumere il lavoratore o, in alternativa, di versargli una indennità commisurata all'ultima retribuzione, entro un *range* fissato dalla legge che il giudice determinava concretamente sulla base di vari parametri (dimensione dell'impresa, anzianità di servizio e comportamento delle parti)<sup>1352</sup>.

Nell'ambito delle fattispecie indicate dalla Suprema Corte, non può discorrersi di responsabilità da atto lecito (nel senso indicato nel precedente Cap. III, parte I, par. 6) in quanto si è in presenza di una conversione di un contratto di lavoro per nullità del termine o di un licenziamento illegittimo in cui non è possibile ravvisare l'esercizio di un diritto. In questa seconda ipotesi, qualora l'effetto estintivo si produce comunque (come avviene nell'ipotesi prevista dall'art. 3, comma, D.Lgs. n. 23/2015), il legislatore non ha reso legittimo il recesso, ma si è limitato, in deroga alle ordinarie regole, a determinare la misura del risarcimento in misura forfettizzata; insomma, si tratta sempre

---

ciente del contratto”, posto che la dottrina giuseconomica postula pur sempre un assetto risarcitorio tale da soddisfare pienamente la parte che subisce la violazione».

<sup>1352</sup> L'indicata tecnica è adottata nelle ipotesi in cui alla riconosciuta illegittimità del licenziamento non segue la reintegrazione nel posto di lavoro, ma soltanto la cd. tutela economica. La legge n. 92/2012 (cd. riforma del lavoro Fornero) ha profondamente modificato l'art. 18 Stat. Lav. limitando la reintegrazione nel posto di lavoro (in precedenza a carattere generale per le imprese soggette, per requisiti dimensionali, all'applicazione dello Statuto) oltre ai casi di nullità o inefficacia del licenziamento (comma 1), soltanto alle ipotesi residuali di insussistenza del fatto posto a fondamento della giusta causa e del giustificato motivo o qualora il fatto contestato risulti punibile con sanzione conservativa (comma 4); in tutte le altre ipotesi, dichiarata l'illegittimità del licenziamento, il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva. Per i nuovi “contratti a tutele crescenti”, stipulati a far data dal 7 marzo 2015, il D. Lgs. n. 23/2015 conferma la disciplina dell'art. 18, comma 1, Stat. Lav. per i licenziamenti discriminatori, nulli o inefficaci (art. 2) e, in continuità con la riforma Fornero, per quelli intimati per giusta causa o giustificato motivo riduce l'area della reintegrazione soltanto all'insussistenza del fatto costituente giusta causa o giustificato motivo soggettivo escludendo, però, la tutela reale in caso di licenziamento per motivi economici (art. 3), diversamente dalla riforma Fornero (L. n. 92/2012) nella quale il giudice “può” disporre la reintegrazione (art. 18, comma 7 Stat. Lav., secondo periodo) quando accerta la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Nel licenziamento per motivi economici, il *Jobs Act* esclude la tutela reale anche quando sia dimostrata l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo (art. 3, commi 1 e 2) e riconnette all'illegittimità il pagamento di una indennità economica pari a 2 mensilità per ogni “anno di servizio” comunque non inferiore a 4 (ora 6) e non superiore a 24 (ora 36) mensilità per effetto del D.L. n. 87/2018 conv. con L. n. 96/2018 (cd. Decreto Dignità). Con sentenza n. 194/2018, la Corte Cost. ha dichiarato illegittimo l'art. 3 cit. e recuperato al giudice la facoltà di quantificare entro i limiti fissati l'indennità utilizzando anche gli altri parametri previsti dagli artt. 8 L. n. 108/90 e 18 Stat. Lav.



di un licenziamento illegittimo che pur tuttavia resta efficace e quindi non annullabile<sup>1353</sup>.

Nella decisione n. 194/2018 cit., la Consulta ha osservato che la qualificazione come «indennità» dell'obbligazione prevista dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 (cd. *Jobs Act* e lo stesso vale per le altre indennità) non ne esclude la natura di rimedio risarcitorio. Il licenziamento, *«anche se efficace, in quanto idoneo a estinguere il rapporto di lavoro, costituisce pur sempre un atto illecito, essendo adottato in violazione della preesistente non modificata norma imperativa secondo cui «il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo» (art. 1 della legge n. 604 del 1966)»*.

Per le fattispecie sopra riportate la natura risarcitoria dell'indennità è affermata direttamente dalla legge: gli artt. 18, comma 4, Stat. Lav. e 3, comma 2 D.Lgs. n. 23/2015 definiscono esplicitamente l'indennità *risarcitoria* facendo riferimento alla retribuzione globale di fatto (il primo) e alla retribuzione ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto (il secondo); nell'art. 28 D.lgs. n. 81/2015 si fa riferimento al *«risarcimento del danno... stabilendo un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 L. n. 604/1966»* che ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore.

In termini generali, può quindi affermarsi che le indennità conseguenti al licenziamento nullo, inefficace o illegittimo e alla violazione delle norme sui contratti di lavoro a termine citate hanno prevalentemente funzione risarcitoria per le quali, in deroga alle regole generali, la determinazione del *quantum debeatur* è slegata da qualsiasi accertamento delle conseguenze pregiudizievoli che non sono oggetto di indagine poiché il giudice stabilisce il numero delle retribuzioni mensili dovute nel minimo, nel massimo o entro il limite minimo-massimo previsto dalla legge sulla base di elementi che non tengono conto del pregiudizio reale<sup>1354</sup>. È interessante notare peraltro come siffatta tecnica liquidatoria possa richiamare quella del moltiplicatore simile a quella adottata dalle decisioni statunitensi rese in tema di *punitive damages*.

Si tratta di liquidazioni forfetizzate del danno previste dalla legge che, per risultare legittime costituzionalmente, non devono essere necessariamente riparatorie degli interi

---

<sup>1353</sup> BOSCATI, *La tutela obbligatoria*, in CARINCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, III, 2007, 317 ss.

<sup>1354</sup> Si pensi ai criteri del numero dei dipendenti occupati o delle dimensioni dell'impresa di cui all'art. 8 L. n. 604/66.

pregiudizi subiti dai danneggiati<sup>1355</sup> perché la regola di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato è priva di copertura costituzionale (Corte cost. sentenza 30 aprile 1999, n. 148); devono tuttavia risultare “ragionevoli” e perciò adeguate (Corte cost. sentenze 25 maggio 2005, n. 199; 22 novembre 1991 n. 420 e n. 303/2011 cit.) e realizzare un equilibrato contemperamento degli interessi in conflitto (Corte cost. sentenze 16 ottobre 2014 n. 235; 25 ottobre 2000, n. 482; n. 303/2011 cit.; n. 132/1985 cit.; n. 194/2018 cit).

La Corte costituzionale osserva inoltre che, sebbene diversamente dall’art. 18, comma 5, Stat. Lav., l’art. 3, comma 1 D.Lgs. n. 23/2015 non definisca espressamente l’indennità “omnicomprensiva”, l’indicata natura è fatta palese dalla volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo.

L’indicata autorevole affermazione sembra suffragare l’ipotesi secondo cui il rapporto tra i rimedi di diritto speciale (quelli in esame) e di diritto comune non può porsi in termini di cumulatività come avverrebbe nell’ipotesi in cui il lavoratore facesse valere le naturali conseguenze dannose del recesso anche in sede ordinaria; i rimedi non sono neppure alternativi tra loro e, conseguentemente, il dipendente, decaduto dall’impugnazione del licenziamento, non potrà proporre azione ordinaria ex artt. 1218 e 1453 c.c. di risarcimento danni nei confronti del datore di lavoro<sup>1356</sup>.

Diversa è invece la situazione in cui versa il dipendente assunto a termine da P.A. in violazione delle disposizioni relative al reclutamento del personale (cd. *danno comunitario*) il quale, ai sensi dell’art. 36, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001 ha diritto al *risarcimento del danno* derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative: danno che, descrittivamente, può idealmente suddividersi in

---

<sup>1355</sup> Nel dichiarare illegittimi gli artt. 6 del d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 (Testo unico in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni) e 89, secondo comma, del R.D. 19 luglio 1941 n. 1198 (Regolamento di esecuzione dei titoli I, II e III del libro II della legge postale e delle telecomunicazioni), Corte Cost., 20 dicembre 1988, n. 1104 ha affermato in motivazione che la previsione di una indennità predeterminata dal legislatore nel suo ammontare e nei criteri di sua commisurazione deve comunque “*garantire in modo serio e non fittizio*” il ristoro della perdita subita.

<sup>1356</sup> Secondo MISCIONE, *Nel contratto di lavoro non sono ammessi i mezzi di cessazione di diritto comune*, in *LG*, 2000, 7, 605, il legislatore, fissando il regime di diritto speciale, ha inteso sostituire i rimedi di diritto comune escludendo qualsiasi «autonomia per i privati» e ciò vale anche per il caso in cui vi sia stata tempestiva impugnazione del licenziamento; cfr. sul punto, TOSI, *L’art. 18 St. Lav. nel processo*, in *ADL*, 2008, 1347 secondo cui il regime speciale è sostitutivo di quello di diritto comune; ZACCARELLI, *Le conseguenze della tardiva impugnazione del licenziamento illegittimo*, nt. a Cass. 21 agosto 2006, n. 18216, *ADL*, 2007, II, 250 osserva che il lavoratore licenziato da un’azienda con meno di sedici dipendenti potrebbe trovare più conveniente non impugnare il licenziamento e, avvalendosi della normativa civilistica, indirizzare la sua iniziativa giudiziale verso un risarcimento pari se non maggiore rispetto a quello ottenibile nell’ambito della tutela reale. In giurisprudenza, nello stesso senso, cfr. Cass. 05 febbraio 2010, n. 2676 in *Guida al diritto* 2010, 15, 70; Cass. 14 maggio 2007, n. 11035 in *Lavoro nella giur.* 2007, 9, 879.

due componenti: la prima, a carattere punitivo (l'indennità *ex art. 32, L. n. 183 del 2010*) e, la seconda, con finalità riparatoria, riferita ai danni allegati e provati secondo le comuni regole risarcitorie. Il risarcimento in esame non è soggetto, per entrambe le "componenti", ad alcun termine decadenziale, bensì soltanto a prescrizione.

Per contro, l'analogia indennità prevista per l'impiego privato, è assoggettata a un duplice termine decadenziale: il primo, per impugnare stragiudizialmente il contratto decorrente dalla relativa scadenza (attualmente *ex art. 28 D.lgs. n. 81/2015*) di 120 giorni e l'altro, di 180 giorni per proporre la domanda giudiziale.

Trattandosi di indennità forfetizzata che per effetto dell'art. 1, comma 13, L. n. 92/2012 (successivamente abrogato) *ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore*, in caso di intervenuta decadenza non può più essere richiesta in sede ordinaria.

Con ordinanza 28 gennaio 2011, la Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5, 6 e 7 L. n. 183/2010 per contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 della Costituzione, ritenendo irragionevole la previsione di una indennità limitata ad alcune mensilità e perciò sproporzionata per difetto rispetto a un danno subito dal lavoratore notevolmente maggiore che aumenta con il corso del tempo e perdura sino alla effettiva riammissione in servizio.

Secondo la Corte Costituzionale<sup>1357</sup>, invece, il danno forfetizzato dall'indennità copre il periodo precedente l'emanazione della decisione con cui il giudice dichiara illegittima l'apposizione del termine poiché, da questo momento, il datore di lavoro è obbligato a riammettere in servizio il dipendente ed è tenuto comunque, anche in difetto di riammissione, a versargli le retribuzioni. Così intesa, cade l'ipotesi di sproporzione dell'indennità che in forza dell'art. 1, comma 13 L. n. 92/2012 *«ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore ... per il periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro»*. L'art. 32 cit., introduce inoltre un termine di complessivi trecentotrenta giorni (attualmente trecento) per l'esercizio, a pena di decadenza, dell'azione di accertamento della nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro, fissandone la decorrenza dalla data di scadenza del medesimo. Con l'effetto di approssimare l'indennità al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza che, soggetta al rito del lavoro, dovrebbe intervenire in tempi relativamente brevi.

---

<sup>1357</sup> Corte Cost., n. 303/2011 cit.

La norma non è pertanto irragionevole anche perché l'indennità forfetizzata si aggiunge alla stabilizzazione del rapporto che è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario e, poiché il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum*, l'indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria perché è dovuta in ogni caso, al limite anche in mancanza di danno, per avere il lavoratore prontamente reperito un'altra occupazione. Con la conseguenza che la disciplina in esame, confrontata con quella previgente, risulta, sotto tale profilo, più favorevole al lavoratore<sup>1358</sup>.

Come osservato in precedenza (Cap. II, par. 4.3.), la citata disposizione è stata applicata anche come criterio di liquidazione del danno dovuto ai dipendenti di pubbliche amministrazioni in caso di violazione delle disposizioni relative al reclutamento del personale come agevolazione probatoria secondo una interpretazione comunitariamente orientata (cd. *danno comunitario*).

Residua, per tali lavoratori, la possibilità di far valere altri danni di importo maggiore di cui riescano a fornire la prova in applicazione delle ordinarie regole applicabili in forza dell'art. 36 D.lgs. 165/2001 che richiama il "risarcimento danni"<sup>1359</sup> presidiato dall'apparato "preventivo-sanzionatorio" previsto dal medesimo art. 36, comma 5 cit. il quale dispone che le amministrazioni sono tenute a recuperare, nei confronti dei dirigenti responsabili, le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento del danno sofferto a causa della violazione delle disposizioni relative al reclutamento o all'impiego, quando detta violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Una siffatta violazione dovrebbe essere inoltre presa in considerazione ai fini della valutazione dell'operato di detti dirigenti i quali, a causa della citata violazione, potrebbero non ottenere un premio di risultato. Inoltre, l'articolo 36, comma 6 di detto decreto legislativo, "punisce" le amministrazioni pubbliche che abbiano agito in violazione delle norme relative al reclutamento o all'impiego disponendo che non possano procedere, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi a detta violazione<sup>1360</sup>.

Ai fini della concreta determinazione delle mensilità comprese tra 2,5 e 12, il giudice si avvale, per la personalizzazione del danno, dei criteri indicati nell'art. 8 L. n. 604/1966 e perciò quantifica l'indennità avendo riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al

---

<sup>1358</sup> Corte Cost. n. 303/2011, v. considerato in diritto punto 3.3.1.

<sup>1359</sup> Cass. S.U. n. 5072/2016 cit.

<sup>1360</sup> Diffusamente, CGUE, sentenza n. 494/2018 (causa C 595/2016) cit., pronuncia pregiudiziale richiesta dal Tribunale di Trapani in *Diritto delle Relazioni Industriali* 2019, 1, 409.

comportamento e alle condizioni delle parti.

Si tratta, all'evidenza, di criteri legali che derogano all'art. 1223 c.c. in quanto non attengono alla individuazione della misura del pregiudizio subito dal danneggiato (*la perdita subita dal creditore, come il mancato guadagno*) ma attribuiscono rilievo a fattori del tutto esterni.

I primi due criteri, numero dei dipendenti occupati e dimensioni dell'impresa valorizzano la realtà aziendale in cui il lavoratore ha prestato servizio e rispondono all'esigenza di bilanciare i contrapposti interessi.

Le dimensioni dell'azienda si desumono non soltanto dalle strutture, dagli impianti<sup>1361</sup>, dall'organico e dal capitale investito, ma anche da altri fattori quali la capacità produttiva, il fatturato e il tasso di tecnologia applicato<sup>1362</sup>. Gli indicati criteri sembrano suggerire di applicare un risarcimento mirato alle dimensioni dell'impresa e perciò di non penalizzare eccessivamente i piccoli imprenditori e, per converso, di non premiare le grandi imprese.

L'*anzianità di servizio* deve essere valutata considerando che, in linea generale, a maggiore anzianità la perdita è maggiore quantitativamente in quanto la retribuzione goduta contiene gli scatti di anzianità e qualitativamente in quanto a elevata anzianità consegue la perdita di una specifica professionalità; inoltre, il reinserimento del lavoratore in altra azienda è più difficoltoso per chi ha esperienza in un'unica realtà aziendale<sup>1363</sup>.

Per *condizioni delle parti*, deve intendersi, con riferimento al datore, la sua capacità economica e l'eventuale situazione di crisi dell'impresa<sup>1364</sup>; per il lavoratore il criterio induce a valutare le sue condizioni anagrafiche e la possibilità di reperire altra occupazione nel locale mercato del lavoro, la sua situazione familiare, socio-economica<sup>1365</sup> e, la sua capacità di reperire altra occupazione nel locale mercato del lavoro e, per entrambi, il comportamento, anche processuale o manifestato nelle sedi conciliative.

---

<sup>1361</sup> MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, 146, sub art. 8.

<sup>1362</sup> CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 76, sub art. 18.

<sup>1363</sup> MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, 215; CERRITELLI – PICCININI, *Il licenziamento individuale*, Roma, 1991, 201.

<sup>1364</sup> SANDULLI – VALLEBONA – PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990, 53.

<sup>1365</sup> SANDULLI – VALLEBONA – PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 53; MISCIONE, *La nuova tutela*, cit., 213.

Dalle esposte argomentazioni e, in particolare dalla spettanza “automatica” che prescinde dalla prova del danno, dai criteri legali di quantificazione taluni dei quali totalmente estranei alla sfera del danneggiato e dall’inapplicabilità della regola del concorso colposo del creditore, sembra agevole intravedere nell’indennità forfetizzata prevista dall’art. 32 L. n. 183/2010 (trasfusa nell’art. 28 D.Lgs. n. 81/2015), una funzione marcatamente punitiva come del resto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303/2011 cit. Si pensi, ad esempio, al caso di illegittima reiterazione di contratti a termine senza soluzione di continuità intercorsi anche durante il giudizio conclusosi con la conversione dei diversi rapporti in un unico rapporto a tempo indeterminato qualora la conseguente ricostruzione della carriera (scatti di anzianità) risulti inferiore alla misura dell’indennità accordata oppure, per il cd. “danno comunitario”, al caso di dipendente assunto il giorno successivo alla cessazione dell’ultimo rapporto con la P.A. da altra impresa, magari vittorioso in giudizio anche per il risarcimento da perdita di *chance* eventualmente azionato. In queste particolari ipotesi in cui il danno effettivo è inferiore a quello conseguibile mediante gli strumenti ordinari o già risarcito attraverso essi, l’indennità diviene ultracompensativa e perciò assume connotazione chiaramente punitiva.

In queste particolari fattispecie può perciò discorrersi, come del resto autorevolmente sostenuto dalle S.U. n. 16601/2017, di un risarcimento punitivo in quanto ultracompensativo.

Altra ipotesi in ambito lavoristico - non indicata nella citata decisione delle S.U. - è quella prevista dall’art. 3, comma 1 D.Lgs. n. 23/2015 (cd. Jobs Act).

Sulla prevalente natura risarcitoria della predetta indennità si è già detto.

Già prima della pronuncia di incostituzionalità, alla citata disposizione<sup>1366</sup> era accreditata una funzione anche deterrente sul rilievo che quando una norma determina il *quantum* in base a un parametro esterno non variabile in aumento o diminuzione che soltanto parzialmente attiene al pregiudizio subito, realizza anche una funzione sanzionatoria<sup>1367</sup>.

In termini generali, ogni forfetizzazione del risarcimento contiene una funzione non compensativa sia soltanto perchè, pur in assenza di prova, un risarcimento è comunque

---

<sup>1366</sup> Cfr. *retro*, nota 1350.

<sup>1367</sup> VILLA, *La forfetizzazione legislativa del danno risarcibile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 264; MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in CARINCI - CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *ADAPT Labour Studies e-Book series*, n. 46, 2015, 130.

dovuto; tuttavia, i meccanismi di forfetizzazione, per assolvere ad una effettiva funzione deterrente verso il potenziale danneggiante devono fissare soglie sufficientemente elevate poiché, nel caso opposto, la forfetizzazione potrebbe tradursi in uno strumento limitativo della responsabilità del danneggiante<sup>1368</sup>.

Nella stesura originaria dell'art. 3, comma 1 cit., la previsione di un limite minimo basso (4 mensilità) accompagnato da quella del limite massimo (24 mensilità) poneva in secondo piano la valenza sanzionatoria della norma rispetto al chiaro intento di contenimento e forfetizzazione dei molteplici danni che il lavoratore poteva far valere<sup>1369</sup>.

In quest'ottica, il vizio della norma era costituito dalla rigidità dell'indennità che, ancorata ad un solo criterio di calcolo (anzianità di servizio), era certa non solo nell'*an* ma anche nel *quantum* e impediva al giudice qualsiasi effettiva personalizzazione del danno che si manifestava, in tutta la sua incongruenza, nei casi di anzianità di servizio non elevata in cui non era garantito un ristoro adeguato del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo.

Nella sentenza n. 194/2018 cit., la Corte Costituzionale ha ritenuto che la previsione di una misura risarcitoria uniforme, ancorata ad un unico criterio si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere - e sono, nell'esperienza concreta - diverse<sup>1370</sup>.

Il legislatore ha sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento (art. 8 L. n. 604 del 1966; art. 18, quinto comma, L. n. 300 del 1970 (come sostituito dall'art. 1, comma 42, lettera b, della legge n. 92 del 2012); art. 32 L. n. 183/2010 (in materia di contratti a termine) da cui si discosta la disposizione censurata proprio in una fattispecie in cui non è prevista la tutela reale. Inoltre, l'indennità ex art. 3, comma 1 D.Lgs. n. 23 cit., per la sua rigidità e l'impossibilità da parte del lavoratore di incrementarla fornendo la relativa prova, contrasta altresì con il principio di ragionevolezza, risultando inadeguata a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito e un'adeguata dissuasione del datore di

---

<sup>1368</sup> Così VILLA, *La forfetizzazione legislativa del danno risarcibile*, cit, pag. 261.

<sup>1369</sup> Così SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, VII, nt. 21 a proposito dell'indennità ex art. 28, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1370</sup> Osserva DE GIUDICI, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno: questioni ancora aperte e tecniche di tutela* in *GiustiziaCivile.com*, approfondimento del 12 luglio 2019, che se l'anzianità costituisse l'unico criterio si potrebbe verificare il caso che a due licenziamenti illegittimi applicati da datori di lavoro differenti, e molto diversi per numero di addetti, organizzazione e valore delle aziende, potrebbe conseguire la liquidazione di danni in misura uguale, con la conseguenza che se un risarcimento potrebbe considerarsi idoneo a dissuadere il datore di lavoro, l'altro, riferito al datore con maggiore capacità economica, per logica non lo sarebbe affatto.

lavoro dal licenziare illegittimamente. Ed è proprio l'inadeguatezza dell'indennità forfetizzata rispetto alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato a minare anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto<sup>1371</sup>. Pertanto, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la norma limitatamente alle parole «*di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio*».

Per effetto del citato Decreto Dignità che ha elevato a 6 mensilità la soglia minima e a 36 quella massima, della restituita discrezionalità al giudice nella determinazione del *quantum* e dell'inapplicabilità della regola del concorso colposo del creditore<sup>1372</sup>, l'indennità in esame è munita di quella efficace funzione deterrente che la stessa Corte Costituzionale le ha riconosciuto<sup>1373</sup>.

L'accertamento giudiziale della nullità od inefficacia del licenziamento comporta per il datore l'obbligo di reintegrare il prestatore nel proprio posto di lavoro (risarcimento in forma specifica) (art. 18, comma 1 L. n. 300/1970 e al comma 2 del medesimo articolo riportato dalle Sezioni Unite del 2017 nell'elencazione di risarcimenti con valenza deterrente/punitiva) è previsto il risarcimento danni consistente in un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum*, in misura non inferiore a cinque mensilità. Questa presunzione assoluta di danno minimo, dovuta in ogni caso, è stata qualificata come sanzione conseguente all'illegittimo licenziamento<sup>1374</sup> e da Cass. n. 9464 del 1998 indennità "*quasi a titolo di penale avente la sua radice nel rischio d'impresa*"<sup>1375</sup>.

---

<sup>1371</sup> Considerato in diritto punto 12.2.

<sup>1372</sup> Diffusamente, PICUNIO, *Natura e funzioni dell'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato* in *GiustiziaCivile.com*, approfondimento del 3 giugno 2019 secondo cui la mancata detrazione dell'*aliunde perceptum* (o *percipiendi*) è giustificata dal fatto che ci si trova dinanzi ad un licenziamento comunque illegittimo sebbene idoneo a estinguere il rapporto. A tanto va aggiunto che, diversamente dall'art. 18 Stat. Lav., la citata disposizione non prevede alcuna decurtazione dell'*aliunde perceptum*.

<sup>1373</sup> Osserva DE GIUDICI, *Licenziamento illegittimo* cit. che il *Jobs Act* ha "cambiato pelle", ed anzi nel suo complesso è divenuto il regime più favorevole al lavoratore rispetto all'applicazione dell'art. 18 l. n. 300 del 1970.

<sup>1374</sup> Cass. S.U. 23 aprile 1987, n. 3957.

<sup>1375</sup> Corte Cost. 23 dicembre 1998, n. 420 in *Foro it.* 1999, I, 3135 ha affermato attraverso «*la presunzione assoluta di danno minimo pari a cinque mensilità di retribuzione, il legislatore ha operato un non irragionevole bilanciamento complessivo per il fatto di aver simmetricamente riconosciuto al datore di lavoro l'esercizio della facoltà di recesso, idonea ad incidere unilateralmente ed immediatamente nella sfera degli interessi del lavoratore. La previsione (di carattere eccezionale) di una*



Nell'uno e nell'altro caso, trattandosi di risarcimento che prescinde dal danno effettivo, può ben essere configurato come risarcimento deterrente/punitivo.

Le Sezioni Unite citano infine, tra le disposizioni in materia di lavoro, la fattispecie dell'art. 18, comma 14 Stat. Lav. che, nell'ipotesi di licenziamento di un rappresentante sindacale aziendale, obbliga il datore di lavoro che non ottempera al provvedimento di reintegrazione al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore per ogni giorno di ritardo. La disposizione persegue la finalità di indurre il datore di lavoro a reintegrare il lavoratore sindacalista interno e perciò a evitare che l'imprenditore, facendo leva sulla incoercibilità in forma specifica dell'ordine giudiziale, possa limitarsi a versare le retribuzioni al proprio dipendente senza riammetterlo in azienda. Si tratta perciò di una misura di coercizione indiretta che tende a favorire la spontanea esecuzione dell'obbligo di reintegrazione mediante "minaccia" di una sanzione civile. Sotto il profilo funzionale è perciò assimilabile all'*astreinte* sebbene la somma non sia devoluta al danneggiato ma al Fondo adeguamento pensioni.

---

*presunzione iuris et de iure di danno in caso di esercizio oggettivamente illegittimo di tale facoltà non fa che riequilibrare siffatto potere privato, a fronte del quale il lavoratore versa in una situazione di soggezione».*

#### **4. L'art. 28, comma 6, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 in tema di ritorsioni del comportamento discriminatorio**

Nell'ambito della complessiva tutela volta a prevenire le molteplici forme di discriminazione previste dal legislatore riconducibili a motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi<sup>1376</sup>, per garantire la parità di trattamento tra le persone, indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica<sup>1377</sup> intendendosi per tale l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, di convinzioni personali, *handicap*, età o orientamento sessuale<sup>1378</sup>, per promuovere la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità e garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali<sup>1379</sup> nonché l'accesso a beni, servizi e loro fornitura indipendentemente dal sesso<sup>1380</sup>, con l'art. 28 del D.Lgs. 01/09/2011 n. 150, dopo aver assoggettato al rito sommario di cognizione le controversie in materia di discriminazioni (comma 1), il legislatore ha previsto, al comma 6, che nella liquidazione del danno il giudice tenga conto del fatto che la discriminazione costituisce una forma di ritorsione a una precedente attività dell'offeso diretta a ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento.

Si tratta, all'evidenza, di una liquidazione che è influenzata in aumento dalla circostanza della reiterazione della condotta dell'offensore che, sotto tale profilo, assume carattere deterrente /sanzionatorio in quanto prescinde dall'entità del danno subito dalla vittima.

Con sentenza del Tribunale di Milano 6.6.2018<sup>1381</sup>, dopo aver richiamato la decisione della Corte di Giustizia Europea, 10.7.2008, C-54/07, *Feryn* sul diritto alla parità di trattamento tutelato dalle norme antidiscriminazione, in una ipotesi di reiterazione di comportamenti dannosi, l'Estensore ha accolto la domanda risarcitoria e liquidato in favore delle due associazioni ricorrenti che hanno come scopo statutario la tutela e l'esercizio di ogni azione atta a proteggere il diritto alla eguale dignità e all'accesso paritario ai diritti fondamentali, il danno non patrimoniale nella misura di euro 6.000,00 per ciascuna, tenuto conto della gravità della molestia, della sua reiterazione, del ruolo istituzionale del convenuto nell'esprimere tali dichiarazioni.

---

<sup>1376</sup> Art. 44 D.Lgs. 25/07/1998 n. 286.

<sup>1377</sup> Art. 2 D.Lgs. 09/07/2003 n. 215.

<sup>1378</sup> Art. 2 D.Lgs. 13/08/2003 n. 216.

<sup>1379</sup> Art. 1 L. 01/03/2006 n. 67.

<sup>1380</sup> Art. 55 *ter* D. Lgs. 11/04/2006 n. 198.

<sup>1381</sup> In *asgi.it*.

«L'importo non appare sproporzionato alla capacità economica del resistente, che risulta gestire un ristorante ed è stato liquidato tenendo conto anche dell'effetto dissuasivo dal commettere ulteriori condotte moleste e non meramente simbolico che alla sanzione viene riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Accept (C-81/12); Von Colson, (C-14/83); Decker, (C-177/88))»<sup>1382</sup>.

In effetti, sebbene la reiterazione della condotta prevista dal comma 6 dell'art. 28 cit. debba assumere carattere ritorsivo rispetto a una precedente attività dell'offeso, è interessante valutare come nelle applicazioni giurisprudenziali venga valutato il requisito della "reiterazione".

Nel caso in esame, il Tribunale ha disposto un vero e proprio risarcimento punitivo fondato su criteri di valutazione che attengono tutti all'offensore tra cui la gravità e la reiterazione della condotta, il suo ruolo istituzionale (Sindaco di Albettono, Comune del vicentino di circa 2.500 abitanti) e la sua capacità patrimoniale. Nella decisione citata, però, non vi sono specifiche indicazioni delle ragioni obiettive in base alle quali il giudice abbia quantificato il danno nella misura di 6.000 euro, tenuto conto della notevole riduzione rispetto alla domanda formulata (20.000 euro) da ciascuna associazione.

Sotto tale profilo, appaiono allora condivisibili le preoccupazioni espresse da una dottrina secondo cui una regola di responsabilità punitiva apre la strada a incontrollabili e difformi valutazioni giudiziali<sup>1383</sup> qualora la fattispecie sanzionatoria prevista dalla

---

<sup>1382</sup> Così, testualmente in motivazione.

<sup>1383</sup> CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 28 – 31. Per ulteriori riferimenti in punto di discriminazioni razziali v. STIZIA, *Discriminazione razziale e ultracompensazione in funzione dissuasivo-punitiva*, in *I danni punitivi*, cit., 127 ss. la quale osserva che il potenziamento della disciplina civilistica discende dalla inidoneità del diritto penale a sanzionare adeguatamente i fenomeni discriminatori giacché per un verso non sempre le condotte concretamente poste in essere, estremamente mutevoli e differenziate, rientrano nelle fattispecie incriminatrici e per altro verso non sempre sono connotate da comportamenti psicologicamente riprovevoli. La discriminazione può dipendere anche dalla parificazione di una certa razza o origine etnica a tutti gli altri consociati rendendo per i primi particolarmente svantaggioso perseguire una determinata utilità concreta rispetto agli altri.

Per l'autrice la disciplina in esame dovrebbe estendersi anche al danno non patrimoniale derivante da discriminazione non ritorsiva (così STIZIA, *op. ult. cit.*, 141) e nella liquidazione del risarcimento dovrebbe aversi riguardo non solo alle conseguenze negative prodottesi nella sfera giuridica del danneggiato, ma anche alle caratteristiche della condotta per espressa previsione normativa (ad esempio fatto penalmente rilevante, contegno reiterato, plurioffensività, grado di colpevolezza ed eventuale arricchimento del danneggiante). Il rischio di arbitrio giudiziale deve essere controbilanciato da un obbligo di motivazione specifico e rafforzato quanto alla individuazione delle circostanze di fatto prese in considerazione dal giudice nella liquidazione del *quantum debeatur* e al percorso logico seguito.

Ancora discorre diffusamente di risarcimento con funzione punitiva in questa materia ricollegandosi ai precedenti della Corte di Giustizia che hanno affrontato il problema delle cd. discriminazioni "diffuse" BILOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 69 ss. Sono da richiamare sul punto due noti precedenti di merito (Trib. Bergamo, ordinanza 6 agosto 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 3614 e App. Brescia, 11 dicembre 2014 in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 112 - ma v. anche successivamente Trib. Rovereto ord. 21 giugno 2016 in *Foro it.*, I, 2016, 2564 -) che hanno interessato un

legge difetti di adeguati parametri di quantificazione e il giudice non li ricerchi in altre disposizioni fornendo una adeguata motivazione alla luce delle peculiari circostanze del caso.

---

celebre avvocato, ex Parlamentare, il quale nel corso di una trasmissione radiofonica ha ammesso ripetutamente che non avrebbe mai assunto nel proprio studio professionale soggetti con orientamento omosessuale. Un'associazione privata a difesa di avvocati e praticanti avvocati che promuove la tutela delle persone LGBTI ha citato in giudizio il noto professionista chiedendo di rimuovere gli effetti della condotta discriminatoria e condannare il convenuto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 28, commi 5 e 6, d.lgs. n. 150/2011.

In primo grado, con sentenza confermata in appello, il convenuto è stato condannato alla pubblicazione del provvedimento giurisdizionale su un quotidiano a grossa tiratura nazionale e al pagamento di 10.000 euro a titolo risarcitorio nei confronti della Associazione attrice, rappresentativa dell'interesse leso.

E' interessante notare che nel caso di specie i giudici di merito, pur in assenza di una concreta condotta discriminatoria (il professionista non ha discriminato specificamente un determinato soggetto rispetto ad altri), aderendo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia – (CGUE, 10 luglio 2008, C-54/07 caso *Feryn* e CGUE, 23 aprile 2013, C-81/12 caso *Asociatia Accept*) – secondo la quale le Direttive in materia di parità di trattamento e discriminazione comportano l'irrogazione di sanzioni che in caso di violazione delle norme nazionali di trasposizione, debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive poiché una sanzione simbolica non può essere considerata compatibile con l'attuazione corretta ed efficace delle Direttive stesse, hanno finito per ritenere che anche la semplice dichiarazione discriminatoria finisca per ostacolare le potenzialità di accesso al mercato del lavoro per determinati soggetti (i quali sono dissuasi dal presentare le proprie candidature) e per tale ragione comprometta l'effettività del principio di parità di trattamento in materia di lavoro perseguito a livello sovranazionale dall'art. 2, n. 2, lett.a) Dir. 2000/43/CE.

Le decisioni in esame presentano profili di criticità perché, oltre alla pubblicazione del provvedimento di condanna (che già di per sé costituisce una sanzione civile), hanno disposto anche il risarcimento a prescindere dalla esistenza e prova di qualsiasi danno concretamente patito dall'associazione attrice liquidandolo in assenza di qualsiasi parametro obiettivamente verificabile. Per giustificare le proprie statuizioni si è fatto riferimento alla lesione degli interessi collettivi di cui sarebbe portatrice l'Associazione che avrebbe determinato la produzione in capo alla stessa di un danno non patrimoniale nella misura in cui le dichiarazioni del convenuto hanno leso significativamente il diritto, legalmente tutelato, alla parità di trattamento nell'accesso al lavoro nonostante l'orientamento sessuale (interesse superindividuale di cui è portatrice appunto la Associazione in esame).

Ma altro è la tutela risarcitoria, altro è l'inibitoria e le decisioni in esame contengono all'evidenza di una condanna pecuniaria con chiare venature punitive. V. ancora più recentemente la altrettanto discutibile App. Milano, sez. lav., 16 maggio 2019, n. 695 in *Giur. it.*, 8-9-, 2019, 1885 con nota di MONTANARI, ove il giudice di secondo grado, pur rigettando la domanda risarcitoria proposta dalla attrice per l'intervenuta discriminazione dovuta a ragioni di età in difetto di specifiche allegazioni da cui si evincerebbe l'esistenza del pregiudizio patrimoniale da perdita di *chance* di assunzione, ha liquidato equitativamente, senza alcuna motivazione sul punto, la somma di 2000 euro per il danno non patrimoniale derivato all'appellante dal fatto stesso della discriminazione in sé considerata. Anche qui si prefigura una ulteriore ipotesi di *danno in re ipsa* con fine chiaramente punitivo e non riparatorio.

## 5. La controversa natura del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. e la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria

Il danno non patrimoniale previsto dall'art. 2059 c.c.<sup>1384</sup> nasce come emanazione della potestà punitiva dello Stato - espressamente postulata dall'art. 185 c.p.<sup>1385</sup> - e, ad avviso di una parte della dottrina, si presenta sotto il profilo funzionale come quanto di più vicino a un rimedio sanzionatorio generale offra attualmente l'ordinamento<sup>1386</sup>. Difatti la concezione monofunzionale della responsabilità civile, tesa alla riparazione in termini economici del pregiudizio, mal si presta a spiegare il risarcimento del danno a diritti insuscettibili di una misurazione oggettiva in termini monetari<sup>1387</sup>.

---

<sup>1384</sup> È interessante notare che, mentre l'ordinanza di rimessione n. 9978/2016 cit. menzionava il danno alla persona come una delle ipotesi problematiche nelle quali le regole della responsabilità civile non svolgono funzione esclusivamente compensativa, Cass. Sez. Un. n. 16601/2017 cit. si è invece concentrata sulle previsioni contenute in leggi speciali e tralasciato di considerare l'art. 2059 c.c.

Nell'economia del presente scritto non è possibile soffermarsi diffusamente sulla complessa evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato il danno non patrimoniale dal 1942 ad oggi; se ne tratterà in sintesi limitatamente ai profili rilevanti ai fini della presente ricerca. Per ampi riferimenti si rinvia a FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 307 - 699; NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 3 ss. e più di recente v. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 157-219.

<sup>1385</sup> Per ampi riferimenti storici sul punto si rinvia a BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 93 ss.

<sup>1386</sup> Cfr. diffusamente BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 272 ss.; SALVI, *Il risarcimento ultrariparatorio*, cit., 1822 ss.

Per la funzione punitiva del danno non patrimoniale v. per tutti BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, 1983, 299; ID, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, cit., 301 ss.; NIVARRA, *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.giustiziacivile.com*, approfondimento del 31 gennaio 2017; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.* 2009, 936; ID., *Tanto tuonò che ... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il sistema*, in *Corr. giur.* 2015, 1203 secondo cui la reazione pecuniaria deve necessariamente essere ultracompensativa se si intende valorizzare la carica punitiva-deterrente insita nell'art. 2059 c.c. che lo candida a svolgere un ruolo centrale nella tutela promozione dei diritti fondamentali dell'uomo. Depone in tale senso la Relazione n. 803 al cod. civ. di cui si dirà nel testo. Per il danno morale da reato, FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 1038 ss.; ID *Il danno morale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2006, 1382; cfr. però successivamente la posizione espressa in ID, *Il danno risarcibile*, cit., 728 ss.; TRIMARCHI, voce *Illecito [dir. priv.]*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 108 ss.

Cfr. anche MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, 622 ss.; SCALISI, *Lesione della identità personale e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 443.

Più di recente v. anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 743 - 744; QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, 372 ss. e in particolare 383; DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1795 ss.; A.M BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2019, 222 ss.; PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico* in *Foro it.* 2007, c. 14060; CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana* in *Danno e resp.* 2015, 894; SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 279 ss.; BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il 'danno morale' (ri)visto con le lenti del penalista*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, cit., 826.

Per un approccio comparatistico v. BENATTI, *La difficile quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Nuovo diritto civile*, 2, 2018, 108 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. le note successive.

<sup>1387</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile: il danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1798 per il quale la problematicità del danno non patrimoniale discende dalla attribuzione al risarcimento civilistico, rispondente alle logiche del mercato, del «compito impegnativo di assicurare la tutela piena dei valori della persona». Sulla problematicità del risarcimento del danno alla persona cfr. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc.*

## 5.1. *Segue: il danno morale*

La introduzione dell'art. 2059 c.c. nel Codice civile del 1942 è conseguenza degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali registratisi in tema di cd. "danno morale" sotto la vigenza dell'art. 1151 c.c. del 1865<sup>1388</sup>. L'indicata disposizione, testualmente identica all'art. 1382 del *Code civil* del 1804<sup>1389</sup>, nel prescrivere la risarcibilità del danno senza ulteriore aggettivazione, era stata interpretata fino al primo decennio del '900 nel senso da includere anche quello "morale"<sup>1390</sup> inteso come pregiudizio di natura non patrimoniale, non limitato al dolore e alla sofferenza individuale e transeunte, ma esteso alla lesione dell'integrità fisica, dell'onore, della reputazione, delle convinzioni religiose, non produttive di conseguenze oggettivamente monetizzabili, incluse poste risarcitorie bagatellari<sup>1391</sup>. Si trattava di danno-evento (*in re ipsa*) liquidato equitativamente che si aggiungeva al risarcimento dei pregiudizi suscettibili di valutazione economica secondo la concezione sanzionatoria della responsabilità civile del tempo fondata sulla colpa in presenza di violazione di diritti assoluti sanciti da altre norme primarie dell'ordinamento<sup>1392</sup>.

Per contro, una parte della dottrina<sup>1393</sup> osservò che ripugna alla morale compensare il dolore con il danaro e, con argomento tuttora utilizzato per escludere la natura

---

*dir. Agg.*, I, Milano, 1997, 476 ss.; ID, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 550 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 389 ss.; IZZO (a cura di) *Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, 2006; CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 2006; GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1292 ss.; ID, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *ADL*, 2003, 397 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 279 ss.; ID, *Il danno morale soggettivo*, in *NGCC*, 2010, 256; ID, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1190; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 269 ss.; SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 85 ss.; ID, voce *risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 1102; BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ...non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, cit., 1213.

<sup>1388</sup> Di tale evoluzione dà ampiamente conto con ampi riferimenti storici risalenti al diritto romano e comparatistici BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 93 ss. cui si rinvia per ulteriori approfondimenti in argomento.

<sup>1389</sup> Cfr. precedente cap. III, parte I, par. 2.

<sup>1390</sup> Così chiaramente Cass. Palermo, 23 febbraio 1895, in *Foro it.*, 1896, c. 706.

<sup>1391</sup> VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino 2014, 8 ss.

<sup>1392</sup> Cfr. precedente Cap. I, parte I, par. II. Per l'esame della dottrina francese, si rinvia a LAURENT, *Principi di diritto civile*, Milano, 1898, 315 e a BONILINI, op. ult. cit., 114 ss. Per la forte influenza francese esercitata nella materia della responsabilità extracontrattuale cfr. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1815-1914)*, Milano, 1991. Per l'analisi specifica della dottrina italiana, si rinvia a GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, V, Firenze, 1895, 354 ss.; ROTONDI, *Dalla lex "aquilia", all'art. 1151 cod. civ., ricerche storico-dogmatiche*, cit., 275.

<sup>1393</sup> La tesi indicata nel testo è stata elaborata da GABBA, *Nota a Cass. Palermo 23.02.1895*, in *Foro it.*, 1896, 685; ID: *Contro la dottrina della risarcibilità del danno morale*, in *Foro it.*, 1896, I, c. 685 ss., successivamente riportata in ID, *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, Torino, 1911, 210 ss.; ID, *Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei danni cosiddetti morali*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, 1912, 240 ss. Essa fu seguita da CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1903, 321 ss.; ID, *Colpa extracontrattuale*, Torino, 1906, 328 ss.; VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti (1884-1886)*, in *Opere giuridiche*, Milano, 1919, 50

sanzionatoria della responsabilità civile, che in caso di lesione di beni non patrimoniali attinenti alla persona come la vita, l'integrità personale e altri interessi di tal natura, vi sono già le sanzioni penali e eventuali altre riparazioni pecuniarie<sup>1394</sup> e, pertanto, i danni non patrimoniali risarcibili possono essere soltanto i patimenti morali connessi a danni materiali ed economici secondo la teoria differenziale elaborata da Mommsen<sup>1395</sup>. Ulteriore profilo di criticità in ordine alla risarcibilità del danno in esame fu ravvisato nell'impossibilità di provarlo nell'esatta misura a causa della sua natura spirituale e intimistica.

L'orientamento citato fu contrastato da altra dottrina che ritenne privo di qualsiasi valore esegetico il richiamo ai principi morali e osservò, nel contempo, che la pretesa impossibilità di operare una equivalenza tra denaro e dolore «*a prima vista tanto impossibile e scandalosa, diventa possibile e giusta se alla parola dolore sostituite le sensazioni piacevoli che una data quantità di denaro è capace di produrre*»<sup>1396</sup>.

Aggiunse che la tesi negazionista era frutto di un equivoco perché equiparava il risarcimento del danno non patrimoniale al corrispettivo per la cessione di un bene sul mercato sebbene nessuno dubitasse che il risarcimento fosse una reazione dell'ordinamento all'ingiusta intromissione nell'altrui sfera giuridica; precisò, infine, che le difficoltà di dimostrare un danno "interiore" potevano essere superate attraverso ricorso a presunzioni così come già avveniva per la dimostrazione del danno patrimoniale da lucro cessante e per i danni indiretti<sup>1397</sup>.

---

ss.; PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 244 ss.; ID, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, 178 ss.

<sup>1394</sup> In Italia, a differenza della Francia, nel 1889 entra in vigore l'art. 38 cod. pen. e nel 1913 l'art. 7 del c.p.p. che, pur non incidendo direttamente sulla risarcibilità del danno non patrimoniale (leggasi morale) perché il legislatore rimaneva silente sul punto, introducono nuove riparazioni pecuniarie, dalla controversa natura giuridica, oltre o indipendentemente dal risarcimento civilistico (riconosciuto nelle ipotesi di reato ivi contemplate).

Cfr. in argomento sulla distinzione tra pena criminale e risarcimento civilistico la Corte di cassazione tedesca (BGH), 4 giugno 1992 cit. che oltre alla funzione pedagogica rimessa al diritto penale, ha aggiunto che l'ordinamento tedesco prevede come conseguenza di un atto illecito il risarcimento e non l'arricchimento del danneggiato. Per ulteriori riferimenti v. *retro* Cap. I, Parte II, Parr. 1 e 2.

<sup>1395</sup> MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 11.

In giurisprudenza in tal senso v. Cass. Roma, 24 marzo 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, c. 616 ss.; Cass., Napoli, 31 dicembre 1910, in *Giur. It.*, 1911, I, c. 199 ss.; Cass., Sez. Un., Roma, 27 aprile 1912, in *Giur. it.*, 1912, I, 1, c. 837 ss.

<sup>1396</sup> Cfr. MINOZZI, *Studi sul danno non patrimoniale*, Napoli, 1909, 48 ss., spec. 56; BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, 452; ID, *Ancora del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 38; L. COVIELLO, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 313 ss.; FERRARA, *Il modernismo nel diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, 74B.

<sup>1397</sup> MINOZZI, *Studi*, cit., 72. Per una efficace sintesi sulle diverse concezioni del danno succedutesi nel tempo e i relativi limiti DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 219 ss.; MESSINETTI, voce «danno giuridico», cit., 476 ss.; NICOLUSSI, voce «Danno», cit. a cura di MARTUCCELLI – PESCATORE, in *Diz. IRTI*, 2011, 538. Diffusamente DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., 5 ss.; SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 23 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Responsa-*

Verso la metà del secondo decennio del '900, anche per porre fine all'incontrollata proliferazione di risarcimenti bagatellari, la Suprema Corte accolse l'orientamento restrittivo e negò definitivamente dapprima la risarcibilità *ex se* del danno morale<sup>1398</sup> e successivamente di quello non patrimoniale al di fuori delle ipotesi di reato al tempo previste<sup>1399</sup> limitando la tutela risarcitoria ai soli danni "moralì" incidenti su interessi del danneggiato suscettibili di valutazione economica.

Così, attraverso il concetto di patrimonio, inteso come beni e diritti su cose materiali economicamente valutabili, la dottrina e la giurisprudenza italiana si allontanarono da quella francese che continuava a riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>1400</sup> e passò da un'epoca di risarcibilità assoluta a volte anche indiscriminata, ad altra di totale chiusura<sup>1401</sup>.

Successivamente, con l'art. 185 c.p. del 1930, il legislatore utilizzò per la prima volta i termini risarcimento del «danno non patrimoniale» e lo riconobbe per tutti i fatti costituenti reato (e non più, come in passato, solo per alcuni illeciti penali)<sup>1402</sup>.

Seguirono opposti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali; da una parte vi era chi

---

*bilità civile e danno*, cit., 219 ss.; NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 93 ss.; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 57 ss. Da ultimo CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 99 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>1398</sup> Cass., sez. un. 16 agosto 1923, in *Giur. it.*, 1923, I, 1, 816 ss.; Cass. 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, 952; Cass. 21 maggio 1932, in *Foro it.*, 1932, I, 1622 ss. Secondo Le S.U., i danni morali non possono essere reintegrati per equivalente potendo trovare ristoro soltanto indirettamente, quando incidono negativamente su attività a carattere patrimoniale. Nello stesso senso anche Cass., Sez. Un., 30.11.1927, in *Riv. dir. comm.*, 1928, 621 ss.

<sup>1399</sup> Cass. 8 maggio 1935, in *Foro it.*, 1935, 998.

<sup>1400</sup> Diffusamente, ASTONE, *Danni non patrimoniali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2012, 11 ss.

<sup>1401</sup> BERTI-PECCENINNI-ROSSETTI, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004, 2 ss.; cfr. anche ROSSETTI, *Il danno non patrimoniale. Cos'è, come si accerta e come si liquida*, Milano, 2010, 4 ss. Nello stesso senso VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., 7 ss.

<sup>1402</sup> Nella *Relazione sul Libro I del Progetto* di codice, vol. V, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, Roma, 1929, 232, dopo avere richiamato l'art. 85 del Progetto Italo Francese che aveva sancito la generale risarcibilità dei danni morali, si specifica che il nuovo codice penale «*si è uniformato alle aspirazioni dottrinali e legislative che erano venute reclamando il riconoscimento e l'affermazione della risarcibilità del danno morale. Il carattere generale di tale principio, incompatibile con una enunciazione di casi tassativi di applicabilità mi ha indotto a non limitare la risarcibilità del danno morale a casi particolare, come taluno aveva suggerito. Quanto alla designazione del concetto, ho creduto che la locuzione di «danno non patrimoniale» sia preferibile a quella di «danno morale», tenuto conto che spesso nella terminologia corrente la locuzione di «danno morale» ha valore equivoco e non riesce a differenziare il danno morale puro da quei danni, che, sebbene abbiano radice in offese alla personalità morale, direttamente o indirettamente menomano il patrimonio. Del che è conferma la necessità avvertita da coloro che adoperano quella locuzione di chiarirne il contenuto, spiegando che debba trattarsi di danno non patrimoniale»*. Nella *Relazione al Re sul testo definitivo* si specificava al punto n. 92 «*è più esatto il termine usato dal codice (danno non patrimoniale anziché danno morale) perché ci sono danni morali che sono contemporaneamente morali e materiali, così che, qualora la legge usasse l'espressione "danno morale" potrebbe sorgere il dubbio, se per la risarcibilità del danno morale sia necessario che esso abbia anche dei riflessi patrimoniali»* ... «*danno morale si contrappone piuttosto al danno fisico che a danno non patrimoniale, e il danno fisico può essere, a seconda dei casi, patrimoniale o non patrimoniale»*.



riteneva la novità legislativa espressione di un principio generale di non irrilevanza giuridica del danno non patrimoniale con conseguente superamento della concezione adottata dalla Suprema Corte che ne aveva escluso la risarcibilità<sup>1403</sup>; dall'altra chi, invece, fedele al dato normativo, riteneva che tale risarcimento fosse ammissibile solo in presenza di reati e non per tutti gli altri illeciti civili<sup>1404</sup>.

In questo quadro dottrinale e giurisprudenziale contraddittorio che si rifaceva rispettivamente al modello francese e a quello tedesco che ammetteva il risarcimento del danno in esame nei casi previsti dalla legge<sup>1405</sup>, con l'art. 2059 c.c.<sup>1406</sup> il legislatore

---

<sup>1403</sup> Per la posizione favorevole all'apertura generalizzata al risarcimento del danno non patrimoniale v., in dottrina, GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo codice penale*, in *Reps. civ. prev.*, 1931, 219 che discorreva di interpretazione autentica dell'art. 1151 c.c.; cfr. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniale nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 173 ss.; DEGNI, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 3 ss.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 39. Per la tesi dell'applicazione analogica, cfr. L. COVIELLO, *op. ult. cit.*, 315; MONTEL, *Sulla risarcibilità dei danni morali*, in *Foro it.*, 1932, 1622 ss.; ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 208.

<sup>1404</sup> In giurisprudenza v. Cass., 8 maggio 1935, in *Giur. it.*, 1935, I, c. 627; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1937, in *Giur. it.*, 1937, I, c. 446 e Cass., Sez. Un., 4 giugno 1937, n. 1798 in *Resp. civ. e prev.*, 1937, 378 ss.

In dottrina v. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 353-354 secondo cui il risarcimento ex art. 185 c.p. costituiva una sanzione civile del reato; MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1931, 456; MAGGIORE, *il risarcimento dei danni non patrimoniale e la pretesa forza espansiva dell'art. 185 codice penale*, in *Studi in onore di CONTI*, Città di Castelli, 1932, 16. Interessante e da segnalare era la tesi di GRASSETTI, *In tema di risarcibilità del danno non patrimoniale*, in PACCHIONI, *Corso di diritto civile - Delle leggi in generale*, Torino, 1933, 293 ss. per il quale numerosi argomenti testuali impedivano di estendere la risarcibilità del danno morale fuori dalle ipotesi di reato di cui all'art. 185 c.p., ma ciò non voleva significare che negli altri casi esso rimanesse privo di rilevanza giuridica. Non potendosi configurare una obbligazione in senso tecnico per l'assenza dell'interesse pecuniario del creditore, si sarebbe dovuta configurare una obbligazione naturale di riparare il pregiudizio. Sul punto cfr. altresì DE CUPIS, *Il danno*, cit., 336; PERFETTI, *Prospettive di un'interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1052.

<sup>1405</sup> Par. 847 e 253 BGB.

<sup>1406</sup> Nei Codici vigenti – sia penale che civile, in ordine di tempo – non si discorre più di danno morale, come da tradizione, bensì nell'art. 2059 c.c. – la cui rubrica è «danni non patrimoniali» - di danno *non patrimoniale*, differentemente dalla locuzione ampia di *danno* impiegata nell'art. 2043 c.c.

L'espressione danno non patrimoniale costituisce un nome composto nel senso che esprime al contempo il genere (il danno) e la specie di appartenenza (non patrimoniale) v. IRTI, *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 273.

Il legislatore italiano, come in altre codificazioni europee, ha rinunciato ad offrire una definizione normativa di *danno* che esprimesse il concetto in cui esso si sostanzia, dandola per presupposta; ha invece dettato un diverso regime normativo per il danno non patrimoniale (per le condizioni di risarcibilità ex art. 2059 c.c. che per la modalità con cui effettuare il risarcimento ex artt. 2056 - 2058 c.c.).

È stato dimostrato che la nozione di *danno* – priva di ulteriori aggettivazioni – muove in ogni epoca storica e in ogni esperienza giuridica da un dato pregiudiziale ovvero dalla alterazione peggiorativa di un *quid* e, sempre in ottica pregiudiziale, per la ricostruzione preferibile, tale *quid* si identifica in un bene materiale o spirituale preesistente (al fatto dannoso). La materialità o immaterialità (o che dir si voglia idealità o moralità) del danno costituiscono altrettante aggettivazioni pregiudiziali sicchè nel primo caso l'alterazione peggiorativa è apprezzabile attraverso i sensi, mentre nel secondo rimane nella sfera interiore del soggetto leso. Le espressioni danno materiale e danno morale, dunque, non appartengono alla sfera del diritto, ma alla realtà fenomenica, come confermato dalla lettera *littera legis*.

Passando al piano giuridico, si osserva che non tutti i danni realisticamente prodottisi (materiali e/o morali) sono risarcibili. Le condizioni di rilevanza giuridica del danno e le modalità fissate dal legislatore per la relativa risarcibilità segnano il passaggio dal piano extragiuridico a quello normativo. Ebbene, ai fini

italiano decise di vincolare il risarcimento alla riserva di legge (diversamente da quanto avveniva in Francia) e, nel contempo, non di non limitarlo alle sole ipotesi di reato.

E' stato osservato che soltanto apparentemente la disciplina contenuta nell'art. 2059 c.c. corrisponde a quella del Par. 253 BGB tedesco.

In primo luogo, il legislatore tedesco ha utilizzato il lemma *indennizzo* nel Par. 253 collocato all'interno della disciplina del rapporto obbligatorio (Libro II, Sezione I, Titolo I, del BGB) mentre nel codice civile italiano, il legislatore ha utilizzato il termine *risarcimento* e collocato l'art. 2059 c.c. non nel Libro IV, Titolo I, Capo III che si occupa dei danni in materia di inadempimento dell'obbligazione, bensì nell'ambito dei fatti illeciti.

Inoltre, l'originario Par. 253 BGB dopo avere enunciato l'indennizzabilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge, al successivo Par. 847 – dedicato al danno morale (*Schmerzensgeld*) – lasciava chiaramente intendere che questi fossero legati alla lesione di interessi della persona umana nelle ipotesi ivi indicate (lesione nell'integrità fisica, nella salute, nella libertà o nella libertà sessuale) e dunque a prescindere dalla configurabilità di un reato.

Nel nostro sistema giuridico, invece, la riserva di legge è sempre stata interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali con riferimento al danno morale da reato (art. 185 c.p.) e, a differenza della Germania, anche per reati che non incidono su beni della persona umana<sup>1407</sup>.

Con la centralità che l'essere umano ha acquisito nella Costituzione, il novero dell'area della tutela degli interessi a questi riferibile si è notevolmente ampliato e si è attuato un processo di depatrimonializzazione della responsabilità civile<sup>1408</sup>, scandito da una serie di decisioni della Corte costituzionale e della Corte di cassazione.

---

che qui interessano, stando al dato positivo (argomentando alla luce dell'art. 1174 c.c.) può ritenersi che il danno non patrimoniale sia 1. un danno giuridicamente rilevante (alle condizioni fissate dall'ordinamento giuridico); 2. una modificazione peggiorativa non suscettibile di valutazione economica alla stregua di obiettivi parametri di mercato; 3. per tale ragione, a differenza del danno patrimoniale, sarà centrale, ove non ricorrano le condizioni per l'applicazione dell'art. 2058 o dell'art. 2057 c.c., la liquidazione del pregiudizio secondo equità *ex artt.* 2056 e 1226 c.c. così BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, 79 per ulteriori ampi riferimenti in argomento v. dalle pagine 34 a 89.

<sup>1407</sup> Diffusamente, CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 82 ss. Giova ricordare che con la riforma delle obbligazioni del 2002, il par. 847 BGB è stato abrogato e le relative disposizioni sono state trasferite nel nuovo secondo comma del Par. 253 BGB ed è stata aggiunta la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nei casi di responsabilità oggettiva e del produttore.

Anche nel Codice civile austriaco il risarcimento del danno non patrimoniale era stato limitato alle ipotesi indicate ai Parr. 1325 e 1331 e analoghe limitazioni sono previste dagli artt. 47 e 49 del Codice civile svizzero.

<sup>1408</sup> Cfr. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 758 ss.; v. anche SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in *comparacionedirittocivile.it.*, 3, 2017, 19 ss.

In una prima fase - che va dal 1942 al 1986 -, il danno non patrimoniale coincideva sostanzialmente con quello morale<sup>1409</sup>, necessariamente transeunte, risarcibile in caso di reato e di altre previsioni di legge. Dal 1986 al 2003, la tematica del danno alla persona si è arricchita del danno biologico e di quello cd. esistenziale<sup>1410</sup>.

---

<sup>1409</sup> Cass., 11.5.1962, n. 954, in *Riv. civ. prev.*, 1962; Cass., 5.4.1963, n. 872, in *Foro it.*, 1963; Cass., 14.6.1965, n. 1203, in *Riv. civ. prev.*, 1965; Cass. 4.1.1967, n. 15, in *Foro it.*, 1967.

In dottrina, SCALISI, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 138 ss.; GIRARDI, *Sul concetto di danno morale*, in *Foro it.*, 1956, IV, pag. 148 ss.; PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, 136; BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI - BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 529.

<sup>1410</sup> Diffusamente CENDON, *Il danno esistenziale: nell'attuale panorama giurisprudenziale*, Vicalvi, 2014.

## 5.2. *Segue: il danno biologico e il cd. danno esistenziale*

Già nel corso degli anni '70, la giurisprudenza di merito ritenne iniquo il tradizionale insegnamento di derivazione romanistica secondo il quale le lesioni arrecate all'integrità personale non possono tradursi in denaro e, di conseguenza, sono risarcibili soltanto le loro ripercussioni sulla capacità di guadagno e/o le loro conseguenze patrimoniali (es.: spese di cura)<sup>1411</sup>. Fu così creata la figura del danno biologico<sup>1412</sup> consistente nella lesione dell'integrità psico-fisica in sé e per sé considerata, a prescindere da qualsiasi ripercussione patrimoniale che ne fosse derivata, accolta dalla giurisprudenza genovese<sup>1413</sup> e successivamente dalla Suprema Corte, la quale pur considerando tale pregiudizio di natura non patrimoniale, lo ritenne non soggetto alla sfera di applicazione dell'art. 2059 c.c. che si occupava delle sole sofferenze psichiche e perciò del solo danno morale in senso stretto<sup>1414</sup>. Svincolato dall'art. 2059 c.c., il danno biologico assumeva rilevanza anche all'interno dell'art. 2043 c.c. sul rilievo che costituiva la lesione di un diritto soggettivo riconosciuto dall'art. 32 Cost.<sup>1415</sup>.

Mentre le prime pronunce della Corte costituzionale postularono un danno biologico tutelato dall'art. 2059 c.c., attraverso il collegamento di questa disposizione con l'art. 32 Cost.<sup>1416</sup>, Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184 - seguita dalle successive sentenze 18 luglio 1991, n. 356 e 17 febbraio 1994 n. 37 - ritenne che soltanto il collegamento tra l'art. 32 Cost. e l'art. 2043 c.c. potesse giustificare il risarcimento<sup>1417</sup>.

---

<sup>1411</sup> Trib. Genova 25.5.1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54 ss. con nota di BESSONE E ROPPO. Trib. Pisa, 10.3.1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 20 ss., con nota di DEL MEDICO, e in *Resp. civ. prev.*, 1979, 356, con nota di PONZANELLI.

In dottrina, ALPA - BESSONE, *I fatti illeciti e la responsabilità civile*, in Trattato RESCIGNO, XIV, Torino, 1982, 403 ss.

<sup>1412</sup> MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, 239 ss.; BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., 530 ss.

<sup>1413</sup> Trib. Genova 25.5.1974, cit.; Trib. Genova 20.10.1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 444; Trib. Genova, 15.12.1975, in *Foro it.*, 1976, I, 1997.

<sup>1414</sup> Era stata accolta l'impostazione di SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale* (contributo alla teoria del danno extracontrattuale), in *Riv. dir. civ.*, 1957, 1, 259 che proponeva una contrapposizione non tra danno patrimoniale e danno morale, ma tra danno rilevante giuridicamente – e cioè danno alla persona e danno patrimoniale – e danno morale.

<sup>1415</sup> CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 31.

<sup>1416</sup> Corte cost. 26.7.1979, n. 88, in *Foro it.*, 1979, I, 2542 secondo cui «L'espressione danno non patrimoniale adottata dal legislatore è ampia e generale e tale da riferirsi, senza ombra di dubbio, a qualsiasi pregiudizio che si contrapponga, in via negativa, a quello patrimoniale, caratterizzato dall'economicità dell'interesse leso. Il che porta a ritenere che l'ambito di applicazione dei sopra richiamati artt. 2059 c.c. e 185 c.p. – contrariamente a quanto affermato dall'ordinanza di rimessione – si estende fino a ricomprendere ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quello alla salute. Il bene a questa afferente è tutelato dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati». Cfr. successivamente anche Corte cost. 22.7.1996, n. 293, in *Foro it.*, 1996, I, 2963.

<sup>1417</sup> La sentenza è leggibile in *Foro it.*, 1986, I, 2053. Il dubbio generato dalla decisione della Corte cost. n. 88 del 1979 portò nuovamente la questione davanti al giudice delle leggi. Il rimettente (Trib. Genova,

Nuovamente investita della relativa questione di legittimità costituzionale con riferimento a un altro aspetto del danno biologico (quello da morte di un congiunto), con la sentenza n. 372 del 1994<sup>1418</sup>, la Corte costituzionale, ponendosi in controtendenza rispetto alle precedenti decisioni, ricondusse il danno biologico entro i confini di quello non patrimoniale. Affermò che il danno alla salute dei congiunti, che venga concretamente accertato come conseguenza della morte della vittima, non è inquadrabile nell'art. 2043 c.c. per difetto del requisito della colpa sotto il profilo della prevedibilità dell'evento perchè si tratterebbe, in definitiva, di responsabilità oggettiva per pura causalità. Esclusa l'applicabilità dell'art. 2043 c.c., il danno alla salute subito dai familiari della vittima (c.d. vittime secondarie) trova il suo modello risarcitorio nell'art. 2059 c.c.<sup>1419</sup>. Pertanto, al pari dei danni morali soggettivi, il danno alla salute rientra nella categoria del danno non patrimoniale<sup>1420</sup>.

---

8.10.1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2., 1) osservò che se il danno alla salute doveva ricomprendersi nell'ambito dei danni non patrimoniali, allora era incostituzionale il fatto di doverlo risarcire solo in caso di reato. Consapevole del fatto che se il danno alla salute fosse stato inteso come danno non patrimoniale, il suo risarcimento non sarebbe potuto sfuggire ai limiti posti dall'art. 2059 c.c., con conseguente violazione dell'art. 32 cost. e conseguente illegittimità della norma codistica, nella sentenza n. 184 del 1986 la Consulta, distaccandosi dalla precedente decisione del 1979, di fronte all'alternativa tra dichiarare illegittimo l'art. 2059 c.c. perché limitativo della tutela della salute ed evitare tale esito sostenendo che non fosse quella norma ad occuparsi del danno alla salute, scelse la seconda opzione. La sentenza n. 184 del 1986 cit. suscitò molte perplessità, dal momento che, identificando il danno non patrimoniale con il danno morale, portava di conseguenza a considerare il danno alla salute come danno patrimoniale. Corte Cost., 18.7.1991, n. 356 è leggibile in *Foro it.*, I, 2967 e Corte Cost., 17.2.1994 n. 37, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 10.

<sup>1418</sup> in *Foro it.*, 1995, I, 329.

<sup>1419</sup> Per i commenti, si rinvia a BUSNELLI, *Tre «punti esclamativi», un «punto e a capo»*, in *Giust. civ.*, 1994, 3035; PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, I, pag. 3297; SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 976; FRANZONI, *Il danno alla persona*, op. cit., 447 ss.

<sup>1420</sup> All'obiezione del rimettente secondo cui i "danni non patrimoniali" previsti dall'art. 2059 c.c. si restringono al danno morale soggettivo da differenziare da quello alla salute pena la confusione tra danno evento e danno conseguenza, la Corte replicò che il danno biologico, al pari di ogni altro danno ingiusto, è risarcibile soltanto come pregiudizio effettivamente conseguente a una lesione e che «l'interpretazione restrittiva dell'art. 2059, in relazione all'art. 185 cod. pen., non regge alla prova dell'argomento pratico dell'irrazionalità di una decisione che nelle conseguenze dello shock psichico patito dal familiare discer-na ciò che è soltanto danno morale soggettivo da ciò che incide sulla salute, per ammettere al risarcimento solo il primo. Il danno alla salute è qui il momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo turbamento dell'equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo, e che in persone predisposte da particolari condizioni (debolezza cardiaca, fragilità nervosa, ecc.), anziché esaurirsi in un patema d'animo o in uno stato di angoscia transeunte, può degenerare in un trauma fisico o psichico permanente, alle cui conseguenze in termini di perdita di qualità personali, e non semplicemente al pretium doloris in senso stretto, va allora commisurato il risarcimento».

La distinzione tra le due *species* di danno non patrimoniale era fondata sul carattere permanente nel caso di danno alla salute e temporaneo nel caso di danni morali. Sulla critica a tale distinzione, cfr. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale* cit., 29 secondo cui la distinzione non appartiene alla configurazione naturalistica dei danni. Ci sono danni biologici che sono temporanei, come avviene in tutti casi in cui la lesione di un arto o di una funzione non lasci effetti invalidanti. E ci sono danni morali che, secondo una accezione medico-legale diffusa, tendono a diventare permanenti.

Un decisivo punto di approdo è stato segnato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 233 del 11.7.2003<sup>1421</sup> intervenuta immediatamente dopo le sentenze gemelle nn. 8827 e 8828<sup>1422</sup> della Corte di cassazione.

Con tale decisione, attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., la Corte costituzionale ha ricondotto entro l'ambito di applicazione della disposizione in esame ogni lesione della persona di carattere non patrimoniale e sconfessato la tesi della scuola triestina secondo cui il danno biologico e il cd. danno esistenziale rientrano nel paradigma dell'art. 2043 c.c.<sup>1423</sup>.

Ha osservato che nella formula "danno non patrimoniale" vanno ricompresi non solo il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima, ma anche quello biologico, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.), nonché il danno c.d. esistenziale<sup>1424</sup> derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona<sup>1425</sup>.

Dal 2003 al 2008, prestando adesione alla tesi di autorevole dottrina<sup>1426</sup>, la giurisprudenza, ha chiarito che il filtro per la risarcibilità del danno non è costituito da qualsiasi interesse costituzionalmente protetto a cui sembra facciano riferimento le sentenze del 2003, bensì dagli «specifici valori della persona ritenuti inviolabili dalla norma costitu-

---

<sup>1421</sup> In *Foro it.*, 2003, I, 2201, con nota di NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona* in fieri; in *Danno e resp.*, 2003, 939, con nota di BONA, CRICENTI, PONZANELLI; in *Giur. it.*, 2003, 1777, con nota di CENDON - ZIVIZ, *Vincitori e vinti dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1036, con nota di ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*

<sup>1422</sup> Corte di Cassazione SS.UU., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 816 ss., con note di BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, 2003.

<sup>1423</sup> L'indicata tesi era sostenuta da CENDON, *La disciplina dei danni non patrimoniali dopo Cass. 8828/2003*, in *Persona e danno* cit. L'autore ritiene accettabile, in linea di principio e a certe condizioni, lo spostamento del danno esistenziale nell'art. 2059 c.c. e aggiunge che «seppellita ... per sempre è l'opinione secondo cui il danno biologico – in vista della sua supposta misurabilità attraverso una scala di valori omogenei, socialmente condivisi – costituirebbe una voce di danno patrimoniale» (CENDON-ZIVIZ, *La sentenza 233/2003 della Corte Costituzionale*, in *Persona e danno* cit., I, 573).

<sup>1424</sup> Diffusamente CENDON, *Il danno esistenziale: nell'attuale panorama giurisprudenziale*, cit.

<sup>1425</sup> Così in motivazione: «Giova al riguardo premettere ... che in due recentissime pronunce (Cass. 31.5.2003, nn. 8827 e 8828), che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene prospettata, con ricchezza di argomentazioni – nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale – un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona».

<sup>1426</sup> NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 66 e ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 179-180.

zionale»<sup>1427</sup>. L'ambito della tutela risarcitoria viene così limitato agli interesse della persona ritenuti inviolabili dalla norma costituzionale<sup>1428</sup> e il danno non patrimoniale diviene tipico<sup>1429</sup>; esso include il danno morale da reato (art. 185 c.p.)<sup>1430</sup> e le altre fattispecie ove la risarcibilità è espressamente prevista dalla legge<sup>1431</sup> secondo quanto prescritto nell'art. 2059 c.c., nonché quello conseguente alla violazione dei valori della persona costituzionalmente garantiti, “*senza soggezione*” al limite derivante dalla riserva di legge<sup>1432</sup> con ciò significando che i diritti inviolabili previsti dalla Costituzione superano la norma codicistica e non rientrano nella sua previsione<sup>1433</sup>.

Occorre precisare che, diversamente da quanto sostenuto da parte della dottrina<sup>1434</sup>, la nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. non consente di ascrivere alla tutela risarcitoria effetti sanzionatori nella misura in cui si ritenga che se l'interesse leso gode di protezione “forte” costituzionale, il danneggiante è chiamato a risarcire un danno maggiore di quello che andrebbe risarcito ove l'interesse leso fosse privo di analoga copertura. In realtà, la natura dell'interesse è il criterio di selezione essendo indubbio che un interesse non patrimoniale privo di copertura costituzionale o non appartenente alla categoria dei diritti inviolabili non sia risarcibile.

Allo stesso modo la gravità dell'offesa, poi predicata dalle sentenze di S. Martino quale requisito per l'ammissione al risarcimento del danno non patrimoniale da violazione del catalogo aperto dei diritti fondamentali (art. 2 Cost. v. *infra*), non autorizza il giudice a

---

<sup>1427</sup> Cass. 15/07/2005, n. 15022 in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, 86, occupandosi del danno da perdita del rapporto parentale da uccisione del congiunto, riconducibile all'*inviolabilità* della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 cost.

<sup>1428</sup> Osserva MODUGNO, *La tutela dei 'nuovi diritti'*, in RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Roma, 1991, 107, che il comune denominatore dell'*inviolabilità* risiede nel «*riferimento, talora esplicito, talaltra leggibile in trasparenza nella giurisprudenza costituzionale, al patrimonio irretirabile della persona umana*». Va pertanto esclusa «*la possibilità di ritenere inviolabili diritti, come la proprietà o il diritto di iniziativa economica, che sono nella titolarità dell'uomo, ma sono estranei alla sfera del suo essere umano, quindi alla sua personalità*». In tal senso anche NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., secondo la quale «*qualsiasi diritto inviolabile deve essere un diritto della personalità, mentre non ogni interesse personale assurge al rango inviolabile, ma soltanto se esso corrisponde a determinate caratteristiche*».

<sup>1429</sup> La tipicità del danno non patrimoniale è assicurata perciò dalla limitazione ai diritti inviolabili previsti dalla Costituzione e dalla riserva di legge contenuta nell'art. 2059 c.c.

<sup>1430</sup> Cass. 15/07/2005, n. 15022 cit.

<sup>1431</sup> Tra cui, ad esempio, il risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di discriminazioni (art. 28, comma 5, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150) o di violazioni della *privacy* nel trattamento dei dati personali (art. 15, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, oggi art. 82 GDPR) o per l'esercizio di funzioni giudiziarie (art. 2, l. 13 aprile 1988, n. 117 e succ. mod.).

<sup>1432</sup> Cass. 15/07/2005, n. 15022 cit.

<sup>1433</sup> Da quanto esposto, parte della dottrina deduce la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. «*nella misura in cui non consente la minima tutela risarcitoria del danno non patrimoniale nei soli e specifici casi di lesione di diritti inviolabili*». Difatti, se i diritti inviolabili “superano” il limite della norma, vuol dire che la disposizione non li tutela laddove dovrebbe farlo. Sul punto, diffusamente, VIRGADAMO, *Danno*, cit., 44 e ss.

<sup>1434</sup> Citata in precedenza nel Cap. III, Parte I, Par. 10.

sanzionare la condotta, ancorchè grave, che l'ha prodotta qualora essa non abbia generato effetti negativi nella sfera giuridica del danneggiato in presenza dei quali soltanto sorge il diritto al risarcimento.

Le note sentenze delle Sezioni Unite<sup>1435</sup> cd. di San Martino del 2008, per evitare il protrarsi del triste fenomeno delle ingiustificate duplicazioni risarcitorie, nella parte in cui discorrono di centralità della persona e di integralità del risarcimento del valore uomo, hanno dettato un vero e proprio statuto del danno non patrimoniale per il nuovo millennio fondato sull'unitarietà e omnicomprensività della categoria del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c.

Il danno morale, il danno biologico e, in particolare, il cd. danno esistenziale<sup>1436</sup>, non costituiscono più pregiudizi autonomi, bensì sintesi descrittiva dell'unitario danno alla persona cagionato dall'illecito civile che, in caso di lesione seria e grave di un diritto fondamentale protetto a livello costituzionale, dà sempre luogo a conseguenze risarcitorie, indipendentemente da una espressa previsione legislativa.

---

<sup>1435</sup> Con le quattro sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cd. di San Martino) nn. 26972, 26973, 26974, 26975 dell'11 novembre 2008 cit.) si è chiarito che «*il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. (...) costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie. Conseguentemente, il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno esistenziale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno*». Il danno morale susseguente al danno da lesione della salute non è un pregiudizio diverso da quello biologico sicchè «*determina (...) duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale (...), sovente liquidato in percentuale (dal terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice (...) 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*».

Per ulteriori approfondimenti v. le relative note a commento presenti su tutte le principali riviste giuridiche e in particolare SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 261 ss.

<sup>1436</sup> *Infra*, par. danno dinamico-relazionale.



### 5.3. *Segue: l'autonomia del danno morale.*

Occupandosi del cd. “danno morale”, le S.U. da ultimo citate hanno osservato che «*la sofferenza morale, senza ulteriori connotazioni in termini di durata, integra pregiudizio non patrimoniale. Ricorre il primo caso (risarcibilità) ove sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti, ad esempio, dalla persona diffamata o lesa nella identità personale, senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza. Ove siano dedotte siffatte conseguenze, si rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente*»<sup>1437</sup>. Tuttavia, la prevalente giurisprudenza di legittimità anche immediatamente successiva alle Sezioni Unite, ha predicato l'autonomia del danno morale rispetto al biologico<sup>1438</sup> - peraltro neppure esclusa dalle sentenze di S. Martino<sup>1439</sup> - sia per ragioni normative, in base a quanto prescritto dapprima dai D.P.R. nn. 37 del 2009 e n. 181 del 2009<sup>1440</sup> e,

---

<sup>1437</sup> Nello stesso senso, Corte Cost. 13 ottobre 2014, n. 235 in *Giur. Cost.* 2014, 5, 3805.

<sup>1438</sup> Cass. 13 maggio 2009, n. 11059 con nota di DIDONE; Cass. 28 novembre 2008, n. 28407 con nota di FABIANI; Cass., 12 dicembre 2008, n. 29191 con nota di CHINDEMI; Cass., 11 giugno 2009, n. 13530 con nota di ZIVIZ; Cass., 10 marzo 2010, n. 5770; Cass., 12 settembre 2011, n.18641 in *Resp. civ. e prev.* 2011, 12, 2483 con nota di CHINDEMI; Cass., 20 novembre 2012, n. 20292 in *Resp. civ. e Prev.* 2013, 1, 108 con nota di ZIVIZ; Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585 in *Foro it.* 2013, 12, 3433 con note di PALMIERI, PARDOLESI, PONZANELLI; Cass., 9 giugno 2015, n.11851 in *Resp. civ. e Prev.* 2015, 4, 1113 con nota di ZIVIZ; Cass., 20 maggio 2015, n. 16992 in *Foro it.* 2016, 1, 210 con nota di CAPUTI; Cass., 20 aprile 2016, n.7766 in *Arch. della circolazione e dei sinistri* 2016, 6, 487; Cass., 14 novembre 2017, n. 26805 in *Foro it.* 2018, 3, 912 con note di PALMIERI e PONZANELLI. Secondo quest'ultimo autore, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 836 lo statuto del danno non patrimoniale delineato dalle storiche sentenze di San Martino si è incrinato sempre più nelle successive applicazioni giurisprudenziali. Per ulteriori riferimenti sulla problematica in esame, senza pretesa di esaustività, cfr. BONA, *Le plurime ragioni della distinzione fra danno morale e danno biologico nella prospettiva del danno non patrimoniale unitario*, in AA.VV., *Medicina legale e sofferenza fisica e morale dopo le sezioni unite civili del novembre 2008*, Milano, 2010, 42 ss.; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Il risarcimento del danno non patrimoniale, I, Parte generale*, a cura di CENDON, 2009, 548 ss.; CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale - Guida commentata alle decisioni delle ss.uu. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, a cura di PONZANELLI - BONA, 2009, 148 ss.; CENDON, *Duplicazioni no, risarcimento sì*, in *Il danno non patrimoniale- Guida commentata alle decisioni delle ss.uu. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, cit., 129 ss.; MORLINI, *Teoria e prassi delle sentenze gemelle*, in *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, a cura di BUZZI - VALDINI, 2010, 31 ss.; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 63 ss.; ID, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, 2010; PATTI - DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, 2010; BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 2013; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, 2018, cit., 157 ss.

<sup>1439</sup> Le S.U. di San Martino si erano limitate a indicare al giudice del merito di evitare duplicazioni attraverso una rigorosa analisi dell'evidenza probatoria senza mai affermare l'assorbimento del morale nel biologico.

<sup>1440</sup> Il D.P.R. N. 03 marzo 2009 n. 37 inerente al riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari il cui art. 5 sanciva: b) la percentuale del danno biologico (DB) e' determinata in base alle tabelle delle menomazioni e relativi criteri applicativi di cui agli articoli 138, comma 1, e 139, comma 4, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, e successive modificazioni; c) la determinazione della percentuale del danno morale (DM) viene effettuata, caso per caso, tenendo conto della entità della sofferenza e del turbamento dello stato d'animo, oltre che della lesione alla dignità della persona, connessi e in rapporto all'evento dannoso, in una misura fino a un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico. Il D.P.R. 30 ottobre 2009, n. 181 recante i criteri medico-legali per l'accertamento e la determinazione dell'invalidità e del danno biologico e morale

successivamente, dall' art. 138, comma 2, lett. e) cod. ass. come modificato dall'art. 1, comma 17, L. 4 agosto 2017, n. 124<sup>1441</sup>, che per ragioni “ontologiche” particolarmente evidenziabili nelle ipotesi in cui il diritto inviolabile costituzionalmente protetto risulti diverso dalla salute e difettino, perciò, conseguenze dannose a carattere biologico.

La natura autonoma del danno morale riveste particolare importanza ai fini della quantificazione del risarcimento, e, secondo parte della giurisprudenza, va liquidato attraverso criteri uniformi tabellari per rendere il *quantum debeatur* prevedibile e non discriminatorio in misura comunque non superiore alla percentuale massima di personalizzazione prevista in tabella per il biologico anche in presenza di particolari sofferenze patite dal danneggiato<sup>1442</sup>.

Nella più recente giurisprudenza, il danno morale si è arricchito di nuovi contenuti quali la lesione della “dignità o integrità morale” (cfr. artt. 2 cost. e 1 CDFUE), della vittima conformemente a quanto previsto dall'art. 5, lett. c) d.P.R. n. 37/1999 e 4, lett. c) d.P.R. n. 181/2009 cit., diversamente dalla lettura tradizionale offerta dalle Sezioni Unite del 2008 che lo aveva inteso soltanto come patema d'animo o sofferenza interiore o perturbamento psichico, di natura meramente emotiva e interiore.

Anche quelle decisioni che hanno dato seguito all'indirizzo unitario espresso dalle Sezioni Unite, non escludono comunque il riconoscimento del danno morale attraverso la cd. personalizzazione<sup>1443</sup> e soltanto qualche pronuncia di merito<sup>1444</sup> ne ha negato la ri-

---

a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice contiene, all'art. 4, lett. b) e c) norme identiche alle lett. b) e c) del D.P.R. n. 37/2009 cit..

<sup>1441</sup> L'art.138 cod. ass. (D.Lgs. n. 209/2005) al comma 2, lett. a) così definisce il danno biologico: agli effetti della tabella, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito; alla successiva lett. e) sancisce che al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) e' incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione. La variazione percentuale per il punto di invalidità non è ancora stata determinata, sicchè continuano ad applicarsi le Tabelle milanesi aggiornate (al mese di marzo 2018) o le Tabelle del Tribunale di Roma (del mese di dicembre 2018) che dedicano maggior spazio al danno morale.

<sup>1442</sup> Tesi chiaramente sostenuta da Cass. n. 12408/2011 cit. e confermata con riguardo all'art. 139 cod. ass. dalla successiva sentenza della Corte cost. n. 235/2014. Per le problematiche concernenti la liquidazione del danno morale nelle micro permanenti, sia consentito rinviare a PETROCELLI, *Responsabilità sanitaria e danno risarcibile nella legge n. 24/2017*, in *Manuale della responsabilità sanitaria*, Roma - Bari, 2019, Cap. 9, par. 3, 142 ss. in corso di pubblicazione.

<sup>1443</sup> Cfr., ad esempio, Cass., S.L., 15 gennaio 2014, n. 687 che, in un caso di risarcimento danni da *mobbing* a seguito di revoca dell'incarico, in cui la sofferenza psichica era stata risarcita due volte (una prima nel biologico e la seconda nel morale), ha affermato che il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale preclude la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale, ecc.), fermo restando l'obbligo del giudice di tenere conto di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi del danno

sarcibilità sull'esclusivo rilievo dell'assorbimento nel danno biologico; semmai, la giurisprudenza di merito, in presenza di peculiari circostanze del caso concreto, ha reagito ai *dicta* delle S.U. cit. più che attraverso liquidazione equitativa pura del danno morale, aumentando con congrue percentuali il valore del "punto" posto a fondamento della quantificazione del danno biologico per garantire una liquidazione prevedibile tutta interna alle tabelle utilizzate<sup>1445</sup>.

---

non patrimoniale nel singolo caso, tramite l'incremento, della somma dovuta a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione.

Nello stesso senso, Cass. 19 febbraio 2013, n. 4043; Cass, 23 settembre 2013, n. 21716 ha rigettato il ricorso che lamentava il mancato risarcimento dell'esistenziale, osservando che il giudice di merito lo aveva personalizzato attraverso aumento del 25% "imputabile" sia al morale che all'esistenziale; Cass. 29 novembre 2011, n. 25222 sull'irrelevanza dei criteri "aritmetici" di liquidazione del morale purchè la somma appaia congrua tenuto conto del caso concreto.

<sup>1444</sup> Ad esempio Corte di Appello di Perugia cassata da Cass. 13 ottobre 2017, n. 24075.

<sup>1445</sup> DE STEFANO, *Danno morale* in *Ridare.it* 2014.

#### 5.4. *Segue*: il danno dinamico-relazionale

Soltanto in tempi relativamente recenti, la giurisprudenza ha dato una precisa definizione del cd. danno esistenziale da lesione del fare reddituale della persona, e una altrettanto precisa distinzione di esso dal danno morale, fondata sul fatto che il danno esistenziale non ha natura meramente emotiva e interiore<sup>1446</sup>.

Argomento principale per negare autonomia al cd. danno esistenziale è la sua indistinguibilità rispetto al morale. Si è osservato che le sue conseguenze, difatti, come il “patire” o “non poter far più”, altro non sarebbero che la sofferenza interiore causata dalla rinuncia<sup>1447</sup>. Ad esempio, chi non può più andare a cavallo quale conseguenza di un altrui fatto illecito subisce un danno consistente non nella rinuncia alla cavalcata, ma nella sofferenza causata da tale rinuncia<sup>1448</sup>.

Il danno esistenziale inteso come modifiche peggiorative del proprio modo di vivere conseguenti alla lesione del bene salute, sarebbe indistinguibile anche dal danno biologico ed è normalmente compreso in esso. Difatti se il danno alla salute «*non avesse conseguenze ‘dinamico-relazionali’ ... non sarebbe nemmeno un danno medicolegalmente apprezzabile e giuridicamente risarcibile*»<sup>1449</sup>. Tuttavia, secondo la giurisprudenza più recente, la «*lesione della salute può avere le conseguenze dannose più diverse, ma tutte inquadrabili teoricamente in due gruppi: conseguenze necessariamente comuni a tutte le persone che dovessero patire quel particolare tipo di invalidità*» (le quali presuppongono soltanto la dimostrazione della invalidità) e «*conseguenze peculiari del caso concreto, che abbiano reso il pregiudizio patito dalla vittima diverso e maggiore rispetto ai casi consimili*» (le quali presuppongono la prova dell’effettivo e maggior pregiudizio sofferto). Mentre nel primo caso il riconoscimento di una somma aggiuntiva rispetto al biologico costituisce duplicazione risarcitoria<sup>1450</sup>, nel secondo l’ammontare del risarcimento può ben essere corretto e personalizzato in aumento.

---

<sup>1446</sup> Cass., sez. un., 24/03/2006, n. 6572 in *Riv. it. dir. lav.* 2006, 3, 687 con nota di SCOGNAMIGLIO.

<sup>1447</sup> Cass. 19 febbraio, 2003, n. 2478 in *Giust. civ.* 2003, I, 893; Cass. 5 novembre 2002, n. 15449, in *Danno e resp.* 2003, 266.

<sup>1448</sup> Cfr, BERTI-PECCENINI-ROSSETTI, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2005, 92, ove si osserva «*se così è, deve concludersi che il c.d. danno ‘esistenziale’ non è che la sofferenza causata da una rinuncia, cioè un pregiudizio d’affezione, e quindi un danno morale*».

<sup>1449</sup> Per la Società Italiana di Medicina Legale, «*non ha più ragion d’essere l’idea che il danno biologico abbia natura meramente statica*»; per danno biologico deve intendersi non la semplice lesione all’integrità psicofisica in sé e per sé, ma piuttosto la conseguenza del pregiudizio stesso sul modo di essere della persona (...). Il danno biologico misurato percentualmente è pertanto la menomazione all’integrità psicofisica della persona la quale esplica una incidenza negativa sulle attività ordinarie intese come aspetti dinamico-relazionali comuni a tutti».

<sup>1450</sup> Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513; Cass., Sez. VI., 7 maggio 2018, n. 10912; Cass., Sez. III, 28 settembre 2018, n. 23469. Per ulteriori riferimenti v. le note successive.

Ad avviso di autorevole dottrina<sup>1451</sup>, la riemersione del cd. danno esistenziale così inteso è il vero elemento di innovatività rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale.

Attualmente, secondo la giurisprudenza, il danno dinamico-relazionale, anche per effetto di recenti modifiche normative, è autonomo e ben distinguibile sia da quello biologico che da quello morale<sup>1452</sup>.

Le sopravvenute modifiche normative del 2017 al cod. ass. (art. 1 L. 4 agosto 2017, n. 124) hanno confermato un indirizzo giurisprudenziale che si è maturato lentamente nel tempo<sup>1453</sup> e fatto assumere autonomia normativa anche al danno dinamico-relazionale incidendo, così, sul meccanismo di liquidazione del danno non patrimoniale nell'ambito dei sinistri stradali e oggi anche in ambito sanitario.

La rubrica dell'art. 138 cod. ass., così come quella del successivo art. 139 cod. ass., è intitolata al «*danno non patrimoniale*» – rispettivamente per le lesioni di non lieve entità e di lieve entità – e non più specificamente al danno biologico, diversamente dalla previgente formulazione.

Ad una prima lettura, sembrerebbe che il legislatore abbia concepito in maniera unitaria il risarcimento del danno tabellare alla persona così come confermato dal richiamo al principio di esaustività sancito all'interno delle citate disposizioni<sup>1454</sup> in adesione a quanto affermato dalle S.U. del 2008 cit.

In realtà, esaminando il contenuto positivo degli artt. 138 e 139 cod. ass., ci si avvede che si ha riguardo al danno biologico definito come «*lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni*

---

<sup>1451</sup> SCOGNAMIGLIO, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità e innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2019.

<sup>1452</sup> Cass. 31/01/2019, n. 2788 in *Dejure*.

<sup>1453</sup> Cfr. sul punto specificamente PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 145 ss.; ID, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, nota a *Cass. civ.*, 27 marzo 2018 n. 7513 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 836 ss.; ID, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle Sezioni Unite sul danno non patrimoniale (nota a Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, e Cass. 14 novembre 2017, n. 28805)*, in *Foro it.*, 2018, I, 923; cfr. anche PARDOLESI, *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1344 ss.

<sup>1454</sup> Il quarto comma dell'art. 138 cod. ass. prevede «*l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche*».

Il secondo periodo del terzo comma dell'art. 139 cod. ass. sancisce «*l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a lesioni fisiche*».

sulla sua capacità di produrre reddito» (così art. 138, secondo comma lett. a) e art. 139, secondo comma, primo periodo), valutato attraverso una stima percentuale.

Vi si aggiunge, al terzo comma, «qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici assetti dinamico – relazionali documentati e obiettivamente accertati ovvero causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di particolare intensità» (art. 139) oppure «qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico – relazionali personali documentati e obiettivamente accertati» (art. 138), l'ammontare del risarcimento del danno calcolato con applicazione del metodo tabellare, può essere aumentato dal giudice attraverso equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato fino al 20 per cento per le lesioni di lieve entità *ex art. 139* o al 30 per cento per le lesioni di non lieve entità *ex art. 138* cod. ass.

Il legislatore ha così previsto l'autonomia rispetto al biologico del danno cd. “esistenziale”<sup>1455</sup> da intendersi, ora, come “*anomale*” ripercussioni del primo sugli aspetti dinamico-relazionali<sup>1456</sup> della persona del danneggiato.

Difatti, secondo la giurisprudenza di legittimità più recente, dalla nuova formulazione degli artt. 138 e 139 cod. ass. discende che, in presenza di un comprovato pregiudizio dinamico-relazionale maggiore rispetto ai casi simili, il risarcimento deve essere personalizzato in aumento<sup>1457</sup>.

In conclusione, i risultati basati sul rilievo che le manifestazioni “interiori” e “dinamico-relazionali” del danno possono sussistere in caso di violazione di diritti costituzionalmente diversi da quello alla salute<sup>1458</sup>, hanno rafforzato, rispetto al danno biologico, la riconosciuta autonomia del danno morale e, in presenza di conseguenze peculiari del caso concreto che abbiano reso il pregiudizio patito dalla vittima diverso e

---

<sup>1455</sup> Nello stesso senso, argomentando sulla *littera legis*, CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 1, 2019, 15 ss. Secondo FRANZONI, *Danno evento, ultimo atto?*, in *NGCC*, 9, 2018, 1337 ss. il criterio della “gravità della condotta” espressamente sancito nelle nuove tabelle milanesi del 21 marzo 2018, non troverebbe sempre applicazione per qualsiasi personalizzazione, ma solo ed esclusivamente nel caso in cui essa abbia inciso su ‘specifici’ aspetti dinamico – relazionali del danneggiato. Ciò che rileva è la maggiore intensità delle sofferenze psicofisiche patite dalla vittima primaria o secondaria e non la gravità della condotta come chiarisce il legislatore nei criteri enunciati all’interno del Codice delle assicurazioni.

<sup>1456</sup> Per Cass. n. 23469/2018 cit., ferma l'autonomia del danno morale non suscettibile di accertamento medico-legale rispetto al biologico, qualora dalla lesione di un diritto fondamentale della persona umana derivi normalmente anche una modifica peggiorativa della vita quotidiana nelle relazioni umane con i terzi *specifica* e *anomala* rispetto allo *standard*, in quanto pregiudizio autonomo e diverso rispetto al danno biologico, ove debitamente allegato e provato, deve essere risarcito *ex se* senza incorrere nel rischio di duplicazioni risarcitorie. In precedenza, con riferimento all'autonomia del danno dinamico-relazionale “superiore alla soglia di normalità”, cfr. Cass., 09 giugno 2015, n. 11851 in *Resp. civ. e prev.* 2015, 4, 1113 con nota di ZIVIZ.

<sup>1457</sup> Cass., n. 7513/2018 cit.; Cass., n. 10912/2018 cit.; Cass., n. 23469/2018 cit.

<sup>1458</sup> Cass., 03/10/2013, n. 22585 in *Resp. civ. e prev.* 2014, 1, 101.

maggiore rispetto ai casi consimili anche di quello cd. “esistenziale”, ponendo definitivamente fine alla “centralità” del biologico nell’ambito del sistema di liquidazione del danno non patrimoniale.

Attraverso un criterio ermeneutico induttivo, anziché formale-deduttivo dei *dicta* delle S.U., la giurisprudenza successiva alle sentenze di San Martino ha continuato a individuare i diritti inviolabili della persona costituzionalmente tutelati incisi dall’atto illecito non suscettibili di valutazione economica tra cui, oltre alla salute, il rapporto familiare e parentale, l'onore, la reputazione, la libertà religiosa, il diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario, quello all'ambiente, il diritto di libera espressione del proprio pensiero, il diritto di difesa, il diritto di associazione, etc.<sup>1459</sup> e chiarito che la natura *unitaria* predicata nel 2008 significa soltanto che non v'è alcuna diversità nell'accertamento e nella liquidazione del danno non patrimoniale<sup>1460</sup>: qualsiasi danno, anche se diverso da quello alla salute, sia esso rappresentato dalla lesione della reputazione, della libertà religiosa o sessuale, della riservatezza, e così via, deve essere accertato e liquidato nello stesso modo.

Ha spiegato che dalla natura *onnicomprensiva* discende che il giudice di merito deve avere riguardo a «*tutte le conseguenze derivate dall'evento dannoso, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie attraverso attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici, e di non oltrepassare una soglia minima di apprezzabilità, onde evitare risarcimenti cd. bagatellari*»<sup>1461</sup>.

Pertanto, il giudice di merito è tenuto a individuare preliminarmente la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale e analizzare le due facce della medaglia in cui si ripercuotono le conseguenze della lesione: la sfera interiore (la sofferenza morale in tutti i suoi aspetti, quali il dolore, la vergogna, il rimorso, la disistima di sé, la malinconia, la tristezza); la sfera esteriore (l’impatto modificativo *in pejus* con la vita quotidiana).

In tale indagine, a prescindere dai formalismi delle categorie giuridiche, secondo la giurisprudenza, il giudice deve effettuare un’analisi “fenomenologica” del danno alla persona ed esaminare la realtà naturalistica che produce la sofferenza interiore e le dinami-

---

<sup>1459</sup> Cass., n. 11851/2015 cit.

<sup>1460</sup> Cass., n. 7513/2018 cit., al punto 5.10 della motivazione detta un vero e proprio decalogo per la liquidazione del danno non patrimoniale e secondo la regola n. 3) «*"Categoria unitaria" vuol dire che qualsiasi pregiudizio non patrimoniale sarà soggetto alle medesime regole e ad i medesimi criteri risarcitori (artt. 1223,1226,2056,2059 c.c.)*». Su quello che è stato definito il nuovo corso del danno alla persona vanno segnalate le riflessioni di TRAVAGLINO, *Il danno alla persona tra essere e essenza*, in *Quest. Giust.*, I, 2018, 130 ss.

<sup>1461</sup> Così testualmente Cass., sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901 con note di PALMIERI e PONZANELLI che ha portato a compimento il nuovo indirizzo interpretativo; cfr. altresì in precedenza Cass. 7 marzo 2016, n. 4379.

che relazionali di una vita che cambia<sup>1462</sup> senza considerare il danno sotto il profilo eventista come accadrebbe, ad esempio, qualora accordasse un risarcimento da rottura di un dente procurato da un terzo nel caso in cui quello stesso dente era destinato di lì a poco ad essere estirpato dal dentista, ma consequenzialista essendo indubbio che in questo esempio, la presenza di "*lesione medicalmente accertabile*", giuridicamente non produce conseguenze dannose sul piano della salute<sup>1463</sup>. Il danno-conseguenza deve essere adeguatamente provato anche attraverso presunzioni e, così, in caso di perdita del rapporto parentale, la presunzione semplice del pregiudizio a favore del coniuge superstita è superata qualora emergano elementi di segno contrario quali, ad esempio, l'esistenza di un relazione extraconiugale e conseguente nascita di un figlio tre mesi prima della morte del coniuge<sup>1464</sup>.

A dieci anni di distanza dalle storiche decisioni, la Terza Sezione civile della Suprema Corte, senza rimettere la questione alle Sezioni Unite, si è parzialmente discostata dal pregresso indirizzo fornendone importanti chiarimenti sulla base della sopravvenuta legislazione<sup>1465</sup>.

La tendenza della giurisprudenza più recente è tornata a essere quella di procedere a una liquidazione atomistica del danno relazionale-esistenziale e del danno da sofferenza interiore-morale alla luce delle peculiari circostanze del caso concreto capovolgendo l'impianto delle storiche sentenze di S. Martino<sup>1466</sup>.

---

<sup>1462</sup> Cass. n. 901/2018 cit.; Cass. n. 11851/2015 cit. TRAVAGLINO, *op. ult. cit.*, 131.

<sup>1463</sup> Anche il dolore più grave che la vita può infliggere, come la perdita di un figlio, può non avere alcuna conseguenza in termini di sofferenza interiore e di stravolgimento della propria vita "esterna" per un genitore che, quel figlio, aveva da tempo emotivamente cancellato, vivendo addirittura come una liberazione la sua scomparsa; che anche la sofferenza più grande che un figlio può patire, quale la perdita per morte violenta di un genitore, non implica *ipso facto* la risarcibilità del danno, se danno non vi fu.

<sup>1464</sup> Cass., 11 dicembre 2018, n. 31950. La stessa giurisprudenza che ritiene di distinguere "ontologicamente" i vari pregiudizi non patrimoniali, è concorde nell'affermare che la pretesa della liquidazione separata di ciascuno di essi può essere accolta solo ove sia debitamente allegato e provato da chi lo invoca, anche attraverso il ricorso a presunzioni semplici, l'esistenza effettiva d'un pregiudizio diverso da quelli ordinariamente derivanti dal lutto. V. anche Cass. n. 4379/2016 cit.; in precedenza Cass., 13 maggio 2011, n. 10527 con nota di PONZANELLI ha chiarito che ai fini del ristoro del pregiudizio esistenziale da lesione del rapporto parentale, soltanto l'allegazione circostanziata - mercé l'indicazione di fatti precisi e specifici nel caso concreto - di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, ovvero del compimento di scelte di vita diverse, determina l'inversione dell'onere della prova tipica delle presunzioni (nella specie, è stata considerata inidonea la deduzione di fatti inerenti alla perdita di abitudini e riti propri della quotidianità della vita).

<sup>1465</sup> Secondo PONZANELLI. *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., 836 lo statuto del danno non patrimoniale delineato dalle storiche sentenze di San Martino si è incrinato sempre più nelle successive applicazioni giurisprudenziali.

<sup>1466</sup> SPERA, Time out: il "*decalogo*" della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della *Medicina legale minano le sentenze di San Martino*, in *Ridare.it*, 4 settembre 2018.



### 5.5. *Segue: le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*

Secondo autorevole dottrina<sup>1467</sup>, la responsabilità non è strumento di punizione, ma di tutela contro il danno che deriva dall'illecito civile.

Si è osservato<sup>1468</sup> che il risarcimento è rimedio con carattere compensativo in quanto tende a reintegrare il danneggiato del pregiudizio sofferto con conseguente indifferenza, per la vittima, tra patire il danno patrimoniale e ottenere l'equivalente risarcimento monetario o non patirlo affatto<sup>1469</sup>.

In linea di principio, al risarcimento quale risposta minima ordinamentale alla violazione di norme che tutelano interessi giuridicamente protetti, è estranea la funzione punitiva in quanto la relativa obbligazione è finalizzata a riparare e compensare la perdita subita dal danneggiato senza che assuma rilievo ai fini della determinazione del *quantum* la condotta del danneggiante.

---

<sup>1467</sup> BIANCA, *La responsabilità*, cit., 556 e ss. Nello stesso senso, FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 702; BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 891 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 18-31 e 897 ss.

Secondo altra autorevole dottrina, la responsabilità civile persegue molteplici funzioni (preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva) che possono tra loro coesistere così P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.* 2011, 155 e ss.; nello stesso senso, MONATERI, *La responsabilità civile*, cjt., 19. Per DE CUPIS, *Il danno*, cit, la funzione del risarcimento è anche riparatoria, ma soprattutto sanzionatoria. Secondo TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53, «*La responsabilità civile per atto illecito presenta, come è noto, due aspetti inscindibilmente connessi. Da una parte essa tende alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato e così consente a ciascun soggetto di contare su una maggiore stabilità della propria situazione patrimoniale; dall'altra essa costituisce una sanzione che colpisce chi si è comportato in modo vietato, e la cui minaccia contribuisce preventivamente a scoraggiare il compimento di atti illeciti*». Sulla polifunzionalità, cfr. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643; SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 e ss.; ID.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 243 in cui si afferma che «*l'aspetto riparatorio non è infatti sufficiente a esaurire la spiegazione dell'istituto*»; GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 e ss. Per ulteriori riferimenti sulla cd. concezione polifunzionale v. *retro* Cap. III, Parte I, par. 3.

<sup>1468</sup> V. *retro*, Cap. III, parte I, par. 2. Per l'orientamento che distingue il danno non patrimoniale da quello patrimoniale in quanto il primo è insuscettibile di *valutazione economica in termini oggettivi*, tra gli altri, BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 27 ss.; POLETTI, *Il danno risarcibile*, in CARUSI-DI MAJO- MIARELLI – NAVARRETTA – POLETTI – RUFFOLO, *La responsabilità ed il danno*, Milano, 2009, 351); BONA, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 2012.

Sulla problematicità del risarcimento del danno alla persona cfr. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 476 ss.; ID, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 550 ss.; P. PERLINGIERI, *Le funzioni*, cit., 269 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., 256; ID, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, cit., 2017, 1190; SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 37 ss.; ID, *Il danno extracontrattuale*, cit.; ID, voce *risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 1102; BUSNELLI, *Tanto tuonò, che ...non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, cit., 1213; ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.*, IV, 606 ss.

<sup>1469</sup> Cass. Civ., sez. III, 13 giugno 2014 n. 13537 in *Foro it.* 2014, 9, 2470. In linea di principio, la lesione può essere riparata in forma specifica: là dove ciò non sia possibile o eccessivamente oneroso, la vittima del fatto illecito riceve un *tantundem* monetario che traduce, in moneta, ciò che il danneggiato ha "perduto". Il *tantundem* monetario versato dal danneggiante "restauro" la situazione giuridica soggettiva del danneggiato e non ha la finalità di "arricchirlo" dovendosi escludere che la vittima possa trarre vantaggio dal fatto illecito.

Si è già detto che la centralità che l'essere umano assume nel disegno costituzionale ha determinato un processo di depatrimonializzazione della responsabilità civile in cui la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale non è più soltanto quella di assicurare al danneggiato il sollievo per la perdita subita, ma – per alcuni autori – diventa anche quella di dissuadere i consociati dal compimento di atti lesivi di diritti inviolabili della persona costituenti beni fondamentali dell'intera collettività<sup>1470</sup>.

Si è anche chiarito che sebbene privo di copertura costituzionale<sup>1471</sup>, agli artt. 1223 e ss. c.c., il codice civile accoglie il principio di integrale riparazione del danno comprensiva tanto della diminuzione patrimoniale subita dalla vittima, quanto dei guadagni che la stessa avrebbe potuto ottenere se non ne fosse stata impedita dalla lesione subita<sup>1472</sup>.

L'esigenza di rendere "effettiva" la protezione dei diritti in tutti i casi in cui il risarcimento meramente compensativo risulti inadeguato per le caratteristiche intrinseche del danno, per difficoltà probatorie o perché largamente inferiore al profitto conseguito dall'autore dell'illecito ha risvegliato l'attenzione degli studiosi nei confronti della funzione preventiva-sanzionatoria della responsabilità civile<sup>1473</sup> che, come osservato in precedenza<sup>1474</sup>, troverebbe il suo fondamento nell'art. 24 Cost.

Qui occorre aggiungere che la tradizionale concezione monofunzionale del risarcimento fondata sulla equivalenza tra perdita patrimonialmente valutabile e ammontare dell'obbligazione risarcitoria appare inapplicabile al danno non patrimoniale poiché la riparazione monetaria del pregiudizio, mal si presta a ristorare diritti insuscettibili di una misurazione oggettiva in termini economici con la conseguenza che ben può verificarsi uno scarto tra *danno* e risarcimento<sup>1475</sup>.

---

<sup>1470</sup> SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, cit., 681 ss.

<sup>1471</sup> *Retro*, parte II, par. 3.

<sup>1472</sup> TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 829 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. *retro* Cap. III, parte I, par. 3.

<sup>1473</sup> SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, cit., 1120B.

<sup>1474</sup> *Retro*, Cap. III, parte I, par. 3.

<sup>1475</sup> Che in caso di danno non patrimoniale pare difficile discorrere di esclusiva funzione riparatoria stante la obiettiva incalcolabilità in termini economici dello stesso, cfr. già DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit. 581. Osserva FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 307-308 che, una volta superata la concezione che ravvisa l'uomo come elemento costitutivo del suo patrimonio (PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 125), non si tratterà di dovere ricercare un valore di mercato per la persona umana (da attribuire alla sua vita, alla sua integrità fisica es. il prezzo dell'organo in caso di lesione), ma di stimare le conseguenze pregiudizievoli della lesione che si producono per ogni aspetto della vita umana.

Mentre per il danno patrimoniale l'ordinamento fissa criteri per la ripartizione tra i consociati del costo del pregiudizio (da intendersi come perdita economica - sicché il risarcimento *compensa* il danneggiato nel senso che non elimina il danno, ma gli conferisce utilità sostitutive corrispondenti al valore economico delle conseguenze negative subite -), nel danno non patrimoniale il risarcimento si risolve in un arricchimento della vittima del fatto lesivo<sup>1475</sup> così SALVI, *Il risarcimento ultrariparatorio*, cit., 1821 il quale osserva che l'attribuzione patrimoniale a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale in alcuni casi trova giustificazione per ragioni solidaristiche (danno biologico), in altre per ragioni punitive (danno

Pertanto, la tesi dottrinale<sup>1476</sup> secondo cui non sussistono differenze tra compensazione del danno patrimoniale e non patrimoniale non può essere seguita<sup>1477</sup>.

Allo stesso modo, non può essere accolta se non limitatamente al danno morale<sup>1478</sup> e con le precisazioni che seguono, l'opposta tesi secondo la quale il risarcimento del danno non patrimoniale non ha natura riparatoria perché non potrà mai porre il danneggiato nella situazione in cui si trovava prima del verificarsi del danno; il bene tutelato (salute; rapporto parentale; ecc.), una volta perso non può più essere riparato e, poiché in tale situazione il risarcimento è utile solo ad affliggere il reo e a dissuadere i consociati dalla

---

da reato), in altre ancora in ragione dell'esigenza satisfattiva della vittima risultante dal bilanciamento di diritti fondamentali contrapposti e ciò naturalmente influisce sulla individuazione dei parametri che guidano la liquidazione equitativa giudiziale. Sulla impossibilità di discorrere di riparazione integrale per il danno non patrimoniale e la poliedricità dello stesso v. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 517 ss. L'autore nota che sebbene con riferimento al danno patrimoniale vi sia convergenza tra le diverse esperienze giuridiche, la disciplina del danno non patrimoniale presenta connotati differenziati e un elevato tasso di politicità; da un lato vi sono sistemi che ne riconoscono la ampia e generalizzata risarcibilità (ad esempio quello francese), dall'altro quelli che la negano completamente (nel diritto sovietico).

<sup>1476</sup> Sul punto v. già BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, 450. Dal punto di vista letterale tanto l'art. 2059 c.c., quanto l'art. 185 c.p. utilizzano il lemma *risarcimento* con riferimento sia al danno patrimoniale che a quello non patrimoniale; non sussisterebbero differenze sul punto e il risarcimento non potrebbe mai costitutivamente tramutarsi in pena cfr. ad esempio CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, cit., 158; ROVELLI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Torino, 1963, 427; DE CUPIS, *Il danno*, cit., 250. V. anche ROSSETTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 134.

<sup>1477</sup> Già PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, cit., 86 evidenziava che «*se si parla di risarcimento anche dei danni morali, ciò avviene in un senso del tutto diverso da quello usato quando si parla di risarcimento di danni patrimoniali. Per questi nulla si colma, nulla si restituisce, ma si aggiunge al patrimonio una somma di denaro allo scopo di ristabilire un dissesto operatosi fuori dal patrimonio nella sfera dell'umana felicità. È dunque da escludere che i cosiddetti danni morali siano suscettibili di risarcimento vero e proprio*». Per ampi riferimenti, cfr. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 344.

<sup>1478</sup> Per la funzione "punitiva" del danno morale da reato, v. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 1038 ss.; ID., *Il danno morale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2006, 1382; cfr. però successivamente la posizione espressa in *Il danno risarcibile*, cit., 728 ss.

Cfr. più di recente sul tema segnalato nel testo GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 743 - 744; QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 372 ss.; DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1795 ss.; A.M. BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, cit., 222 ss.; FLAMINI, *Danno biologico e danno non patrimoniale: percorsi e ricorsi*, in *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, Napoli, 2009, 65 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 85.

commissione di ulteriori danni, assume natura di vera e propria pena privata<sup>1479</sup> che l'offensore paga alla vittima<sup>1480</sup>.

Per i sostenitori della concezione esclusivamente sanzionatoria, la riparazione del danno non patrimoniale è l'attribuzione di una somma che l'ordinamento assegna alla vittima del fatto illecito per acquietare e reprimere il senso di vendetta del soggetto leso secondo la tradizione romanistica, di diritto comune e quanto sostenuto anche dalla dottrina francese degli inizi del '900<sup>1481</sup>.

La natura punitiva del risarcimento che non elimina il pregiudizio, ma sanziona il trasgressore<sup>1482</sup> sarebbe confermata dalla Relazione al Codice civile n. 803 la quale, per la riparazione del danno non patrimoniale da reato, sancisce «è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo».

---

<sup>1479</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 299 ss.; ID, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, cit., 301 ss. e, particolarmente pp. 392-393 ove si sostiene che la riparazione pecuniaria deve essere proporzionata al grado di lesività dell'interesse protetto e non alle conseguenze patite dal danneggiato per cui, in caso di danno da reato, a parità di lesione e di medesimo pregiudizio non patrimoniale, il danno cagionato con dolo dovrebbe determinare una risposta ordinamentale differenziata rispetto a quello cagionato con colpa lieve essendo, nel primo caso, il sentimento di vendetta e di afflizione del danneggiante maggiore. Per ulteriori riferimenti, cfr. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Padova, 2009, 408 ss.

<sup>1480</sup> Cfr. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. dell'opera tedesca del 1878, Padova, 1951, 35 secondo cui le pene private consistono nella «privazione di un diritto privato o nella determinazione di un'obbligazione privatistica a scopo di punizione del trasgressore della norma – e ciò non a vantaggio ... della comunità giuridica come tale, bensì a vantaggio di un terzo determinato, il quale sarà per lo più colui che dal delitto è stato leso».

<sup>1481</sup> Cfr. ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia*, cit., 249 ss.; RIPERT, *La règle morale dans les obligationis civiles*, 1949, 348; RIPERT – BOULANGER, *Traité de droit civil (d'après le Traité de Planiol)*, Paris, 1957, 439; CARBONNIER, *Droit civil. Les biens et les obligationis.*, 1959, 588.

La tesi sanzionatoria è sostenuta da minoritaria dottrina italiana v. già CHIRONI, *Il concetto economico e giuridico di danno risarcibile e in specie «del danno morale»*, in *Studi e questioni di diritto civile*, Torino, 1915, 374 ss.; INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1929, 654; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1963, II, 752; TRIMARCHI, voce *Illecito*, cit., 109; ID, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53 ss.; DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 100; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 274 ss., in particolare 299; ID, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, cit., 302; cfr. anche ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, 320; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 9 ss.; DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 289.

<sup>1482</sup> L'indicata opinione è suggerita anche da quella giurisprudenza che applica parametri riferibili alla sfera giuridica del danneggiante (gravità della condotta, intensità dell'elemento psicologico, condizioni economiche del danneggiante) e, soprattutto, da Corte Cost., 14 luglio 1986 n. 184 cit. secondo la quale «E' impossibile negare ... 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».

V'è chi ha suggerito di riportare l'art. 2059 c.c. nell'alveo delle sanzioni civili punitive e deterrenti e distinguerlo dalla disciplina del risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale che sarebbe unitaria e fondata unicamente sull'art. 2043 c.c.<sup>1483</sup>.

L'orientamento dottrinale che postula la concezione sanzionatoria del danno non patrimoniale è recessivo in giurisprudenza e pone numerosi inconvenienti.

Oltre a violare il dato letterale dell'art. 2059 c.c., se davvero il "risarcimento" ivi previsto fosse una sanzione, occorrerebbe giustificare la portata sanzionatoria in tutti i casi in cui difetta la colpevolezza dell'autore: si pensi alla responsabilità oggettiva; all'art. 185 c.p. quando dell'obbligazione risarcitoria debbano rispondere i responsabili civili per i quali non v'è intento sanzionatorio; alle altre previsioni di legge che pongono il risarcimento in capo allo Stato per fatto di terzi (ad esempio, dei magistrati, e a tutte le disposizioni che contemplano il danno non patrimoniale fuori da una ipotesi di reato – e quindi al di là da un'ottica sanzionatoria –).

La tesi in esame risulta inconciliabile anche con la disciplina dell'assicurazione che vieta di assicurarsi contro il rischio di sanzioni dovute *ex lege ex art. 12 cod. ass.*; con la regola civilistica della trasmissibilità della obbligazione risarcitoria *mortis causa*; con la proporzionalità della sanzione in assenza di specifici parametri e limiti indicati legislativamente; con l'ottica solidaristica e riparatoria dell'istituto della responsabilità civile attuativa dei principi costituzionali e la conseguente attenzione alle conseguenze che derivano dalla lesione dei diritti fondamentali piuttosto che alla sfera giuridica del danneggiante<sup>1484</sup>.

E' stato inoltre osservato che se il danno non patrimoniale è *danno in senso giuridico* esso va risarcito o, ove impossibile, riparato, ma giammai potrebbe tale riparazione avere esclusivamente natura sanzionatoria in difetto di specifica previsione legislativa<sup>1485</sup> che non potrebbe comunque prescindere dall'esistenza di conseguenze negative che derivano dalla lesione dell'interesse protetto per risolversi nella pura sanzione e deterrenza dell'illecito civile<sup>1486</sup>.

---

<sup>1483</sup> QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 380 ss.

<sup>1484</sup> Cfr. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 352 ss.; ASTONE, *Danni non patrimoniali*, cit., 245.

<sup>1485</sup> VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., 268.

<sup>1486</sup> Ci troveremmo altrimenti in presenza non già di regole risarcitorie, ma di sanzioni civili punitive; emblematica in tal senso è la riparazione pecuniaria dell'art. 12 L. stampa che si aggiunge ed è indipendente dal separato danno non patrimoniale. V. anche le altre ipotesi considerate *retro* Cap. III, parte I, par. 9 e parte II, par. 1.

Osserva CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 5-6 che importanti conferme positive provengono dal testo e dal contesto sistematico in cui è collocato l'art. 185 c.p. che rappresenta lo «*spartiacque tra risarcimento e pena*». Il legislatore, nel disciplinare il risarcimento del danno non patrimoniale come effetto civile accessorio della condanna penale non ne ha mutuato la funzione punitiva (tant'è che l'art.

Per altri autori che hanno creato la figura del risarcimento del danno non patrimoniale *aggravato dalla condotta*, sussiste una notevole differenza tra un danno causato da illeciti dolosi o gravemente colposi e un danno cagionato con colpa lieve per cui, attraverso il criterio equitativo della valutazione della condotta, si imprime al risarcimento una chiara funzione deterrente-punitiva<sup>1487</sup>. Nella disciplina della responsabilità civile l'elemento sanzionatorio sarebbe desumibile dal combinato disposto degli artt. 1223, 1226 e 2056 c.c. come previsione minima del contenuto del risarcimento e in particolare dall'utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione alle circostanze del caso<sup>1488</sup>, ovvero da una funzione di *general deterrence* con ricadute pratico-applicative in punto di quantificazione della somma riparatoria<sup>1489</sup>.

Si è però obiettato che sebbene il criterio della gravità della condotta non abbia nulla a che vedere con l'obbligazione risarcitoria, in caso di danno non patrimoniale, il dolo o l'entità della colpa incide quantitativamente sul danno morale inferto all'offeso<sup>1490</sup> per cui il maggior risarcimento accordato, più che qualificarsi punitivo, trova la sua giustificazione nella maggiore entità di danno sofferto e non costituisce arricchimento del danneggiato, bensì applicazione del principio dell'integralità (o congruità) del risarcimento<sup>1491</sup>.

---

185 c.p. è collocato nello specifico titolo dedicato alle sanzioni *civili* e prescrive che il risarcimento debba avvenire a norma delle leggi civili), ma il completo assorbimento nella logica della responsabilità civile. Nella citata disposizione, infatti, il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale sono posti sullo stesso piano sicché condividono la stessa natura e funzione (v. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 189 ss.). Che il risarcimento non sia una "pena" si evince da altre disposizioni che segnano l'autonomia sorte dell'obbligazione risarcitoria – la quale presuppone l'esistenza di un danno – rispetto alle vicende che riguardano il reato (artt. 198 e 152 c.p.) così R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità e danno*, cit., 320 ss. v. anche ROMANO, *pene pecuniarie, esborsi in denaro*, in *La pena ancora*, cit., 504 ss.

<sup>1487</sup> MONATERI, ARNONE, CALCAGNO, *Il dolo*, cit., 55 osservano che «la morte accidentale dell'operaio in un incidente sul lavoro non può essere equiparato a quella dell'operaio che muore per il consapevole insufficiente investimento in misure di sicurezza e prevenzione del danno [...]. Nella quantificazione del danno non patrimoniale assume una specifica rilevanza la condotta del danneggiante e il maggior risarcimento dovuto, frutto di una valutazione personalizzata del danno, riflette una sensibilità deterrente e acquista una chiara funzione punitiva».

<sup>1488</sup> FRANZONI, *Civile e ... Penale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1831 ss.; GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora!*, in *www.judicium.it*; ID, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *ADL*, 2003, 397 ss.

<sup>1489</sup> NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, 2010, 273. Secondo SIMONE, *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Quest. giust.*, 1, 2018, 139-140 la compensazione presuppone che vi sia un bene fungibile che trovi sul mercato un perfetto surrogato, così riportando il creditore/danneggiato nello stato in cui si trovava *ex ante* e, poiché per i beni infungibili come quelli personali non è possibile ragionare negli stessi termini, la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale diviene quella della deterrenza. V. le conclusioni per il danno non patrimoniale alle pagine 142-143.

<sup>1490</sup> RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 177 ss.

<sup>1491</sup> CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 81 ss. Per BONA, *Come liquidare e per-*

Per altro orientamento che si ispira alla dottrina tedesca<sup>1492</sup>, il risarcimento *ex art. 2059 c.c.* ha natura satisfattiva perché la somma ricevuta a tale titolo produce sensazioni gradevoli che riducono o eliminano quelle dolorose; provoca *soddisfazioni materiali e morali* poiché il danneggiato può procurarsi occasioni di piacere o di svago, realizzando una compensazione indiretta<sup>1493</sup>.

In questa prospettiva si può commisurare il risarcimento alle circostanze del caso che soggettivamente influiscono sulla percezione del pregiudizio da parte del danneggiato.

Si è obiettato che tale orientamento si fonda su di una semplificazione che non tiene conto della complessità del danno alla persona.

In primo luogo la incomparabilità tra denaro e bene personale rende difficile – se non impossibile – ristabilire oggettivamente l'equilibrio iniziale violato.

Anche a volere accedere a una concezione epicurea del denaro, difficilmente nelle lesioni più gravi il risarcimento monetario potrebbe costituire prezzo del dolore: si pensi al dolore dei familiari per la perdita di un congiunto o alle vittime di errori giudiziari per i quali il denaro normalmente non ristabilisce l'equilibrio violato; si pensi ancora alle persone incapaci di intendere o di volere, minorate le quali avrebbero diritto al risarcimento, ma non ne trarrebbero alcuna sensazione satisfattiva o ancora agli enti diversi dalle persone fisiche che non percepiscono soddisfazione<sup>1494</sup>.

Inoltre, sussisterebbe un notevole problema di quantificazione. Pare evidente che per “pareggiare” il dolore individuale, la somma dovuta muta profondamente a seconda del soggetto danneggiato e risulta estremamente difficile se non impossibile fare riferimento al dolore medio che una cerchia di soggetti potrebbe avere avvertito nelle medesime

---

*sonalizzare il danno aggravato dalla condotta*, in *Risarcim. danno e resp.*, 2015, 15 maggio 2015, la rilevanza della gravità della condotta «*si pone in piena logica del risarcimento a scopi riparatori, giacché si valorizzano dei veri e propri riflessi morali dell'illecito sulla sfera della vittima, cioè si continua a ragionare in termini di pregiudizi-conseguenza*».

<sup>1492</sup> Sul punto WINDCHEID, *Diritto delle pandette*, vol. II, 363; ID, *Diritto delle pandette*, I, Torino, 1902, 689; JHERING, *De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, 156. Per ulteriori riferimenti BONILINI, *IL danno non patrimoniale*, 266 v. anche GEITSFELD, *Placing a price on Pain and Suffering: a Method for Helping Juries Determine Tort Damages fro Nonmonetary Injuries*, in *Calif. Law Rev.*, 1995, 774 ss. che identifica il danno nel prezzo che le vittime pagherebbero per assicurarsi contro il rischio di quel danno *Contra* RUBIN, *Fundamental Reform of Tort Law*, in *Regulation. The Cato Review of Business and Government*, 1995, 26 ss.

<sup>1493</sup> VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, 19 ss.; ROVELLI, *La risarcibilità dei danni non patrimoniale*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, 274 ss.; R.SCOGNAMIGLIO, voce *Danno morale*, cit., 148 ss.; NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, 100; di funzione indennitaria discorre RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 125. Di funzione solidaristico satisfattiva discorre invece NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 350.

<sup>1494</sup> COMANDÈ, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. Imp.*, 1994, 912; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 743-744.

circostanze (soprattutto ove quel pregiudizio non sia suscettibile di accertamento medico legale)<sup>1495</sup>.

In questo quadro, la giurisprudenza riconosce al risarcimento del danno non patrimoniale funzione riparatoria (anche se non esclusiva) configurandolo come danno-conseguenza<sup>1496</sup>.

Nell'ambito della violazione dei diritti costituzionalmente protetti, la gravità della lesione e la serietà del pregiudizio sono filtri selettivi del danno risarcibile e incidono solo indirettamente sulla quantificazione della obbligazione risarcitoria nella misura in cui il pregiudizio conseguente sia adeguatamente allegato e provato in giudizio<sup>1497</sup>.

L'orientamento dottrinale accolto in giurisprudenza e tuttora prevalente, osserva che «*la possibilità di misurazione degli eventi dannosi mediante il riferimento al valore economico è insieme il vantaggio e il limite della concezione economica del danno*» sicchè, per il danno alla persona, più che discorrere di funzione compensativa stante l'insuscettibilità della lesione di un diritto non patrimoniale a essere compensata, pare più condivisibile discorrere di funzione solidaristico – satisfattiva - consolatoria del risarcimento in quanto la somma attribuita a titolo di risarcimento ha la finalità di creare condizioni alternative a quelle pregiudicate utili a consolare il danneggiato<sup>1498</sup>.

---

<sup>1495</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 264 ss.

<sup>1496</sup> Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, nn. 26972-5 cit.

<sup>1497</sup> Osserva BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, cit. che «*l'insuscettibilità dell'interesse non patrimoniale ad essere specificamente reintegrato mediante una prestazione pecuniaria non implica che questa abbia funzione punitiva. La prestazione è prevista dalla legge esclusivamente quale prestazione risarcitoria e pertanto pur sempre in funzione compensativa del danno arrecato. E' appena il caso di avvertire che questa funzione compensativa non è smentita dalla rilevanza che assume la gravità del fatto poiché la gravità del fatto aggrava la lesione morale subita dal danneggiato*».

<sup>1498</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 261; NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 219 ss.; ID., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, 1996, 343 ss.; ID., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2004, e ss.; ID., *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2019, 6 ss.; ID., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARRETTA (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004; MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 56; RUSSO, *Riparazione integrale del danno, anche esistenziale*, 2008, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); NICOLUSSI, *Danno*, in *Diritto civile*, a cura di MARTUCCELLI – PESCATORE, in *Diz. IRTI*, 2011, 538; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, 2010, 617 e ss. richiama Cass. 11 ottobre 1985 n. 4947 in merito alla funzione del risarcimento volta a creare utilità sostitutive; ROSSETTI, *Il danno non patrimoniale*, 2010, 134. Quest'ultimo autore, alle pagine 124 e ss. ribadisce che la funzione reintegratrice ha il fine di ricostruire lo *status quo ante*; quella punitiva di sanzionare il colpevole e la funzione satisfattiva di consolare il danneggiato con utilità sostitutive.



## 5.6. *Segue*: i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale

Ai fini della liquidazione, il regime risarcitorio del danno alla salute non presenta particolari profili problematici poichè già esiste una disciplina *ad hoc* contenuta in plurimi testi normativi<sup>1499</sup> e un sistema tabellare che garantisce tendenzialmente uniformità e prevedibilità del *quantum debeatur*, da adattare alle peculiarità del caso concreto mediante le cd. personalizzazioni.

Le lesioni di altri diritti inviolabili non suscettibili di accertamento medico legale e perciò intangibili e irriconoscibili non possono essere assoggettati per loro stessa natura ad alcun tipo di quantificazione e identificazione obiettive. Per la dimostrazione e conseguente risarcibilità di questa categoria di danni, si è fatto ricorso in passato al concetto di danno *in re ipsa*<sup>1500</sup> congeniale all'allora riconosciuta funzione sanzionatoria della responsabilità civile<sup>1501</sup> e, attualmente, all'ampio ricorso alla prova presuntiva<sup>1502</sup>.

Per tali danni si impone la liquidazione su basi equitative *ex artt.* 1226 e 2056 c.c. in difetto di diversa previsione normativa<sup>1503</sup>.

---

<sup>1499</sup> V. artt. 138 e 139 cod. ass. e succ. mod. cit. in tema di sinistri stradali oggi richiamati in ambito sanitario dall'art. 7, comma 4, L. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco). In caso di lesione della salute per infortuni sul lavoro v. art. 13 d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38 – e relativo sistema tabellare INAIL di cui al d.m. 12 luglio 2000 – V. anche le ulteriori previsioni settoriali di cui al D.P.R. n. 37/2009 cit. per il riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari cit. e il D.P.R. n. 181/2009 cit. per le vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice.

Per ulteriori riferimenti sul danno alla salute sia consentito il rinvio a F.PETROCELLI, *Responsabilità sanitaria e danno risarcibile nella legge n. 24/2017*, in *Manuale della responsabilità sanitaria*, Roma - Bari, 2019, Cap. 9, 127 ss., in corso di pubblicazione.

<sup>1500</sup> Sul punto, FRANCESCHETTI, *Obbligazioni e responsabilità civile*, 1996, Napoli, 559; MONATERI-BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005; PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, 3297; ID., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053; SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 982; NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dommatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1001; BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi", un "punto a capo"*, in *Giust. civ.*, 1994, 3035.

<sup>1501</sup> Diffusamente, QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 120 il quale ricorda che, fino agli anni Settanta, la concezione giurisprudenziale dell'intero paradigma della responsabilità civile fosse basata sulla funzione «sanzionatoria» della responsabilità, ossia si credeva che la responsabilità costituisse un mezzo per sanzionare un comportamento meritevole di punizione.

<sup>1502</sup> Cfr. per tutti FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 174 ss.; TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 610; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 910 ss.

La giurisprudenza successiva alle sentenze di San Martino ha ribadito che anche ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale è centrale allegare e provare in giudizio circostanze specifiche dalle quali si evinca la gravità del fatto e le condizioni soggettive della vittima perché in tal modo è possibile desumere indirettamente l'entità della sofferenza patita dal danneggiato. Cfr. recentemente, ad esempio, Cass. 11.04.2019, n. 23146 in *Dejure*.

Tuttavia, secondo DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale*, cit., 95, se gli indici per l'individuazione dell'*an debeatur* sono gli stessi indici considerati dal giudice per provvedere al *quantum debeatur*, il confine tra prova presuntiva e danno *in re ipsa* potrebbe divenire assolutamente incerto. Nello stesso senso v. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 914.

<sup>1503</sup> V. nota precedente. Osserva DI GREGORIO, cit., 42 ss. che, una volta risolta positivamente la valutazione sull'*an debeatur* (alla luce del dovere di tolleranza rispetto alla lesione del diritto inviolabile), la liquidazione equitativa (*quantum debeatur*) – diversa da quella regolata dall'art. 114 c.p.c. – richiede al

Tuttavia, l'assenza di un sistema tabellare specifico e di criteri uniformi condivisi rischia di generare disparità di trattamento e la imprevedibilità delle decisioni giudiziarie<sup>1504</sup>.

E' stato osservato<sup>1505</sup> che il danno è sempre unico e non vi sono distinzioni ontologiche concernenti la qualità dell'oggetto (perdita di una utilità per soddisfare un bisogno umano); patrimonialità e non patrimonialità hanno perciò natura relativa. «*La suddivisione dei beni in materiali ed immateriali, in patrimoniali ed extrapatrimoniali, in fisici e morali, è suggerita da necessità di indole pratica e giuridica... ma gli uni e gli altri beni non agiscono diversamente sull'uomo senziente: tutti, indistintamente, per la loro qualità di beni, servono ad appagare i nostri bisogni*».

---

giudice di motivare la decisione adeguatamente e congruamente laddove «*congruità significa indicazione esplicita da parte del giudice di merito del processo logico che lo ha guidato nel ricorso al criterio equitativo, al fine di evitare una pronuncia arbitraria, mentre adeguatezza s'intende idoneità del procedimento ad attribuire un valore economico alla perdita che sia proporzionato al pregiudizio subito, con riferimento ai passaggi logici seguiti – eventualmente anche per disattendere una prova – e dati presi in considerazione*». Il giudice è quindi tenuto ad indicare i parametri di quantificazione adottati sia se oggettivi (tipo di lesione e circostanze del caso), sia se soggettivi (condotta antiggiuridica, colpevolezza, profitto, condizioni soggettive dell'offeso), il valore monetario ad essi attribuiti e gli elementi del caso concreto utilizzati per procedere alla quantificazione.

L'autrice ritiene quindi essenziale ricostruire nel processo la gravità dell'offesa (su basi oggettive) e le circostanze personali del danneggiato (sul versante soggettivo) per garantire uniformità di trattamento e personalizzazione della decisione ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c. (così pp. 198 – 199).

Cfr. anche NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento*, cit., 224 – 225 che discorre di funzione individual-deterrente del risarcimento ove sia possibile fondare una connessione precisa tra gravità soggettiva dell'illecito e ammontare della obbligazione risarcitoria come del resto sottolineato anche dall'art. 10:301, par. 2, PETL. Occorre dimostrare anche mediante presunzioni che tale gravità abbia amplificato la reazione emotiva del danneggiato sicché il danno va comunque provato e non potrebbe aversi alcuna implementazione se nel caso concreto siffatto pregiudizio non ricorra (come sarebbe invece se si trattasse di una sanzione civile punitiva o pena privata). Ne deriva che non possono incidere su tale componente individual-deterrente fattori che non abbiano collegamenti qualificati con il pregiudizio quali ad esempio il profitto conseguito dall'autore dell'illecito o le condizioni economiche del danneggiante. L'autrice riconosce che potrebbero sussistere delle correlazioni nell'ipotesi in cui proprio la consapevolezza della posizione economica del danneggiante lo spinga a inferire maggiori sofferenze del danneggiato; solo in questo caso se ne potrebbe tenere conto per la quantificazione del risarcimento. Nello stesso senso anche NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, cit., 88 ss.

Per ulteriori riferimenti bibliografici sulla valutazione equitativa v., senza pretese di esaustività, FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 176 ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 321; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 207; NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale ed il problema della liquidazione*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., 101 ss.; DI GREGORIO, *op. ult. cit.*, 37 ss.

<sup>1504</sup> Cfr. diffusamente DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale*, cit., 42 ss. e 185 ss.

Si deve però evidenziare che le nuove Tabelle adottate dal Tribunale Milano (marzo 2018) e dal Tribunale di Roma (dicembre 2018 e luglio 2019), oltre a trattare del danno alla salute, recano specifici riferimenti ai danni da premorienza (indipendente dalla lesione alla salute), terminale, da perdita o grave compromissione del rapporto parentale, da diffamazione a mezzo stampa e altri mezzi di comunicazione di massa e da responsabilità aggravata di cui all'art. 96, terzo comma, c.p.c. Particolare attenzione viene data nella Tabella romana alla liquidazione separata del danno morale o soggettivo – indipendentemente dal biologico –. Difatti, le tabelle Milano 2018 presentano un notevole inconveniente nella liquidazione del danno morale che non è monetizzato su cui si rinvia a SPERA, *Le novità normative e la recente giurisprudenza suggeriscono un ritocco della Tabella milanese del danno non patrimoniale da lesione del bene salute?* in *Ridare.it*. Sia consentito il rinvio per ulteriori riferimenti sul punto a F.PETROCELLI, *Responsabilità sanitaria e danno risarcibile nella legge n. 24/2017*, cit., Cap. 9, 142 ss. in corso di pubblicazione.

<sup>1505</sup> V. in tal senso già MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., 19 ss.

Il *valore* di un bene non esiste in natura, ma costituisce una caratteristica dell'osservatore che deve tradursi in termini oggettivi. «Ciò che conferisce successo ad un criterio è piuttosto la sua capacità di oggettivarsi, di diventare epistemicamente oggettivo. La storia della qualificazione del danno biologico conferma come concetti ontologicamente soggettivi, come appunto quelli di patrimonialità, non patrimonialità, danno evento, valori (non accertati, ma) fissati come il triplo della pensione sociale, valore del punto etc. possano oggettivarsi divenendo epistemicamente oggettivi»<sup>1506</sup>

Tale oggettivazione presuppone l'intenzionalità collettiva e un processo graduale che induce la collettività ad accettare il valore attribuito.

Le stesse tabelle del Tribunale di Milano e degli altri Tribunali, così come ogni altra *barème*, pur non essendo in grado di misurare in termini oggettivi i danni non patrimoniali, costituiscono strumenti giuridicamente utilissimi di liquidazione perché, accettati da tutti, garantiscono, sulla base di dati oggettivi, la *prevedibilità* e *perequazione* della liquidazione<sup>1507</sup> del danno biologico (e, di riflesso, degli altri danni non patrimoniali).

Siffatta utilità ha spinto la dottrina a suggerire di individuare le classi risarcitorie di danno non patrimoniale “intangibile” alla luce dei precedenti più significativi e di costruire, per ciascuna classe, un tabella delle precedenti liquidazioni omogenee con una breve descrizione del fatto e dell'importo liquidato e rivalutato in modo da estendere il sistema di liquidazione del danno biologico, fondato su elementi oggettivi anche se irrazionali o con razionalità limitata, a tutte le altre classi di danno non patrimoniale<sup>1508</sup>.

Nella nuova lettura costituzionalmente orientata, nella parte in cui il giudice valorizza ai fini della determinazione del *quantum* la condotta del danneggiante, la liquidazione del danno non patrimoniale assume una colorazione in senso ampio punitivo-deterrente favorita dalla sua naturale impossibilità ad essere misurato in termini di certezza monetaria.

Diverse decisioni, sia di merito che di legittimità, hanno impresso alla liquidazione del danno non patrimoniale<sup>1509</sup> e, in particolare a quello morale<sup>1510</sup>, una venatura “punitiva”

---

<sup>1506</sup> BONA, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 2012, 46 ss.

<sup>1507</sup> BONA, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., 45 in cui si afferma che la *prevedibilità* si riferisce a un dato esterno che consenta di immaginare in anticipo quale sarà la somma da riconoscere in quella decisione; la *perequazione* è la possibilità, utilizzando un certo criterio di quantificazione, di adottare decisioni uguali in casi identici e proporzionalmente differenziate in casi differenti.

<sup>1508</sup> BONA, *Studio* cit., pag. 177; NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, cit., alle pp. 619 – 1030 ha individuato 17 classi.

<sup>1509</sup> Per Trib. Genova, 9 maggio 2005, in *Dir. giust.*, 2005, n. 42, p. 30 ss. e Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Persona e danno*, 14 maggio 2009, il risarcimento del danno può essere aumentato nel caso di dolo o, secondo Trib. Venezia, 30 aprile 2005, in *Persona e danno*, 30 aprile 2005, in caso di particolare riprovevolezza della condotta; secondo Trib. Milano, 29 novembre 2003, in *Danno resp.*, 2005, p. 77 ss.

nella parte in cui lo hanno quantificato in funzione della gravità della condotta del danneggiante, particolarmente in presenza di reato<sup>1511</sup> al punto da indurre una dottrina ad affermare che è da sfatare il mito secondo cui la responsabilità civile non consentirebbe di liquidare certi tipi di danni<sup>1512</sup> anche esemplari<sup>1513</sup>.

---

e Trib. Monza, 14 marzo 2006, in *Persona e danno*, 14 marzo 2006, in caso di reati dolosi gravi, la liquidazione del danno prescinde dalle tabelle milanesi.

<sup>1510</sup> Per Trib. Genova, 1 maggio 2005, in *Persona e danno*, 1 maggio 2005, la “monetizzazione del dolore, che è valutazione sempre assai delicata ma ineludibile nelle decisioni risarcitorie, deve prendere le mosse anche dal comportamento delle parti”; per Trib. Modena, 8 agosto 2007, nella liquidazione del danno morale il giudice può tenere conto anche della gravità del reato, desunta soprattutto dall’intensità del dolo e dal grado di colpa dell’autore.

<sup>1511</sup> Cass. 1 giugno 2004, n. 10482 in *Danno resp.*, 2004, 955 ss., con nota di BITETTO, *All’ombra dell’ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione ‘punitiva’*; secondo Cass. civ., 12 luglio 2006, n. 15760, il fatto reato rileva come peso, come entità da prendere in considerazione ai fini della complessa valutazione del danno parentale morale; per Cass., 25 ottobre 2002, n. 15103 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 415 ss., nella liquidazione del danno morale occorre tener conto, tra l’altro, della gravità del reato, desunta da una serie di elementi tra i quali l’intensità del dolo e il grado della colpa; per Cass. 28 agosto 2009, n. 18804 in *Dir. famiglia* 2010, 2, 654, ai fini della liquidazione dei danni non patrimoniali, il giudice può tenere conto - fra le molteplici circostanze rilevanti ai fini della valutazione equitativa - anche della gravità dell’offesa e dell’intensità dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa, sicché l’omessa considerazione della provocazione della vittima potrebbe assumere rilievo sotto il profilo della violazione dell’art. 2059 c.c.; Cass. 19 maggio 2010, n. 12318 in *Danno resp.*, 2010, p. 1043 ss., ha ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata che aveva proceduto a determinare il danno non patrimoniale sulla base di criteri diversi da quelli tabellari e in particolare a considerare la particolare odiosità della condotta lesiva nella liquidazione del danno morale da reato.

V. nella giurisprudenza di merito *ex multis* Trib. Ragusa 6 giugno 2013 per il riferimento alla colpa reiterata ai fini della quantificazione e soprattutto le ipotesi di omicidio volontario Trib. Palermo 25 giugno 2001 che liquida ai familiari della vittima il danno morale quantificato tenendo conto dell’entità dell’offesa, della gravità dell’illecito penale, modalità dell’eccidio, del gesto delittuoso e del coefficiente psicologico che sosteneva il delitto; Trib. Palermo, 14 febbraio 2008 liquida ai parenti della vittima il danno morale tenendo conto della gravità del reato; App. Lecce, 13 maggio 2011, liquida il danno non patrimoniale adeguando il quantum tabellare alla estrema gravità e tragicità del fatto generatore del danno e alla grave ingiustizia subita; Trib. Napoli, 4 dicembre 2012, liquida il danno morale da uccisione del congiunto avuto riguardo alla efferatezza del delitto; Trib. Perugia, 6 maggio 2014, alla gravità del reato contestato ed entità della pena; Trib. Palermo 6 aprile 2016, alla efferatezza dell’atto omicida. Tutte le decisioni sono reperibili in *Dejure o Leggi d’Italia*.

Secondo SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 2007, p. 332, seppur il criterio della gravità della colpa evidenzia la finalità sanzionatoria, «a colpa più grave potrà corrispondere un torto più grave e maggior dolore, ma non più di questo». Secondo FRANZONI, *Il danno non patrimoniale* cit. 1038 ss.; ID., *Il danno morale è il nuovo danno non patrimoniale* cit., il parametro della gravità del fatto, qualora incida autonomamente sul quantum, fa assumere al risarcimento una funzione marcatamente afflittiva.

<sup>1512</sup> BONA, *Come liquidare il danno morale aggravato dalla condotta*, in *Risarcim., danno e resp.*, 5 maggio 2015.

<sup>1513</sup> PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, cit., 1195 ss. per ulteriori riferimenti sul punto anche giurisprudenziali.

Il problema si è posto, in generale, nelle situazioni in cui alla lesione dei diritti fondamentali della persona non corrisponda un sistema tabellare uniforme (si pensi ad esempio alla *privacy*, alla lesione del diritto al consenso informato e così via) nonché nei casi di illeciti soggettivamente connotati (da dolo o colpa grave si pensi al delicato settore dell’illecito endofamiliare ai danni da grave discriminazione) e ai danni da reato (es. violenza sessuale o *stalking*).

V. diffusamente in termini generali CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit. 13 ss.

Più di recente per il danno non patrimoniale v. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, cit., 255; PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, cit., 1202-1203 il quale pone l’accento sulla necessaria esigenza di una intermediazione legislativa affinché la giurisprudenza possa procedere alla eventuale implementazione della misura risarcitoria avendo riguardo anche alla gravità della condotta e all’intensità dell’elemento psicologico salvo che si tratti di danno da reato.

Secondo Cass. 15 ottobre 2015, n. 21087<sup>1514</sup>, è viziata la motivazione della sentenza che, nell'effettuare la liquidazione equitativa del danno morale, non si riferisca alla gravità del fatto, alle condizioni soggettive della persona, all'entità della sofferenza e del turbamento d'animo, in quanto la stessa si pone al di fuori del fondamento e dei limiti di cui all'art. 1226 c.c.

Nella gran parte delle applicazioni giurisprudenziali che liquidano equitativamente il danno non patrimoniale, non è chiarito se la valutazione delle circostanze del caso concreto, necessario presupposto richiesto dall'art. 1226 c.c., e in particolare della condotta del danneggiante qualora nella decisione abbia assunto rilevanza sulla misura del risarcimento, sia finalizzata ad accertare le effettive conseguenze pregiudizievoli prodotte nella sfera a-reddituale della persona umana<sup>1515</sup> (criterio oggettivo) o se invece venga valutata in sé (criterio soggettivo)<sup>1516</sup> ovvero sotto entrambi i profili<sup>1517</sup>.

E' evidente che diversamente dal primo caso, nel secondo e nel terzo, la maggior somma liquidata rispetto a fattispecie simili, assume una colorazione totalmente o parzialmente punitiva.

---

Più recentemente v. diffusamente DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale*, cit., in relazione al danno da illeciti endofamiliari (p. 123), al danno da *mobbing* o demansionamento (p. 129), da gravi discriminazioni (p. 135) ai criteri sovente utilizzati in sede di liquidazione del risarcimento *ex art. 709 ter c.p.c.* (pp. 165-166). Per il danno da demansionamento v. anche la rassegna giurisprudenziale di CAVALLINI, *La tutela del lavoratore demansionato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, 2019, 857 ss.

<sup>1514</sup> in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2016, 1, 128.

<sup>1515</sup> Con riguardo alla Legge Gelli lo afferma chiaramente TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, cit.

<sup>1516</sup> QUARTA, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e resp.*, 2015, 515.

<sup>1517</sup> Trib. Bergamo, 24 febbraio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 547, con nota di PONZANELLI, sostiene che nell'orientare la misura di risarcibilità del danno non patrimoniale, la gravità dell'offesa va apprezzata anzitutto dal punto di vista oggettivo e secondariamente sotto il profilo soggettivo. Questo secondo aspetto riflette la funzione prettamente punitiva della responsabilità e riveste un ruolo integrativo perchè consente di adattare in aumento il *quantum* risarcitorio di base, già riconosciuto in forza del profilo primario. Per l'affermazione secondo cui non può non riconoscersi nelle condanne risarcitorie fondate su criteri che valorizzano (anche) la condotta illecita oltre alla sfera dell'offeso, carattere parzialmente sanzionatorio, cfr. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 128 ss.. Per TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 98, nell'art. 2056 comma 2 c.c. si può trovare "un indizio di un orientamento legislativo favorevole a correlare il peso della responsabilità alla gravità dell'atto illecito"; v., anche, P. CENDON, GAUDINO, *Gli illeciti di dolo*, in P. Cendon (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, 1988, p. 419 ss. Secondo SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 332, la valutazione di un criterio come quello della gravità della colpa evidenzia la finalità sanzionatoria sebbene «a colpa più grave potrà corrispondere un torto più grave e maggior dolore, ma non più di questo».

### 5.7. *Segue: conclusioni.*

In definitiva, attraverso l'equità *ex art.* 1226 c.c. e le circostanze del caso concreto di cui all'art. 2056, comma 2 c.c., sono stati introdotti indici di valutazione (condotta del danneggiante) che hanno valenza anche in senso ampio punitiva ricondotti, in particolare dalla dottrina, alla funzione satisfattiva del risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c.

Pertanto, la decisione delle Sezioni Unite del 2017, anticipata da quella del 2015 sulla polifunzionalità della responsabilità civile, non sorprende in quanto certifica una funzione sanzionatoria-deterrente che nelle interpretazioni giurisprudenziali degli artt. 2059 e 2043 c.c. era già presente<sup>1518</sup>.

La natura compensativa o punitiva attribuita al danno produce notevoli ripercussioni sul piano processuale<sup>1519</sup>.

Difatti, secondo l'orientamento consolidato, il danno non patrimoniale non è mai *in re ipsa*<sup>1520</sup> sicchè la sua esistenza deve sempre essere allegata e provata in giudizio<sup>1521</sup>. Tanto comporta che non sia sufficiente chiedere il risarcimento di tutti i danni *patiti e patiendi*, occorrendo, invece, circostanziare i singoli pregiudizi che derivano dall'altrui condotta illecita e dimostrare che le conseguenze pregiudizievoli non siano futili<sup>1522</sup>.

Riconoscere natura mista al danno non patrimoniale si riflette sugli oneri di allegazione e prova che affronta il danneggiato allorchè si avvalga di presunzioni *ex art.* 2727 c.c. desumibili, ad esempio, dal grado di parentela, convivenza e dal legame affettivo con la vittima primaria dell'illecito civile<sup>1523</sup>.

Viceversa, ove prevalessesse il profilo sanzionatorio, sul piano probatorio i fatti da allegare (prima) e porre (poi) alla base delle presunzioni sarebbero diversi e riguarderebbero esclusivamente la gravità della condotta, anche soggettiva del danneggiante da cui desumere l'esistenza del pregiudizio e la relativa quantificazione<sup>1524</sup>.

Come il "passaggio" dalla funzione sanzionatoria della responsabilità civile a quella compensativa-satisfattiva avvenuta negli anni settanta del secolo scorso ha ampliato la tutela dei diritti e garantito una più equa distribuzione dei costi, la valorizzazione della

---

<sup>1518</sup> BENEDETTI, *Funzione sanzionatoria* cit., 29.

<sup>1519</sup> DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, cit., 95.

<sup>1520</sup> Per tutte Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, nn. 26972-5 cit.

<sup>1521</sup> CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 432.

<sup>1522</sup> ROSSETTI, *Il danno non patrimoniale*, 101 ss.

<sup>1523</sup> Ad esempio Trib. Roma 6 marzo 2019, in *Diritto & Giustizia* ha negato il risarcimento del danno parentale ai congiunti del *clochard* che non hanno dimostrato di aver mantenuto un legame affettivo con la vittima dell'illecito.

<sup>1524</sup> VIRGADAMO, cit., 258. Sull'attenuazione dell'onere probatorio nella prospettiva sanzionatoria, v. le riflessioni di BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 374 ss.

finalità punitiva potrebbe oggi indurre il legislatore a regolamentare in chiave punitiva taluni nuovi conflitti di portata quasi generale concernenti micro-violazioni (si pensi, ad esempio, a quelle della *privacy* da parte dei gestori dei *social network*) che attraverso gli attuali strumenti della responsabilità civile appaiono di complessa e, soprattutto, antieconomica soluzione.

E' stato affermato che «la ritrovata *ratio* punitivo-deterrente dell'art. 2059 c.c. si candida ad assumere un ruolo centrale negli odierni percorsi di tutela promozionale dei diritti fondamentali dell'uomo ... la cui violazione integra un'«offesa intensa all'ordine giuridico» con conseguente necessità di una «più energica repressione con carattere anche preventivo» da esercitarsi in sede civile, in aggiunta o in alternativa alla repressione tipicamente penalistica»<sup>1525</sup>.

In realtà, come osservato, attraverso la liquidazione necessariamente equitativa<sup>1526</sup> finalizzata a garantire l'integrale (o congruo) risarcimento sancito dalle Sezioni Unite del 2008 cit., la giurisprudenza ha introdotto elementi latamente "punitivi" ampiamente giustificati dalla dottrina nella logica solidaristico-satisfattiva del danno non patrimoniale rispetto a quella solidaristico-compensativa del danno patrimoniale che ha portato a compimento un modello di giusta distribuzione dei costi e di giusto spostamento patrimoniale fra danneggiante e danneggiato che riflette la giustizia positivizzata nella Costituzione e la gerarchia di valori fra persona e patrimonio ivi contemplata<sup>1527</sup>.

Lo strumento utilizzato per giungere a tale risultato è stato quello dell'equità di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c. che, nel pensiero della Suprema Corte, si compone di due elementi: da un lato la valutazione di tutte le circostanze del caso concreto e dall'altro la parità di trattamento tra i casi simili in modo tale da contemperare due esigenze apparentemente inconciliabili: l'uniformità del trattamento attraverso la predisposizione delle apposite tabelle che rende prevedibile il risarcimento con la personalizzazione del danno il quale, in ipotesi del tutto particolari, può giungere persino all'abbandono del sistema tabellare<sup>1528</sup>.

---

<sup>1525</sup> QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 380 ss.

<sup>1526</sup> Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972; Cass. 29/09/2015, n. 19211 in *Diritto & Giustizia* 2015; Cass., 31/5/2003, n. 8828 *Giur. it.* 2004, 1129.

<sup>1527</sup> NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, cit., 6.

<sup>1528</sup> *Ex multis*, Cass. 7.6.2011, n. 12408 in *Il civilista* 2011, 7-8, 14.

Cfr. chiaramente NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., 220 -221 secondo la quale la concezione solidaristica con riferimento al danno non patrimoniale esige che la reazione ordinamentale alla lesione dei diritti fondamentali della persona sia non simbolica e coerente con i principi costituzionali a tutela della persona. Per un verso v'è dunque l'esigenza di garantire eguaglianza formale (che impone uniformità e prevedibilità del risarcimento a parità di lesione) e, al contempo, quella della eguaglianza

Sennonché, le indubbe contaminazioni punitive con particolare riferimento al danno morale, non sono state giustificate dalla giurisprudenza da quella che in Germania, è definita *Doppelfunktion* nel senso che il risarcimento tiene conto di due parametri fondamentali: l'*Ausgleich*, ossia il ristoro dell'effettivo pregiudizio patito dalla vittima (funzione compensativa) e la *Genugtuung*, ossia la soddisfazione per il torto subito finalizzata al ristoro integrale del danno e a punire il danneggiante<sup>1529</sup>. Si è invece tentato di costruire tabelle di classi risarcitorie del danno non patrimoniale diverso dal biologico che, come suggerito da autorevole dottrina<sup>1530</sup>, possono garantire, come già accade per il danno alla salute, prevedibilità e perequazione delle liquidazioni giudiziali.

Il merito della dottrina è di aver fornito, attraverso la funzione solidaristico-compensativa del danno non patrimoniale e il principio di integralità del risarcimento accolto nel codice civile e ribadito dalle Sezioni Unite del 2008, una “copertura dogmatica” anche a decisioni giurisprudenziali che, in modo occulto, potrebbero contenere condanne “punitiva e/o deterrenza”.

In definitiva, dopo l'affermazione della funzione (anche) deterrente e/o punitiva della responsabilità civile da parte di Cass., Sez. Un., n. 16601/2017 cit., sembra possibile che si assisterà, in un prossimo futuro, secondo le indicazioni fornite anche da Cass. 12 aprile 2018, n. 9059, alla valorizzazione della condotta del danneggiante anche da parte del-

---

sostanziale che tenga conto della peculiarità esistenziale e relazionale di ciascuno. Questa via, già seguita per il danno biologico, deve estendersi per tutti gli altri diritti fondamentali della persona diversi dalla salute. Non esistendo per questi ultimi la possibilità obiettiva di individuare indici costanti per misurare il pregiudizio non patrimoniale, si dovrà fare riferimento al tipo di offesa e alle condizioni oggettive in cui essa ricade da cui si inferisce presuntivamente, secondo il criterio della normalità, l'esistenza e la quantificazione del danno.

Osserva DI GREGORIO, *op. ult. cit.*, 42 ss. che, una volta risolta positivamente la valutazione sull'*an debeatur* (alla luce del dovere di tolleranza rispetto alla lesione del diritto inviolabile), la liquidazione equitativa (*quantum debeatur*) – diversa da quella regolata dall'art. 114 c.p.c. – richiede al giudice di motivare la decisione adeguatamente e congruamente laddove «*congruità significa indicazione esplicita da parte del giudice di merito del processo logico che lo ha guidato nel ricorso al criterio equitativo, al fine di evitare una pronuncia arbitraria, mentre adeguatezza s'intende idoneità del procedimento ad attribuire un valore economico alla perdita che sia proporzionato al pregiudizio subito, con riferimento ai passaggi logici seguiti – eventualmente anche per disattendere una prova – e dati presi in considerazione*». Il giudice è quindi tenuto ad indicare i parametri di quantificazione adottati sia se oggettivi (tipo di lesione e circostanze del caso), sia se soggettivi (condotta antigiusuristica, colpevolezza, profitto, condizioni soggettive dell'offeso), il valore monetario ad essi attribuiti e gli elementi della fattispecie concreta utilizzati per procedere alla quantificazione.

L'autrice ritiene quindi essenziale ricostruire nel processo la gravità dell'offesa (su basi oggettive) e le circostanze personali del danneggiato (sul versante soggettivo) per garantire uniformità di trattamento e personalizzazione della decisione ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c. (così pp. 198 – 199).

Per la configurabilità del vizio di cui all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c. (in caso di mancata indicazione dei criteri di liquidazione) e la carenza motivazione di cui all'art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c. v. Cass., 19 ottobre 2015, n. 21087; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361; Cass., 4 febbraio 2016, n. 2167.

<sup>1529</sup> MONATERI, ARNONE, CALCAGNO, *Il dolo, la colpa, e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, cit. 128.

<sup>1530</sup> BONA, *Studio*, cit., 177; NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, cit., 619 ss.



la giurisprudenza più tradizionale che attribui(va) alla responsabilità civile funzione (esclusivamente) compensativa; valorizzazione che inciderà sul *quantum* del danno non patrimoniale (*sub specie* di danno morale o interiore e, in peculiari circostanze, dinamico-relazionale) senza tuttavia fare alcun riferimento a soluzioni certe e univoche sotto il profilo della quantificazione,

Insomma, in uno dei possibili futuri scenari, la componente sostanzialmente “punitiva” del danno non patrimoniale potrebbe continuare a essere giustificata nell’ottica satisfattiva (individual-deterrente) della responsabilità civile e l’incremento delle decisioni che valorizzeranno la condotta dell’offensore potrebbe indurre la dottrina a suggerire una “integrazione” in tal senso delle tabelle al fine di garantire, per quanto possibile, uniformità di liquidazione della componente “sanzionatoria”. Anzi, già si assiste a un disallineamento delle Tabelle milanesi del 2018 rispetto al nuovo corso del danno alla persona inaugurato recentemente dalla Corte di Cassazione a cui, invece, le Tabelle romane dedicano maggiore attenzione (v. Relazione del 28 dicembre 2018 parr. 1, 3, 112, 113, 117 e 119 e il successivo aggiornamento del 4 luglio 2019).

## **6. L'art. 7, comma 3, L. Gelli – Bianco: l'osservanza delle linee guida o buone pratiche cliniche e la rilevanza della condotta del sanitario per la determinazione del risarcimento del danno.**

In ambito sanitario la cura della salute umana costituisce attività socialmente utile, ma fisiologicamente rischiosa e l'interesse alla sicurezza delle cure costituisce, nel nuovo quadro legislativo (art. 1 L n. 24/2017 cit.), l'obiettivo principale da perseguire.

La razionale distribuzione dei rischi<sup>1531</sup> dovrebbe guidare le regole della responsabilità civile soprattutto ove vi sia uno stretto collegamento tra responsabilità obbligatoriamente assicurate e risarcimenti dei danni (RC auto e oggi anche responsabilità sanitaria).

La disciplina settoriale in commento si fonda sulla esigenza di rendere prevedibili e contenibili le liquidazioni del danno alla persona per scongiurare abusi, garantire la sicurezza del risarcimento ai terzi danneggiati tramite il sistema assicurativo obbligatorio e l'accessibilità dei premi ai professionisti e strutture sanitarie interessate.

Per realizzare tali interessi pubblici e, in particolare, per contenere i guasti e i costi della medicina difensiva, come nel settore della R.C. auto, anche in materia di responsabilità sanitaria il legislatore è intervenuto a ridurre l'ammontare del risarcimento (art. 7, comma 4, L. Gelli-Bianco) e garantire, tramite il sistema assicurativo (art. 10 L. Gelli-Bianco), effettività e integralità del risarcimento stesso.

Alla riduzione del danno risarcibile attraverso il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass. corrisponde una maggiore protezione del danneggiato realizzata mediante il sistema assicurativo obbligatorio, l'azione diretta, la regola della non opponibilità delle eccezioni contrattuali, l'istituzione del Fondo di Garanzia e il rafforzamento delle cure e delle misure di gestione preventiva del rischio<sup>1532</sup>.

---

<sup>1531</sup> Cfr. in generale e diffusamente CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, 1970, cit., rist. 2015; TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 276 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 721 ss.

<sup>1532</sup> HAZAN – CASSANO CICUTO – RODOLFI, *IL risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 313 ss. Per le ulteriori implicazioni di tale orientamento – che tende a socializzare i costi della malasanità ripudiando concezioni etiche e morali della responsabilità civile nel settore *de quo* affidando al diritto penale il compito di individuare il colpevole e al diritto civile il compito di distribuire i rischi delle attività sanitarie – si vedano le successive pp. 332 – 338 a proposito del delicato tema della quantificazione del danno non patrimoniale ove si sostiene di dovere distinguere ciò che merita tutela da ciò che impone tolleranza sicchè bisogna evitare risarcimenti troppo elevati o per converso insufficienti e garantirne la massima certezza e prevedibilità. Cfr. anche PONZANELLI, *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Quest. Gius.*, 1, 2018 secondo cui, con riferimento al danno non patrimoniale, occorre rifuggire da tendenze opposte ossia spingersi, da un lato verso un sistema indennitario, di sicurezza sociale, e dall'altro riconoscere risarcimenti eccessivi, ultracompensativi.

Tuttavia, la equiparazione del danno da attività sanitaria al danno da circolazione stradale ove vige da tempo un sistema generalizzato di assicurazione obbligatoria è stato criticato da diversi autori<sup>1533</sup>.

Si è osservato che l'esigenza di contenere le poste risarcibili nel settore R.C. auto è strettamente legata all'assicurazione obbligatoria e quindi all'esigenza di contenere i premi assicurativi per consentire a tutti, anche i più indigenti, di potere accedere alla copertura assicurativa per finalità sociali e solidaristiche<sup>1534</sup>.

Nei sinistri stradali, chiunque può contemporaneamente rivestire la qualità di danneggiante e danneggiato e dunque beneficia della riduzione dei premi conseguente alla prevedibilità della misura risarcitoria sicché l'aumento dei risarcimenti finisce per gravare sull'intera collettività e dunque anche indirettamente su chi non è responsabile di alcun sinistro.

Nel settore della responsabilità da attività sanitaria, invece, la situazione è ben diversa e questa stretta correlazione tra assicurazione e funzione sociale della stessa viene meno; la copertura assicurativa non è obbligatoria per tutti, ma soltanto per i sanitari e le strutture ospedaliere per i quali vige un sistema di autoassicurazione inesistente in materia R.C. auto.

Il paziente, difatti, si assicura e paga il premio per accedere alle cure e non per garantirsi dal rischio di eventi dannosi per la propria salute. Dunque, a beneficiare della riduzione dei premi non sono tutti i potenziali soggetti del mercato in esame, ma soltanto coloro che si sono assicurati contro il rischio di eventi avversi e, principalmente, i sanitari e le strutture. I danneggiati sono vittime della malasanita e non traggono alcun beneficio dal sistema assicurativo; vedono solo limitato il danno risarcibile dagli artt. 138 e 139 cod. ass.

Inoltre, le attività equiparate legislativamente, sono oggettivamente diverse; non c'è dubbio che altro è un'attività professionale che incide direttamente sulla salute umana quale la medicina con finalità terapeutica – la quale postula il compimento scelte discrezionali del sanitario onde individuare la cura più adeguata per il caso concreto –,

---

<sup>1533</sup> Sulle varie posizioni espresse in argomento, cfr. diffusamente PONZANELLI, *L'applicazione degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *NGCC*, 2013, II, 145; ID, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, 819 ss.; PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 266; RODOLFI, *Introdotta il regime del doppio binario per accertare gli errori*, in *Guida dir.*, 1 aprile 2017, n. 15, 74; FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *NGCC*, 2014, II, 104 ss.; ID, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli – Bianco")*: *profili civilistici*, in *Studium iuris*, 7-8, 2017, 787; DI LELLA, *"Leges artis" e responsabilità civile sanitaria*, in *NGCC*, 2, 2018, 271.

<sup>1534</sup> Così Corte. cost. n. 235/2014 cit.

altro è la circolazione stradale (non incidente direttamente sul bene protetto dall'art. 32 cost.) che solo casualmente e oggettivamente può risultare pericolosa per esso.

La stretta correlazione tra assicurazione obbligatoria (che in ambito sanitario non giova all'intera collettività) e soggetto su cui grava il risarcimento, postulerebbe che vi sia un regime di responsabilità di natura oggettiva – come tende a fare la giurisprudenza nel settore RC auto con riferimento all'art. 2054 c.c. –, mentre le disposizioni della Legge n. 24/2017 cit. continuano a disciplinare la responsabilità sanitaria su basi colpose e prevedono cause di non punibilità per i sanitari<sup>1535</sup>.

Ciononostante, nel settore in esame, prevale la linea contenitrice dei danni risarcibili (v. *infra*).

Già la previgente legge Balduzzi (d.l., 13 settembre 2012, n. 158 convertito con legge 8 novembre 2012, n. 189) tendeva a contrastare il fenomeno della medicina difensiva e, in aggiunta, a rendere prevedibile l'entità della obbligazione risarcitoria anche a fini assicurativi contro il rischio della responsabilità professionale<sup>1536</sup>. Per perseguire il primo obiettivo, il primo comma dell'art. 3 sanciva *«L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»*.

Sotto il previgente regime l'osservanza delle linee guida e buone pratiche accreditate produceva effetti sia in campo penalistico attraverso l'esclusione dalla responsabilità da reato per colpa lieve che in campo civilistico. Difatti, in presenza di colpa lieve, il sanitario avrebbe beneficiato di una riduzione del risarcimento dovuto mentre non si sarebbe potuto predicare un incremento in caso di dolo o colpa grave<sup>1537</sup>.

---

<sup>1535</sup> ZIVIZ, *La liquidazione del danno da responsabilità sanitaria*, in IUDICA (a cura di) *Tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, 2019, 404 e v. anche la dottrina richiamata nella nota precedente. E' stato osservato che la "crisi" da eccesso di protezione del paziente nel sistema della responsabilità civile in ambito sanitario che ha ispirato i recenti interventi legislativi, non sembra corroborata da dati effettivi fondati su puntuali analisi di impatto della regolazione e rischia di tradursi in un *deficit* di tutela sostanziale non ragionevolmente giustificato per il danneggiato contrastante con il principio di solidarietà di protezione che anima la disciplina costituzionale della responsabilità civile ex art. 2 Cost. Così PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 261 ss.; PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione Giustizia*, 1, 2018, 161 ss.

<sup>1536</sup> SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla legge Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e al sua assicurazione*, cit., 37.

<sup>1537</sup> FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 108 ss.; M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del*

Il secondo periodo del terzo comma dell'art. 7 L. n. 24/2017 cit. sancisce espressamente che «*Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell' esercente la professione sanitaria ai sensi dell' art. 5 della presente legge e dell' articolo 590 sexies del codice penale, introdotto dall' art. 6 della presente legge*» il cui comma 2 prevede «*Qualora l' evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*».

Per effetto del rinvio all' art. 590 *sexies* c.p., l' osservanza delle linee guida adeguate al caso concreto e, in via sussidiaria<sup>1538</sup>, delle buone pratiche cliniche, esclude dunque la punibilità del sanitario in sede penale<sup>1539</sup>; in aggiunta, in forza del rinvio all' art. 5 rubricato «*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*», l' osservanza delle linee guida produce, ai fini civilistici, effetti favorevoli sotto il profilo del danno risarcibile, anche se non necessariamente esclude la responsabilità da fatto illecito/inadempimento (v. *infra*).

Data la rilevanza delle medesime linee guida sia in ambito civile (art. 5) che penale (art. 6) richiamate dall' art. 7 cit., va escluso il trattamento di favore sia in sede penale che civile quando il danno sia riconducibile a colpa del sanitario dovuta a negligenza o imprudenza; va inoltre escluso quando il sanitario abbia osservato le linee guida

---

*danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2016, 173 ss; ARRIGO, *La liquidazione dei danni per la lesione della salute del paziente*, in ALEO – DE MATTEIS- VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, I, 2014, 494 ss.; BUSI, *La colpa medica in ambito civile*, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, I, 2014, 368 ss.; PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2015, 888.; DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, 2014, 163 ss; cfr. anche PICCIALLI, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contr e imp.*, 2015, 569 ss; SGUBIN, *Linee guida e best practices mediche*, in *NGCC*, 2016, 567 ss.; FRANZONI, *Colpa lieve e linee guida*, in *Danno e resp.*, 2016, 801 ss.

Sul problema del *surplus* risarcitorio nella Legge Balduzzi diffusamente v. NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "Legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?* In *Riv. It. med. leg. e dir. san.*, 2013, 781 ss.

<sup>1538</sup> Osserva ZIVIZ, *La liquidazione del danno da responsabilità sanitaria*, cit., 407 ss. che la clausola di sussidiarietà secondo cui in mancanza di linee guida, trovano applicazione le buone pratiche deve riferirsi non solo alle ipotesi in cui linee guida non siano state ancora elaborate, ma anche in presenza di casi complessi (ad esempio multipatologie) che non rientrerebbero in concreto interamente nel modello di riferimento sul quale si fondano le raccomandazioni contenute nelle stesse linee guida.

<sup>1539</sup> La formulazione linguistica della disposizione sopra citata, in realtà, ha generato un contrasto interpretativo nella giurisprudenza penale circa la estensione della causa di non punibilità di cui all' art. 6 L. n. 24/2017 che ha introdotto l' art. 590 *sexies* c.p. Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite Penali che, con sentenza Cass. Pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, hanno fornito una interpretazione restrittiva della nuova norma di favore introdotta dalla Legge Gelli – Bianco nel senso che la causa di non punibilità trova applicazione soltanto se nell' osservanza delle linee guida adeguate alla fattispecie concreta o, in mancanza, delle buone pratiche cliniche, il sanitario abbia commesso un errore dovuto a colpa lieve in fase esecutiva.

adeguate, ma l'evento lesivo si sia verificato per colpa grave da imperizia nella esecuzione delle raccomandazioni, nonché quando abbia scelto raccomandazioni non appropriate al caso di specie e, in mancanza di raccomandazioni, quando in entrambe le ultime ipotesi citate, l'evento sia dovuto a colpa lieve da imperizia<sup>1540</sup>.

Muovendo dalla diversa formulazione letterale dell'art. 7 cit. rispetto al precedente art. 3 della Legge Balduzzi, una dottrina sostiene che la nuova disposizione rileva non sul piano del *quantum*, bensì sull'*an debeatur* sebbene poi concordi sulla continuità dell'attuale rispetto alla precedente legge<sup>1541</sup>.

Attraverso la disposizione in commento, sembra che il legislatore abbia derogato il principio della integralità del risarcimento il quale non ha copertura costituzionale e ammette deroghe purchè ragionevoli<sup>1542</sup>, nel momento in cui dispone che l'osservanza delle linee guida e, in mancanza, delle buone pratiche clinico – assistenziali, purchè adeguate al caso di specie, permette la liquidazione di un risarcimento non già parametrato alla esatta entità delle conseguenze negative prodottesi nella sfera giuridica del danneggiato – in ossequio alla disciplina codicistica (artt. 1223 e ss. c.c.) –, bensì alla condotta del sanitario.

---

<sup>1540</sup> ZIVIZ, *La liquidazione del danno da responsabilità sanitaria*, cit., 413 sottolinea che l'ipotesi contemplata dal legislatore è quella in cui, nonostante l'osservanza delle linee guida, il sanitario versi comunque in colpa altrimenti non vi sarebbe danno ingiusto risarcibile se vi fosse condotta pienamente *iure*. Nel nuovo regime delineato dalla Legge Gelli, a differenza delle precedente Legge Balduzzi, questa situazione si potrebbe verificare laddove il sanitario abbia mal eseguito le linee guida più appropriate per il caso specifico.

<sup>1541</sup> Secondo FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli – Bianco")*: *profili civilistici*, cit., 787, l'art. 7, comma 3, ultimo periodo della Legge Gelli non rilevarebbe sotto il profilo della quantificazione del risarcimento, bensì soltanto ai fini dell'accertamento della responsabilità (e dunque dell'*an debeatur*). Tale indirizzo muove dalla diversa formulazione letterale dell'art. 7 cit. rispetto al precedente art. 3 della Legge Balduzzi. Nella disposizione da ultimo citata, infatti, il legislatore sanciva chiaramente che "*il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*" e dunque dell'osservanza delle linee guida e buone pratiche.

Nel nuovo testo dell'art. 7 cit., invece, viene meno il riferimento alla congiunzione "anche" che collegerebbe la determinazione del risarcimento alla valutazione della condotta del responsabile.

Senonchè la stessa dottrina in commento, afferma successivamente che l'indicata previsione non produrrebbe alcun effetto utile dal momento che la esclusione della responsabilità in caso di condotta perita discenderebbe già dalla disciplina generale della responsabilità civile; in ossequio al principio di conservazione della legge si dovrebbe sostenere che la disposizione in esame in realtà abbia finito per porsi su una linea di continuità con quanto previsto in precedenza sotto il vigore dell'art. 3 L. Balduzzi al fine di ridurre l'entità del risarcimento per il sanitario che si sia uniformato alle linee guida e buone pratica pertinenti nel caso di specie.

<sup>1542</sup> Corte cost., n. 132/1985 cit.; cfr. altresì Corte cost., n. 420/1991 cit.; Corte cost., 2 novembre 1996, n. 369; Corte cost., n. 148/1999 cit.; Corte cost., n. 199/2005 cit. Il legislatore in virtù dell'art. 3 cost., può introdurre deroghe al principio della riparazione integrale, ma deve realizzare l'equo contemperamento degli interessi in gioco, quanto all'adeguatezza del ristoro, della prevenzione del pericolo di abusi da parte del danneggiante e del razionale perseguimento degli obiettivi fissati (così, Corte cost., n. 420/1991 cit.; più di recente, Corte cost., n. 235/2014 cit.). In dottrina v. diffusamente PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, 2006, 67. V. anche *retro*, Cap. III, parte I, par. 3 e 5.1.

Più precisamente, stando al dato testuale della disposizione in commento, sembrerebbe ammissibile *ex lege* una liquidazione equitativa al ribasso, una sorta di *duty to mitigate*<sup>1543</sup>, premiale per il sanitario osservante gli *standard* di comportamento più appropriati per la fattispecie concreta che in termini astratti, in assenza di limitazioni, potrebbe condurre anche alla totale esclusione delle personalizzazioni oltre il *quantum* risarcitorio tabellare liquidato per il danno alla salute.

Il legislatore, tuttavia, non ha indicato alcun parametro concreto che possa guidare il giudice nell'esercizio di tale potere discrezionale, certamente sfavorevole per il paziente – danneggiato, vittima di errori medici.

Difatti, diversamente dal previgente regime in cui l'esercizio del potere riduttivo era parametrato alla lievità della colpa medica, oggi non vi è più alcun riferimento normativo sul punto<sup>1544</sup>.

Tuttavia alcuni autori ritengono che l'art. 7, comma 3, consenta comunque al giudice di valutare il grado della colpa per la modulazione del risarcimento<sup>1545</sup> e l'indicato indirizzo è confermato dall'orientamento delle Sezioni Unite penali<sup>1546</sup> che, come osservato, nell'individuare l'ambito di operatività della causa di non punibilità del sanitario, fanno nuovamente riferimento alla nozione di colpa lieve o colpa grave da imperizia nella fase esecutiva delle raccomandazioni contenute nelle linee guida più appropriate al caso di specie e, in mancanza, alle buone pratiche cliniche.

Se si ammette che il giudice debba tenere conto della gravità della condotta del danneggiante nel quantificare il risarcimento, così come se ne predica la riduzione proporzionale in caso di condotta conforme alle raccomandazioni più adeguate al caso concreto – seppur lievemente imperita in fase esecutiva delle stesse<sup>1547</sup> – non si comprende perché non dovrebbe ammettersi, per converso, un innalzamento del *quantum debeatur* proporzionale al grado di negligenza (colpa grave o addirittura dolo) del sanitario il quale si sia immotivatamente discostato dalle linee guida o buone pratiche cliniche ovvero non le abbia bene applicate al caso di specie (incorrendo in colpa non lieve); trattasi, in particolare, dell'ipotesi in cui la condotta sia fortemente o

---

<sup>1543</sup> Si badi bene, non riconducibile né all'art. 1227 c.c., né all'art. 2055 c.c. ove rilevano i comportamenti di più soggetti diversi (danneggiante e danneggiato nel primo caso e più persone che concorrono a causare il medesimo evento dannoso, nel secondo) e non di uno solo come nel caso di specie, il sanitario responsabile, appunto.

<sup>1544</sup> ZIVIZ, *op. ult. cit.*, 419-420.

<sup>1545</sup> HAZAN, *op. ult. cit.*, 84.

<sup>1546</sup> Cass., S.U. n. 8770/2018 cit.

<sup>1547</sup> Così come chiarito da Cass., Sez. Un. Pen., n. 8770/2018 cit.

totalmente divergente dai parametri tecnico – scientifici che il professionista medio del settore, alla luce delle peculiarità del caso, avrebbe dovuto osservare<sup>1548</sup>.

In altri termini, la deroga al principio dell'integralità del risarcimento, in difetto di ulteriori specificazioni e limitazioni legali, dovrebbe valere tanto al ribasso quanto al rialzo.

Il tema, di sicuro interesse, involge in termini più generali la configurabilità settoriale di un risarcimento punitivo (o meglio, aggravato dalla condotta del danneggiante).

A porre il dubbio ermeneutico in materia sanitaria è lo stesso legislatore che ancora espressamente la misura del risarcimento alla condotta del danneggiante.

Un risarcimento, dunque, autorizzato *ex lege* ad assumere, in linea teorica, anche coloriture deterrenti e sanzionatorie proprio perché il criterio di imputazione della porzione ultracompensativa – o più propriamente “non compensativa” per il danno non patrimoniale<sup>1549</sup> – del danno risarcibile sarebbe pur sempre costituito dalla singolare trascuratezza (il dolo o la colpa grave) della condotta del sanitario.

Si badi bene, perché non si tratterebbe affatto di richiamare gli eccessi dei *punitive damages* statunitensi o istituti con caratteristiche analoghe, bensì di procedere alla piena, effettiva e proporzionata quantificazione del risarcimento in ragione del tipo di interesse leso (afferente alla sfera non economica della persona umana e non invece a interessi di natura patrimoniale).

Allo stato, però, sembra prevalere un orientamento di segno contrario.

---

<sup>1548</sup> In senso possibilista, TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *giustiziacivile.com*, editoriale del 3.3.2017 cit. il quale discorre di danno “*de punitivo*”, ma afferma che il giudice potrebbe tenere conto della particolare intensità della sofferenza inflitta al danneggiato dalla condotta grave del danneggiante, da valutarsi caso per caso, in relazione alle peculiarità soggettive del caso esaminato. Di meccanismo “*para punitivo*”, tale da aggravare la portata risarcitoria, discorrono HAZAN – ZORZIT, op. cit., 108 ss.; GEMMA, *La Riforma Gelli – Bianco*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 473; MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *NGCC*, 2017, 756; NOCCO, *La responsabilità civile “canalizzata” verso le aziende e i nuovi “filtri” per la proponibilità della domanda risarcitoria*, in LOVO – NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2017, 41; CALVIGIONI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, in AA.VV., *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di DE SANTIS, 2017, 216; DI LELLA, “*Leges artis*” e *responsabilità civile sanitaria*, cit., 271, la quale osserva che l'eccessiva vaghezza del testo legislativo impedisce di cogliere a quali pregiudizi possa applicarsi il potere di riduzione del giudice. Se l'obiettivo è quello di una maggiore personalizzazione del risarcimento alla luce delle peculiarità fattuali del caso concreto, non si dovrebbe escludere che così come il giudice possa ridurre il risarcimento potrebbe aumentarlo nell'ipotesi opposta ed entro limiti ragionevoli perché in ciò autorizzato dalla legge (che deroga il principio di integralità del risarcimento sul punto).

<sup>1549</sup> Si è già detto che ragionare in termini di compensazione per il danno alla persona è fuorviante, perché non esiste un surrogato del bene leso o distrutto, né un mercato rilevante, sicché il problema che si pone per il danno non patrimoniale è quello di comprendere come la funzione solidaristico – satisfattiva del risarcimento debba tradursi in concreto in termini monetari in ragione della lesione di un interesse fondamentale della persona umana. Non pare quindi opportuno discorrere di “ultracompensazione” con riferimento alla entità della obbligazione risarcitoria, quanto piuttosto di misura adeguatamente satisfattiva o meno per il danneggiato in ragione della indicata funzione della responsabilità civile. V. *retro* Par. 5.5, 5.6, 5.7.



Le ragioni ostative, fondate sulla interpretazione restrittiva del terzo comma di cui al citato art. 7 L. n. 24/2017, paiono rannodarsi alla *ratio legis* di contenimento della responsabilità del personale sanitario “strutturato”, nel tentativo di arginare la piaga della cd. medicina difensiva, nel contenimento della spesa pubblica e dei premi assicurativi, nonché nella ipotetica disparità di trattamento che verrebbe a crearsi con i liberi professionisti ai quali non troverebbe applicazione il terzo, bensì soltanto il quarto comma dell’art. 7 cit.<sup>1550</sup> A tanto va solo aggiunto che il legislatore non ha predeterminato i criteri e i limiti massimi della condanna “ultracompensativa” sicché non sussisterebbero i presupposti per garantire una sufficiente tipicità e prevedibilità all’ipotetico risarcimento punitivo<sup>1551</sup>.

Dal tenore letterale del terzo comma del citato art. 7 si ricava che il giudice debba tener conto, in ogni caso, della condotta dell’ esercente la professione sanitaria ai fini della determinazione del danno risarcibile indipendentemente dal fatto che abbia agito quale ausiliario o quale libero professionista.

---

<sup>1550</sup> In realtà, non vi è alcuna disparità di trattamento tra il medico strutturato e il libero professionista. Il richiamo contenuto nel comma 3 dell’art. 7 ai precedenti commi 1 e 2 si riferisce al regime della responsabilità extracontrattuale per il personale strutturato e non ai criteri di determinazione del danno risarcibile; il comma 3 non presenta alcuna autonomia rispetto al 4 ed entrambi disciplinano una situazione diversa: la determinazione dell’obbligazione risarcitoria gravante sul sanitario (sia esso libero professionista o strutturato) conseguente all’accertamento della responsabilità (artt. 1223 e ss. richiamati dall’art. 2056 c.c. con eccezione dell’art. 1225 c.c.).

<sup>1551</sup> Per l’orientamento restrittivo in parola v. ZIVIZ, *op. ult. cit.*, 417 ss.; SACCONI, *Condotta dell’esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2018, 1356; FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Dir. prat. clin.*, 2017, 1, 12; PONZANELLI, “Medical malpractice”: la legge Bianco Gelli. Una premessa, in *Danno resp.*, 2017, 269; HAZAN, CASSANO CICUTO RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 365. Secondo ALPA, *Introduzione*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit. la riforma non è ispirata a una logica sanzionatoria, ma alla protezione e alla prevenzione dei rischi di danni. Cfr. sul punto GELLI – HAZAN, *La riforma “Gelli”, principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 12 ss. Per ulteriori riferimenti in tal senso v. MONATARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma-Bari, 2017, 128 ss. secondo cui sia l’interpretazione letterale delle pertinenti disposizioni sia la *ratio legis*, diretta a contenere la responsabilità sanitaria e il *quantum* dei risarcimenti, deporrebbero in senso contrario alla introduzione di risarcimenti “ultracompensativi” in questo settore. Nello stesso senso GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull’art. 7, co. 3, l. 8-3-2017, n. 24*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1499 ss.

Riportandosi alle medesime considerazioni già svolte con riguardo alla regime previgente della Legge Balduzzi, v. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli – Bianco”): profili civilistici*, cit., 786, nota n. 40.; RODOLFI, *Introdotta il regime del doppio binario per accertare gli errori*, cit., 72; QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell’intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 37 ss. Per ulteriori riferimenti sul problema del principio di legalità, prevedibilità e proporzionalità v. *retro* Cap. III, parte I, par. 10.

E’ stato autorevolmente sostenuto che il problema della medicina difensiva può risolversi escludendo la responsabilità civile del medico ausiliario e facendola gravare interamente sulla struttura ex art. 1228 c.c., salvi soltanto i fatti che costituiscono reato v. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* cit., 161 ss.

La natura premiale della norma contenuta nell'art. 7, comma 3, L. n. 24/2017 fa sì che, ove ritenuta non applicabile<sup>1552</sup>, si debba giungere non già a un innalzamento della posta risarcitoria, ma alla esclusione della norma di favore (potere riduttivo del giudice) e alla conseguente applicazione delle regole generali codicistiche (risarcimento del danno integrale, non riducibile appunto).

Ma così come sussistono notevoli perplessità per la modulazione del risarcimento in aumento (per eccesso), analogo *deficit* di tipicità e prevedibilità può riscontrarsi anche per l'esercizio del potere giudiziale riduttivo (per difetto).

Il rischio, in altri termini, è che la norma premiale per il sanitario possa risolversi in un trattamento irragionevolmente pregiudizievole per il paziente in un ambito, peraltro, ove viene in gioco un bene di primaria importanza qual è appunto la salute umana *ex art. 32 Cost.* atteso che il risarcimento è già stato contenuto dal legislatore attraverso il richiamo alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. previsto nell'art. 7, comma 4, L. n. 24/2017<sup>1553</sup>.

E' stato osservato che la ragione per la quale il paziente dovrebbe subire un doppio limite della posta risarcibile (applicazione delle tabelle in materia di RC auto, diminuzione equitativa o mancata personalizzazione) appare davvero incomprensibile se si considera che il personale sanitario è già ampiamente tutelato da una disciplina di ampio favore vigente in sede di regresso. Difatti, in caso di colpa lieve, il sanitario è già al riparo da qualsiasi responsabilità perché l'azione di regresso o di responsabilità amministrativa può essere proposta solo in caso di dolo o colpa grave e così, il potere riduttivo del risarcimento come concepito dal legislatore per i casi di minore rimproverabilità della condotta dannosa del sanitario, non opera a favore di quest'ultimo che non risponde in regresso, bensì soltanto in danno del paziente<sup>1554</sup>.

Una diversa chiave di lettura, orientata ad evitare un *deficit* di tutela sostanziale per il danneggiato *ex art. 24 Cost.*, potrebbe essere allora quella di ipotizzare che il potere riduttivo del risarcimento vada circoscritto solamente alle azioni di responsabilità

---

<sup>1552</sup> Ci si riferisce alla ipotesi in cui non ricorrano in concreto i presupposti rigorosi delineati, seppure in sede penale, dalla giurisprudenza di legittimità per l'applicazione della norma di favore (fuori cioè dai casi di colpa lieve per imperizia dovuta nella applicazione delle linee guida più appropriate al caso di specie e, in mancanza, delle buone pratiche) per cui *v. supra*.

<sup>1553</sup> DI LELLA, *op. ult. cit.*, 271; MASIERI, *op. ult. cit.*, 761; cfr. anche ZANUZZI, *Responsabilità sanitaria e quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Resp. medica*, 2018, 2, 183 ss.

<sup>1554</sup> Cfr. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento*, cit., 1499 ss. Del resto il bilanciamento tra gli interessi del paziente e quelli del professionista risulta già operato dall'art. 2236 c.c., oltre che dal regime della nuova assicurazione obbligatoria *ex art. 10 L. Gelli* (che permette di indirizzare la domanda verso la Compagnia più solvibile del debitore inadempiente).

promosse direttamente contro il sanitario strutturato, ma non anche per quelle promosse contro la struttura che risponderrebbe sempre integralmente dell'intero pregiudizio<sup>1555</sup>.

Il che sarebbe confermato anche dalla *ratio* differenziata della riforma la quale, per un verso, ha contenuto la responsabilità per il personale strutturato, ma per altro verso, ha traslato il costo del risarcimento sul soggetto maggiormente solvibile (Compagnia assicuratrice e struttura sanitaria).

Per altro orientamento, invece, l'indicata modulazione risarcitoria potrebbe riguardare soltanto il danno morale poiché da sempre si ha riguardo alla gravità della colpa del danneggiante per la relativa quantificazione (cfr. *retro*, Par. 7. ss.).

In sostanza il legislatore avrebbe introdotto un parametro che guida la valutazione equitativa del pregiudizio in esame, contenendo la misura della personalizzazione<sup>1556</sup>.

Il risarcimento del danno non patrimoniale, infatti, per sua natura afferente alla sfera non economica del danneggiato – o dei suoi congiunti –, risulta di difficile quantificazione in base a oggettivi parametri di mercato<sup>1557</sup> sicchè non pare arduo sostenere che l'entità della obbligazione risarcitoria debba fondarsi, in sede di liquidazione equitativa giudiziale, sul grado di gravità della condotta che amplifica le sofferenze interiori e dinamico relazionali sofferte dal danneggiato (e viceversa), purchè adeguatamente allegate e provate in giudizio.

Accedendo a questa chiave di lettura, la legge Gelli- Bianco non farebbe altro che confermare quanto già accade in sede di liquidazione equitativa del risarcimento del danno alla persona, *sub specie* di danno morale, ancorandolo a ulteriori parametri legati alla condotta del responsabile<sup>1558</sup>.

---

<sup>1555</sup> Cfr. SACCONI, *op. ult. cit.*, 1351 ss. e per il regime previgente CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1023 ss. Rimarrebbe però ancora aperto il problema per la responsabilità del sanitario libero professionista per la quale invece troverebbe ancora applicazione il potere riduttivo del giudice; dal che discenderebbe evidentemente che la limitazione del risarcimento per il paziente pregiudica lo stesso e non è controbilanciata da altro soggetto (come nel caso precedente la struttura, appunto) che risponde per l'intero.

<sup>1556</sup> ZIVIZ, *op. ult. cit.*, 421.

<sup>1557</sup> V. *retro* Par. 7 e ss.

<sup>1558</sup> Per la lettura restrittiva, nel senso che l'art. 7, comma 3, *in parte qua* circoscrive il potere di modulazione del risarcimento solo con riferimento al danno morale cfr. ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell' esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1123; NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata" verso le aziende e i nuovi "filtri" per la proponibilità della domanda risarcitoria*, in *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., 2017, 41.

La medesima opinione era stata enunciata, con riferimento all'art. 3 della Legge Balduzzi, da GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. « Decreto Balduzzi »*, in *Corr. giur.*, 2013, 1235 ss.

In senso contrario, in difetto di specifica limitazione legislativa sul punto v. SACCONI, *op. cit.*, 1351 ss.

Nessuna modulazione, accedendo a questo indirizzo, sarebbe dunque ammissibile per il danno patrimoniale, né per i danni non patrimoniali diversi da quello strettamente morale.

## 7. Conclusioni e prospettive *de jure condendo*

Dall'analisi comparatistica emerge una possibile apertura degli ordinamenti di *civil law* verso la funzione deterrente e/o punitiva della responsabilità civile e una marcata limitazione dei *punitive damages* negli ordinamenti di *common law* (in particolare U.S.A.) che sembrano confluire entrambe verso un unico obiettivo: quello dell'applicazione dei *punitive – exemplary damages* a particolari fattispecie in cui vengono in rilievo interessi incidenti sulla sfera dei diritti fondamentali della persona, in misura prevedibile che garantisca uniformità di trattamento<sup>1559</sup>. L'indicato profilo viene concretamente in rilievo nell'ambito delle controversie di carattere internazionalprivatistico che, in un'economia globalizzata, tendono a moltiplicarsi e pongono delicati problemi interpretativi laddove le parti abbiano optato per una soluzione stragiudiziale della lite.

Nell'ordinamento giuridico italiano, esclusa l'importabilità generalizzata dei *punitive exemplary damages* di matrice anglosassone, muovendo dall'esame dei dati positivi interni, si è proceduto a un'opera di differenziazione<sup>1560</sup>. Molte ipotesi tipiche che, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, confermerebbero la frammentazione dell'istituto aquiliano e una apertura verso la deterrenza e/o sanzione dell'illecito civile, non sembrano potersi inquadrare nell'alveo della responsabilità civile configurando piuttosto obbligazioni pecuniarie non risarcitorie, misure di coercizione indiretta o istituti *sui generis* eventualmente riconducibili alla disciplina dell'arricchimento ingiustificato o di altre obbligazioni indennitarie<sup>1561</sup>.

Più precisamente, le misure di coercizione indiretta (o *astreinte*) non hanno natura risarcitoria, bensì compulsoria poiché prevengono il prodursi di un danno (futuro e incerto) inducendo l'obbligato ad adempiere la specifica prestazione consacrata in un preesistente provvedimento giurisdizionale di condanna. Il legislatore configura l'*astreinte* come sanzione civile che aumenta progressivamente per ogni violazione o inosservanza successiva del *dictum* giudiziale sicchè, tramite la deterrenza esercitata *ex ante*, l'obbligato è dissuaso dal protrarre l'inadempimento e quindi ad eseguire spontaneamente la condanna principale<sup>1562</sup>. Se la causa dell'attribuzione patrimoniale in discorso non è risarcitoria, allora può cumularsi l'obbligazione pecuniaria dovuta a titolo di *astreinte* con l'obbligazione risarcitoria relativa agli ulteriori ed eventuali danni da ritardo patiti dall'avente diritto (da domandarsi in separata sede processuale). L'assenza di limiti po-

---

<sup>1559</sup> V. *retro* diffusamente Cap. I.

<sup>1560</sup> Cfr. Cap. I, parte II, par. 1; Cap. III, parte I, par. 5.

<sup>1561</sup> V. *retro* diffusamente Cap. III, parte I.

<sup>1562</sup> Cap. III, parte I, par. 7.

sti dal legislatore all'ammontare massimo della condanna dovuta a titolo di *astreinte* potrebbe determinare l'applicazione di una sanzione civile *ex post* fortemente afflittiva per l'obbligato (molto superiore al danno risarcibile), ma pur sempre dipendente dal perdurare della sua inerzia.

L'indicato profilo di criticità emerge soprattutto se la misura di coercizione indiretta accede alla condanna di obbligazioni infungibili.

Allo stesso modo non è riconducibile all'istituto della responsabilità civile la restituzione degli utili disciplinata dall'art. 125, terzo comma, CPI in quanto autonoma rispetto al risarcimento dei danni previsto dai primi due commi dell'art. 125 CPI come confermato dalla rubrica, dai lavori preparatori e dal dibattito dottrinale che ha preceduto la introduzione della disposizione in esame<sup>1563</sup>.

Si tratta di una obbligazione pecuniaria non risarcitoria con prevalente scopo deterrente-restitutorio in caso di violazione colpevole e restitutorio-indennitario in caso di violazione incolpevole. La distribuzione della nuova ricchezza (e quindi degli *utili*, l'accrescimento patrimoniale conseguito dall'autore della violazione) creata mediante lo sfruttamento non autorizzato dell'altrui diritto di proprietà intellettuale o industriale impone la soluzione di un conflitto di natura attributiva e non aquiliana sicchè, secondo la migliore dottrina, nel primo caso (violazione colpevole) la restituzione degli utili dovrebbe essere integrale, mentre nel secondo (violazione incolpevole) solo parziale (dei soli utili realizzati mediante l'utilizzazione dell'altrui privativa e non della parte di utili conseguita senza applicare la stessa, considerati gli sforzi organizzativi e gli investimenti dell'imprenditore nel processo produttivo).

Diversamente, il risarcimento del danno industrialistico ha natura compensativa e, secondo parte della dottrina, anche deterrente (*ex art. 125, commi 1 e 2, CPI*).

Una componente deterrente del risarcimento può ravvisarsi nell'art. 125, comma 2 CPI con riferimento alla liquidazione del danno da lucro cessante qualora il valore della *royalty* venga determinato, attraverso valorizzazione della condotta illecita del contraffattore, includendo in esso i costi e oneri "risparmiati" dal licenziatario<sup>1564</sup> e nell'art. 158 L. diritto d'autore<sup>1565</sup> come interpretato dalla giurisprudenza che, nell'ambito della liquidazione equitativa di cui al secondo comma dell'art. 2056 c.c., include gli utili ottenuti dall'utilizzatore. In siffatte fattispecie caratterizzate da uno

---

<sup>1563</sup> Cap. III, parte I, 8.2.

<sup>1564</sup> Cap. III, parte I, par. 8.2.

<sup>1565</sup> Cap. III, parte I, par. 8.3.

scopo in parte restitutorio, il risarcimento condivide una funzione deterrente coerente con la logica polifunzionale delle regole della responsabilità civile.

Fuori dalle ipotesi normative sopra considerate si è osservato che non esiste un sicuro principio generale, desumibile dai dati positivi, che imponga all'autore dell'illecito civile lucrativo di riversare i profitti conseguiti al soggetto titolare del diritto leso; esiste piuttosto il principio *suum cuique tribuere*. Nelle controverse ipotesi di arricchimento realizzato mediante fatto ingiusto, in difetto di espressa previsione legislativa, non è possibile configurare in termini generali un risarcimento ultracompensativo, né ricorrere alla disciplina dell'arricchimento ingiustificato per ottenere la restituzione degli utili o alla gestione di affari altrui.

Parte della dottrina, ha proposto, semmai, di cumulare l'azione risarcitoria con quella restitutoria ove l'ingerenza non autorizzata leda l'altrui diritto sotto il profilo del potere di disposizione e generi sia danni (al soggetto leso) che guadagni (per l'autore della violazione) oppure soltanto vantaggi patrimoniali, piuttosto che commistionare il risarcimento con la disciplina dell'arricchimento ingiustificato – il che è certamente possibile, ma richiederebbe un'apposita previsione di legge nell'ordinamento giuridico italiano –; l'uno e l'altro rimedio avrebbero un ambito di competenza diverso sicché non dovrebbe operare la sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c.<sup>1566</sup>.

Esistono, inoltre, molteplici ipotesi tipiche che contemplano obbligazioni pecuniarie ricollegate all'esistenza di un illecito civile o un inadempimento, ma che sul piano strutturale insorgono, in favore del titolare dell'interesse leso, a prescindere dall'esistenza di un danno giuridicamente rilevante da risarcire; prestazioni pecuniarie, dunque, che si cumulano o si sostituiscono in vario modo alla obbligazione risarcitoria e che possono conseguentemente definirsi sanzioni civili punitive e/o deterrenti estranee all'istituto della responsabilità aquiliana<sup>1567</sup>.

Nell'ipotesi in cui dette obbligazioni si cumulino all'obbligazione risarcitoria e siano quantificate in ragione del peculiare disvalore della condotta posta in essere dall'autore della violazione, ci si avvicina, almeno descrittivamente, al modello dei *punitive damages* anglosassoni (i quali, nella configurazione prevalente, hanno funzione sanzionatoria e deterrente e ancillare scopo indennitario).

In materia giuslavoristica presentano particolare interesse le ipotesi di abuso della contrattazione a termine nel pubblico impiego privatizzato che, in ragione dell'osservanza

---

<sup>1566</sup> Cap. III, parte I, par. 8.1.

<sup>1567</sup> Cap. III, parte I, par. 9.

degli obblighi di derivazione sovranazionale, ha condotto la giurisprudenza a configurare il cd. danno comunitario avente venature sanzionatorie<sup>1568</sup>.

Esistono, però, anche altre previsioni normative problematiche tra cui l'art. 18, secondo comma, Statuto dei Lavoratori nella parte in cui, in caso di licenziamenti assistiti dalla tutela reale, il legislatore ha previsto la corresponsione di una misura risarcitoria minima (5 mensilità) dovuta, in ogni caso *ex lege*, a prescindere dal danno concretamente subito<sup>1569</sup>.

In altre ipotesi, è lo stesso legislatore ad autorizzare l'interprete a quantificare l'obbligazione risarcitoria avendo riguardo a profili relativi alla sfera giuridica del danneggiante – oltre che a quella del danneggiato – (cd. risarcimenti punitivi e/o deterrenti in senso stretto).

Lo si è riscontrato in materia di discriminazioni<sup>1570</sup>, nella parte in cui è previsto che il risarcimento debba tener conto del carattere ritorsivo della condotta antiggiuridica, in materia giuslavoristica con riferimento ai licenziamenti illegittimi dai quali discende la *sola* tutela obbligatoria (art. 18, comma 5 St. Lav. e art. 3 *Jobs Act*) ove il risarcimento viene determinato tra un minimo e un massimo fissato dalla legge tenendo conto di parametri riferibili anche al datore di lavoro<sup>1571</sup>.

Si pensi, ancora, all'orientamento prevalentemente seguito in giurisprudenza in ipotesi di illeciti endofamiliari *sub specie* di violazione dei provvedimenti di affidamento dei figli minori di cui all'art. 709 *ter*, nn. 2 e 3, c.p.c.<sup>1572</sup>, interpretato alla luce del particolare contesto sostanziale e processuale (sanzionatorio e deterrente) di riferimento e, in termini più generali, alla liquidazione equitativa del danno non patrimoniale *sub specie* di pregiudizio interiore sofferto dal danneggiato, soprattutto ove si tratti di illeciti civili connotati soggettivamente da dolo o colpa grave<sup>1573</sup>.

Il potenziamento della deterrenza e/o sanzione dell'illecito civile richiede una espressa previsione legislativa<sup>1574</sup> la quale non deve assumere gli stessi connotati del diritto penale e/o amministrativo e deve coordinarsi con le eventuali tutele pubblicistiche concor-

---

<sup>1568</sup> Cap. II, par. 4.3. e Cap. III, parte II, par. 3.

<sup>1569</sup> Cap. III, parte II, par. 3.

<sup>1570</sup> Cap. III, parte II, par. 4.

<sup>1571</sup> Cap. III, parte II, par. 3.

<sup>1572</sup> Cap. III, parte II, par. 2.

<sup>1573</sup> Cap. III, parte II, par. 5 ss.

<sup>1574</sup> Cap. III, parte I, par. 10



renti – onde evitare sovrapposizioni ed eccessi di condanne punitive multiple (si pensi soltanto all’art. 187, *undecies*, secondo comma, TUF<sup>1575</sup>) –.

Anche nel diritto civile occorre garantire prevedibilità e uniformità della decisione giudiziaria di condanna, specie ove assuma venature sanzionatorie e/o deterrenti<sup>1576</sup>.

Quanto al danno extracontrattuale sembra necessario operare una distinzione a seconda che si tratti di danno patrimoniale e non patrimoniale.

Nel primo caso l’implementazione della misura risarcitoria in chiave di prevenzione e deterrenza dell’illecito civile – evidenziata soprattutto con riferimento al problema dell’illecito senza danno o di profitti che superano il danno risarcibile ovvero delle microlesioni diffuse –, in assenza di interventi normativi specifici, rischia di produrre effetti sistematici deleteri come ampiamente emerso nell’esperienza statunitense<sup>1577</sup>.

Il rischio del *multiple punishment* potrebbe essere scongiurato solo nel caso in cui la porzione ultracompensativa del risarcimento – se obiettivamente misurabile – risulti combinata con la previsione di un’azione di classe che permetta di aggregare in un’unica sede processuale tutti i danneggiati<sup>1578</sup>; in quella sede, infatti, il cd. “danno ultracompensativo” verrebbe ad essere distribuito una volta per tutte tra le vittime senza rischio di molteplici condanne successive per il medesimo convenuto.

Una diversa alternativa potrebbe essere costituita dalla previsione legislativa della parziale destinazione della condanna ultracompensativa ad apposito fondo pubblico costituito per tutelare interessi omogenei e comuni alla categoria dei danneggiati - così evitandosi per un verso l’arricchimento ingiustificato di uno o più di essi a scapito della categoria e per altro verso l’incentivo ad agire per tutelare quei diritti lesi nella prospettiva di ottenere “un premio”, un ragionevole guadagno –. Il fondo, a sua volta, avrebbe il compito di distribuire la porzione ultracompensativa – pari ad esempio al profitto illecito conseguito mediante appropriazione delle altrui utilità e quindi nei limiti del principio di causalità – tra i vari danneggiati titolari di posizioni soggettive omogenee. Sotto questo profilo potrebbe essere interessante fare riferimento, con i dovuti correttivi, all’istituto dell’*amende civile* francese e al precedente art. 54 del Progetto Terrè cit.<sup>1579</sup>.

---

<sup>1575</sup> Cap. III, parte II, par. 1.

<sup>1576</sup> Cap. III, parte I, par. 10.

<sup>1577</sup> Cap. I, Parte I, paragrafi 4.2 ss.

<sup>1578</sup> Il legislatore sembra infatti volere potenziare la deterrenza degli illeciti civili che incidano su diritti individuali omogenei a una pluralità di individui (illeciti seriali) ampliando il campo soggettivo e oggettivo di applicazione dell’azione di classe e dell’inibitoria collettiva nella nuova disciplina contenuta negli artt. 840 *bis* - 840 *sexiesdecies* c.p.c. che entrerà in vigore il 14 aprile 2020 e troverà applicazione per gli illeciti civili commessi successivamente.

<sup>1579</sup> Cap. I, parte II, par. 3.

Per quanto riguarda il danno non patrimoniale, al di là di specifiche disposizioni, sembra che nell'opera di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria operata mediante liquidazione equitativa il giudice possa avere riguardo alla intensità dell'elemento psicologico e alla gravità obiettiva della condotta nella misura in cui acquiscano le disutilità emotive patite dal danneggiato – specie nella dimensione interiore del danno alla persona – purchè con congrua e adeguata motivazione (si pensi alle situazioni di elevata conflittualità familiare o alle gravi lesioni della personalità morale del lavoratore)<sup>1580</sup>.

Nelle ipotesi più problematiche ove non è possibile standardizzare in termini monetari le conseguenze negative patite soggetto leso (ad esempio illeciti endofamiliari, discriminazioni, pratiche mobbizzanti e altri diritti fondamentali della persona diversi dalla salute), per garantire uniformità delle decisioni si potrebbe suggerire l'integrazione del sistema tabellare attuale o, in mancanza, il giudice dovrebbe individuare i tratti peculiari del caso e compararli con le ipotesi previste dalle tabelle esistenti onde selezionare i parametri di quantificazione omogenei più appropriati (si pensi a quanto è stato fatto a proposito del danno da mancato riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio e il danno da lesione del rapporto parentale). Naturalmente rimane ferma la necessaria successiva personalizzazione alla luce delle peculiari circostanze del caso concreto.

Anche per la personalizzazione sussiste la stessa esigenza di prevedibilità ossia di giustificabilità *ex post* delle conseguenze della decisione, in modo che essa sia sindacabile dal giudice della impugnazione e possa evincersi la *ratio decidendi* del caso onde assicurarne la natura di eventuale precedente.

Per quanto riguarda il danno contrattuale – seppure non rientrante specificamente all'interno della presente ricerca –, particolarmente avvertita è l'esigenza non tanto di sanzionare l'inadempiente (per il quale profilo si è visto sussistere già adeguate sanzioni civili), bensì di garantire la coazione all'adempimento. In questa prospettiva molto rilevanti appaiono le potenzialità insite nella disciplina negoziale della clausola penale che ben potrebbe assumere, a seconda del concreto regolamento negoziale ed entro i limiti fissati dall'ordinamento, portata sanzionatoria, coercitiva e/o meramente indennitaria<sup>1581</sup>.

---

<sup>1580</sup> Cap. II, par.2 e Cap. III, parte II, paragrafi 5 ss.

<sup>1581</sup> Cap. III, parte I, par. 9.

## Indice bibliografico

- AA.VV., EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Springer, 2005.
- AA.VV., *I danni punitivi*, a cura di CICERO, Cagliari - Napoli, 2019.
- AA.VV., *Il danno contrattuale*, dir. da COSTANZA, Bologna, 2014.
- AA.VV., *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004.
- AA.VV. *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di SIRENA, Milano, 2011.
- AA.VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987, 851 ss.
- AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, vol. I e II, Napoli, 1989.
- AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di GRISI, Napoli, 2019.
- AA.VV., *Punitive damages and private international law: state of art and future developments* a cura di BARIATTI – FUMAGALLI – CRESPI – REGHIZZI, Milano, 2019.
- AA.VV., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, a cura di LOTTE MEURKENS – EMILY NORDIN, Cambridge, 2012.
- AA. VV., *Punitive damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism*, in *European Business Law Review*, vol. 27, 1, 2016, 154.
- AA.VV., *Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile*, in *Rév. int. dr. comp.*, 2017, n. 1, 7 ss.
- ABRAMSON, *We, the Jury System and the Ideal of Democracy*, Harvard University press Cambridge, 1997, 252.
- ACHILLE, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di RECINTO – MEZZASOMA – CHERTI, Napoli, 2014.
- AL MUREDEN- DE PAMPHILIS, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di P. MANZINI, Torino, 2017, 136 ss.
- AL MUREDEN, DE PAMPHILIS, *Valutazione dei danni*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017, 127 ss.
- ALBANESE, *Art. 2041 c.c. e art. 2043: compatibilità di due clausole non sussidiarie?*, in *Resp. civ.*, 2005, 149.
- ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 343 ss.
- ALBANESE, *Voce Illecito (storia)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, 53 ss.
- ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, Torino, 2017, 280.
- ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it., a cura di Candoloro, rist. Milano, 1991, 273.
- ALLEN, *Of Remedy, Juries, and State Regulation of Punitive Damages: The significance of Philip Morris v. Williams*, 63 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 343, 359 (2008).
- ALLIX, *Private Penalty*, in AA.VV. *Report on the french avant-project de réforme de la responsabilité civile*, Leiden/Paris, 2016, 4-5.
- ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 1 ss.
- ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003.
- ALPA, *Introduzione*, in AA.VV. *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017.
- ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999.
- ALPA, *La responsabilità civile*, Torino, 2018.
- ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e imp.*, 2017, 1084 ss.
- ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991.
- ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e imp.*, 2018, 1, 1 ss.
- ALPA-BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I, *Profili dottrinali*, Milano, 1980.
- ALPA-BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, II, *Orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 1977.
- ALPA - BESSONE, *I fatti illeciti e la responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* Dir. da RESCIGNO, XIV, Torino, 1982.
- ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1981.
- ALPA – BESSONE – ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. dir. priv.* Dir. da RESCIGNO, Torino, 1995.
- AMADEI, *Una misura coercitiva generale per la coercizione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 349 ss.
- AMBROSINI, *La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice, anche alla luce della L. n. 219/2012*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 1133 ss.
- AMELUNG, *Damage Awards for Infringement of Privacy-The German Approach*, in 14 *Tul. Eur. & Civ. L. F.*, 1999, 22 ss.

- ANDERON-MACCOUN, *Goal Conflict in Juror Assessments of Compensatory and Punitive Damages*, in *23 Law and Human Behaviour*, 1993, 313 ss.
- ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940.
- ANDREONI, *Il risarcimento del danno da violazione della normativa dell'Unione europea*, in *A. Allamprese* (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Roma, 2015, 67 ss.
- ANDREWS, *Lex Punit Mendacium: punitive damages and Bhasin v Hrynew*, in *Western Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 7, Iss 2, Art. 1.
- ARCIERI, *La responsabilità da deprivazione genitoriale al vaglio della giurisprudenza di merito: due differenti forme di tutela per l'identico diritto costituzionalmente garantito*, in *Fam. dir.*, 2010, 157 ss.
- ARCIERI, *Sub Art. 709 ter c.p.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di SESTA, Milano 2015, 1917 ss.
- ARRIGO, *La liquidazione dei danni per la lesione della salute del paziente*, in ALEO – DE MATTEIS-VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, I, Padova, 2014, 494 ss.
- ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA – BRANCA, Roma-Bologna, 1968, 366 ss.
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza dei beni immateriali*, Milano, 1960.
- ASCHER, *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, in *China European Law Journal*, 2013, 185 ss.
- ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 208.
- ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.*, 2016, 1593 ss.
- ASTONE, *Danni non patrimoniali*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, Milano, 2012, 11 ss.
- AUBRY - RAU, *Cours de droit civil français*, IV ed., Vol. VI, Paris, 1873, 246 ss.
- AULETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 422.
- AULETTA, *La prestazione degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1979.
- AUTERI, *La Direttiva n. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e la sua attuazione in Italia* in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, in *Quaderni AIDA* n. 14, Milano, 2005, 15 ss.
- AZZARITI, *Punitive damages e breach of contract*, in *Il danno contrattuale*, diretto da Maria Costanza, Bologna, 2014, 388.
- BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in BALENA – BOVE (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 421 ss.
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1963 -1964.
- BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948.
- BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006.
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, 1949.
- BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il 'danno morale' (ri)visto con le lenti del penalista*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, Milano, 2018, 826.
- BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 186 ss.
- BARBUTO, *La retroversione degli utili come sanzione per la contraffazione di marchi e brevetti*, in *Impresa c.i.*, 2005, 1327.
- BARBUTO, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 154.
- BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e «private enforcement» nella disciplina antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, (a cura di M. MAUGERI-A. ZOPPINI), Bologna, 2009, 57 ss.
- BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul concetto di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2004, 211 ss.
- BARCELLONA, *L'ottica rimediabile e la morte della legge*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 681 ss.
- BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 401 ss.
- BARCELLONA, *Sul risarcimento in forma specifica*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 615 ss.
- BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.
- BARENDT, *Libel and the Media: The Chilling Effect*, Oxford, 1997, 68.
- BARONE, *“Punitive damages”, multiplo risarcimento sanzionatorio – deterrente o iper – ristoro solo cautelativo?* in *Giur. it.*, 2017, 1358 ss.
- BASILE, *Le «pene private» nelle associazioni*, in BUSNELLI – SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 189 ss.
- BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione in Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2006, 321 ss.

- BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963.
- BEHR, *Punitive damages in American and German law – tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chicago Kent L. Rev.*, 109, (2003).
- BEISNER AND ALL, *One small step for a Contry Court ... One Giant Calamity for the National legal system, civil justice report n. 7*, 2003, *Manhattan Institute, New York*, 2003.
- BELLI G., *L'atto illecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una forma speciale di responsabilità?*, in *La resp. civ.*, 2012, 66.
- BELLINI, *Risarcimento per danno all'integrità del mercato e all'immagine della Consob*, in *Danno e resp.*, 2007, 797.
- BELLINI - PONZANELLI, *I limiti delle class-actions nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano*, in F. GALGANO-G. VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova. 2006, 337 ss.
- BENATTI, *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!*, in *Banca bors. e tit. cred.*, 2017, 575 ss.
- BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.
- BENATTI, *Dall'“astreinte” ai danni punitivi: un passaggio ormai obbligato*, in *Banca bors. e tit. cred.*, 2015, 679 ss.
- BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. e imp.*, 2015, 862 ss.
- BENATTI, *Danni punitivi e “class action” nel diritto nordamericano*, in *An. giur. ec.*, 2008, 231 ss.
- BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale* in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 24 maggio 2017.
- BENATTI, *Il danno punitivo tra forma e sostanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 53 ss.
- BENATTI, *Inadempimento del contratto e danni punitivi*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2013, 846 ss.
- BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 263 ss.
- BENATTI, *La difficile quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Nuovo diritto civile*, 2, 2018, 108 ss.
- BENATTI, *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, 503 ss.
- BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. e imp.*, 4, 2017, 1129 ss.
- BENATTI, *“Zhonguo chenfaxing peichang” danni punitivi in Cina*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1425 ss.
- BENAZZO, *Le ‘pene civili’ nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005.
- BENEDETTI A.M., *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2019, 222 ss.
- BENEDETTI A.M., *Funzione sanzionatoria e compensazione* in CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli-Cagliari, 2019, 23 ss.
- BENEDETTI G., *“Ritorno al diritto” ed ermeneutica dell'effettività*, in *Persona e mercato*, 2, 2017, 11 ss.
- BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, *La dignidad de las victimas de delitos*, in *Aranzadi Civil*, 6, 2010.
- BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da «cartello» in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE* in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, 954 ss.
- BERTI-PECCENINI-ROSSETTI, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2005.
- BERTOLINO, *L' “opt – out” nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 2, 2016, 475.
- BESSON, *Le contrat d'assurance et la morale*, in *Le droit privéfrançais au milieu du XXe siecle. Etudes offertes à G. Ripert*, II, L.G.D.J., Paris, 1950, 181 ss.
- BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile a cura di SCIALOJA-BRANCA*, Roma- Bologna, 1979, 321 ss.
- BIANCA, *La famiglia*, in *Dir. civ.*, vol. 2.1., Milano, 2014, 181.
- BIANCA, *La responsabilità civile*, vol. V, Milano, 2012, 543 ss.
- BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 31 gennaio 2018.
- BIANCA, *Riflessioni sulla pena privata*, in BUSNELLI – SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 407 ss.
- BILLOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2018, 69 ss.
- BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. III, Chicago, 1871.
- BLATT ET ALL, *Punitive Damages: A State by State Guide To Law and Practice*, (2009), 5 ss.
- BLÁZQUEZ, *Punitive damages in Spanish law*, in *Nuovo diritto civile*, 2, 2017, 239 ss.
- BOARI, *Usura (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1138 ss.
- BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVI, 534 ss.
- BOGART – NAKEN, *The Supreme Court and What Are Our Courts For?*, 9 *Can. Bus. L. J.*, 280, 303 (1984).

BONA, "Class Action", "group action" e "azione collettiva risarcitoria": modelli europei, extraeuropei a confronto, in *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 11 ss.

BONA, Come liquidare e personalizzare il danno aggravato dalla condotta, in *Risarcim. danno e resp.*, 15 maggio 2015.

BONA, Le plurime ragioni della distinzione fra danno morale e danno biologico nella prospettiva del danno non patrimoniale unitario, in AA.VV., *Medicina legale e sofferenza fisica e morale dopo le sezioni unite civili del novembre 2008*, Milano, 2010, 42 ss.

BONA, Rimborsi e risarcimenti per l'assenza paterna: tra equità e tabelle, in *Foro it.*, 2015, 2154 ss.

BONA, Studio sul danno non patrimoniale, Milano, 2012.

BONILINI, Il danno non patrimoniale, Milano, 1983.

BONILINI, Pena privata e danno non patrimoniale, in BUSNELLI - SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 301 ss.

BONLINI-BASINI, *I legati*, Napoli, 2003.

BOOT, *Privaatrecht & boete. Over double damages bij privaatrechtelijke handhaving van mededinging'*, 2008, 205.

BORGHETTI, Punitive Damages in France, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law perspectives*, a cura di KOZIOL – WILCOX (a cura di), New York, 2009, 56 – 66.

BORN – SALAS, *The United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors*, in *Journ. Disp. Res.*, 2012, 28.

BOROWSKY, Punitive damages in California, *U.F.F. L. Rev.*, 147, (1983).

BORRÈ, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Milano, 1966.

BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale: manuale teorico pratico*, Milano, 2017, 41 ss.

BOSCATI, La tutela obbligatoria, in CARINCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, III, 2007, 317 ss.

BOVE, La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c., in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 791.

BOZZI, La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1130 ss.

BRECCIA, Le obbligazioni, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 2006, 324 ss.

BRICOLA, La riscoperta delle "pene private", in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 29 ss.

BRICOLA, Sub art. 25, commi 2 e 3 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, 1981, 259.

BRIGUGLIO, Class Action Arbitration, spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini, in *Riv. dell'arb.*, 2, 2015, 219 ss.

BRIGUGLIO, Responsabilità civile ed ipotesi di ammissibilità dell'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi, in *Resp. civ. e prev.* 2017, 5, 1597.

BROGGINI, Compatibilità delle sentenze statunitensi di condanna ai "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 484 ss.

BROMFIELD, Denial of Relief: The enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements, in *Univ. California Davis L. Rev.*, 2009, 315 ss.

BRONSTEEN-FISS, *The Class Action Rule*, in *Notre Dame Law Review*, 2003, 1419 ss.

BRUGI, Ancora del danno morale, in *Riv. dir. comm.*, 1923, 38.

BRUGI, Risarcimento del danno morale, in *Riv. dir. comm.*, 1921, 450 ss.

BRUZZONE, Tipologie di illecito antitrust e selezione delle voci di danno risarcibile, 10 novembre 2017, 40 reperibile in [http://www.astrid-online.it/static/upload/gb\\_1/gb\\_10\\_11\\_17.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/gb_1/gb_10_11_17.pdf).

BRUZZONE – SAJA, Private e public enforcement dopo l'attuazione della direttiva. Più di un aggiustamento a margine? In *Mercato, concorrenza regole*, 1, 2017, 9 ss.

BRUZZONE – SAJA, Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust, in *Concorrenza e mercato*, 2, 2014, 257 ss.

BURROWS, *Remedies for torts and breach of contract*, 3 ed., Oxford, 2004.

BUSI, La colpa medica in ambito civile, in *Le responsabilità in ambito sanitario*, I, Padova, 2014, 368 ss.

BUSNELLI, Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi in *Europa dir. priv.*, 2009, 928 ss.

BUSNELLI, Diritto alla salute e tutela risarcitoria, in BUSNELLI - BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 529.

BUSNELLI, La lesione del credito da parte di terzi, Milano, 1964.

BUSNELLI, La parabola della responsabilità civile, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643 e ss.

BUSNELLI, Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 27 ss.

BUSNELLI, Tanto tuonò che ... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il sistema, in *Corr. giur.* 2015, 1203 ss.

BUSNELLI, Tre «punti esclamativi», un «punto e a capo», in *Giust. civ.*, 1994, 3035.

BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 33 ss.

- BUSNELLI-ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.; responsabilità aggravata e condanna punitiva*, in *Danno e resp.*, 2012, 585 ss.
- BUSNELLI- SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- BUSNELLI – PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013.
- BUZZELLI – BONA, *L'ambito oggettivo della tutela prevista dalla legge: diritto al risarcimento dei danni ed alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori od utenti in Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria risarcitoria*, a cura CONSOLO, BUZZELLI e BONA, Milano, 2008, 62.
- BUZZELLI – CASIRAGHI – CASSIBBA – CONCOLINO – PRESSACO, Art. 6 CEDU, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS e VIGANÒ, Torino, 2016, 134 ss.
- CAFAGGI, *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, *EUI Law Working Paper No. 2006/13*.
- CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 2015.
- CALABRESI, *The costs of accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Heaven, 1970.
- CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniale nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 173 ss.
- CALAMANDREI, *La condanna «generica» ai danni*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 360 ss.
- CALLGAN, *Augmented Awards: The Efficient Evolution of Punitive Damages*, in 51 *Louisiana L. Rev.*, 1990, POSNER, *Economic analysis of law*, 1972, 78 ss.
- CALVELLINI, *Contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: si torna alla Consulta*, in *RGL*, 2017, II, 110 ss.
- CALVIGIONI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, in AA.VV., *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di DE SANTIS, 2017, 216.
- CAMPAGNA, *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, in *Analisi giur. ec.*, 2, 2017, 453 ss.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, IV ed., Torino, 2003.
- CANALE, *Arbitrato e "collegato lavoro"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 566 ss.
- CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 218 ss.
- CANDITO, *I danni punitivi tra ordine pubblico internazionale e natura polisemica della responsabilità civile* in [www.dirittoamministrativo.it](http://www.dirittoamministrativo.it).
- CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997.
- CANNARSA, *The French Perspective on Punitive Damages*, in *European Review of Private Law*, 5, 2018, 672.
- CANNATA – GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, vol. II, *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, 1984, 60 ss.
- CAPPONI, *Ancora sull'astreinte*, in *Riv. es. forzata*, 4, 2017, 574.
- CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 157 ss.
- CAPPONI, *Limiti dell'esecuzione indiretta*, in *Riv. esec. forz.*, 2/2011, 191 ss.
- CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2015.
- CAPPONI – CHIOCCA, *La sanzione pecuniaria per l'infrazione al regolamento di condominio (orientamenti di dottrina e giurisprudenza)* in *Arch. Loc.*, 1992, 731 ss.
- CARBIN, *Punitive damages and the significance of recent trends for insurers*, in *International Insurance Law Review*, 6, (1998), 122.
- CARBONE, *Punitive damages all'italiana*, in *Corriere giur.* 1992, 416 ss.
- CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*, in *Danno e resp.*, 2015, 894 ss.
- CARBONNIER, *Droit civil. Les biens et les obligationis.*, 1959.
- CARLEO, *False endorsement and disgorgement*, in *Contratti*, 2013, 497 ss.
- CARLI C., *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel D. lgs. 3/2017: istruzioni per l'uso*, in B. SASSANI (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il decr. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, Pisa, 2017, 195 ss.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Diritto sostanziale e processo* (ristampa), Milano, 2006, 226.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930.
- CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936.
- CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744 ss.
- CARPAGNANO, *Le regole (proposte) sul passing – on e azione degli acquirenti indiretti*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, 2, 277 e ss.
- CARRASCOSA GONZALEZ, *Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español*, disponibile in [http://www.accursio.com/private/uploads/111\\_UMU\\_\\_\\_Punitive\\_Damages\\_by\\_J\\_Carrascosa.pdf](http://www.accursio.com/private/uploads/111_UMU___Punitive_Damages_by_J_Carrascosa.pdf)

- CARRATTA, *Articolo 709 ter c.p.c.*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1568.
- CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.* in *Famiglia e diritto*, 2011, 809 ss.
- CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2019, 1 ss.
- CARUSI, *Il concorso dei rimedi restitutori con quello risarcitorio (e il problema dell'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 1, 67 ss.
- CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da P.PERLINGIERI, Napoli, 2004, 343 ss.
- CARVAL, *L'amende civile*, in *La Semaine Juridique*, 2016, 42 ss.
- CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, L.G.D.J., Paris, 1995.
- CARVAL, *Le projet de réforme de la responsabilité civile*, JCP G, 2017, 401.
- CASOLARI, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, 2017, 4 ss.
- CASONATO, *Criteri di determinazione del danno da contraffazione*, in *Contr. e imp.*, 2017, 1, 287 ss.
- CASONI, *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obb. e contr.*, 2012, 7, 539.
- CASONI, *Recenti sviluppi sulla class action arbitration negli Stati Uniti*, in *Riv. Arb.*, 2011, 115.
- CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, 136 ss.
- CASTELLI, *La causalità giuridica nel campo degli illeciti anticoncorrenziali*, in *Danno e resp.*, 2013, 1053 ss.
- CASTRONOVO, *Conclusioni. Look what they've done do my Song*, in *I mobili confini del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA - A. PLAIA, 2018, 75 ss.
- CASTRONOVO, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ed effetti patrimoniali*, Milano, 1991, 224.
- CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 315 ss.
- CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 789; 795.
- CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.
- CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 1, 2019, 15 ss.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018.
- CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento in Il dir. Ind.*, 2003, 1, 7 ss.
- CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 539 ss.
- CASTRONOVO, *Spigolature da Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 711.
- CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. III, Milano, 2007.
- CATTALANO-CLOAREC, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contr. imp. eur.*, 2017, 12 ss.
- CAUTADELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014.
- CAVALLINI, *La tutela del lavoratore demansionato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 8-9, 2019, 857 ss.
- CAVANAGH E.D., *Antitrust Remedies Revisited*, in *Oregon Law Review*, 2005, 150 ss.
- CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, Milano 1982, 500 ss.
- CAVINO – TRIPODINA, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012, 289 ss.
- CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1815-1914)*, Milano, 1991.
- CENDON (a cura di) *Trattato dei nuovi danni*, Padova, 2011, 206 ss.
- CENDON, *Duplicazioni no, risarcimento sì*, in *Il danno non patrimoniale- Guida commentata alle decisioni delle ss. uu. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, 129 ss.
- CENDON, *Il danno esistenziale: nell'attuale panorama giurisprudenziale*, Vicalvi, 2014.
- CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976.
- CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*, in BUSNELLI – SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 294 ss.
- CENDON - GAUDINO, *Gli illeciti di dolo*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, Milano, 1988, 419 ss.
- CENDON - GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, Dir. da ALPA-BESSONE, Torino, 1987, 91.



- CENDON - ZIVIZ, *Vincitori e vinti dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1036 ss.
- CERAMI, *L'interpretazione delle sentenze delle corti europee*, in *Scienza giuridica interpretazione e sviluppo del diritto europeo*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2013, 225 ss.
- CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico – comparatistica: Scritti del Congresso Internazionale ARISTEC, Madrid 7-10 ottobre 1993*, Torino, 1995, 113 ss.
- CERINI, *Danno alla persona e componente punitiva del risarcimento: riflessioni a margine del progetto di riforma del Code Civil*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, 685 ss.
- CERINI, *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. civ., sez. III 19 gennaio 2007, n. 1183*, in *Dir. ed economia assicuraz.* 2008, 478.
- CERINI-GORLA, *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011.
- CERRITELLI – PICCININI, *Il licenziamento individuale*, Roma, 1991, 201.
- CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 84 ss.
- CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 76, sub art. 18.
- CHAPMAN - TREBILCOCK *Punitive damages; divergence in search of a rationale*, 40 *Ala. Law Rev.*, 741, 751 (1989)
- CHARDEAUX, 'L'amende civile', *Les Petites Affiches*, 2018 (22), 6 ss.
- CHEMERINSKY, *More Questions About Punitive Damages*, *Trial*, 2007, 72.
- CHEMERINSKY, *Substantive Due Process*, 15 *Tuoro L. Rev.*, 15 (1999).
- CHIABOTTO, *La liquidazione forfetaria del danno da contraffazione*, in *Giur. it.*, 2017, 1873 ss.
- CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980.
- CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 569 e ss.
- CHIARLONI, voce *Misure coercitive [dir. proc. civ.]*, in *Enc. Treccani*, 2013.
- CHIEPPA, *Il potenziamento del private enforcement e la sua complementarietà rispetto all'azione dell'Autorità Antitrust*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 3 marzo 2014.
- CHIEPPA, *L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*, in *Concorenza e Mercato*, 2, 2014, 279 ss.
- CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1023 ss.
- CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale - Guida commentata alle decisioni delle ss. uu. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, a cura di PONZANELLI - BONA, 2009, 148 ss.
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933.
- CHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 85 ss.
- CHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 445 ss.
- CHIRGA, *Sulla «ragionevolezza» dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 498 ss.
- CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, Torino, 1903-1906, I, 81 ss.
- CHIRONI, *Il concetto economico e giuridico di danno risarcibile e in specie «del danno morale»*, in *Studi e questioni di diritto civile*, Torino, 1915, 374 ss.
- CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1903, 321 ss.
- CHIZZINI, *La riforma della giustizia civile: commento alla legge n. 69 del 2009*, Torino, 2009, 155 ss.
- CHRISAM, *Risarcimento del danno da lesione della proprietà intellettuale e industriale* in *Ridare.it*, 3 febbraio 2015.
- CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito*, Padova, 1966.
- CIATTI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. imp. eur.*, 2017, 9 ss.
- CICERO, *I danni punitivi*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, XI, Torino, 2018, 93 ss.
- CICERO, voce *Pena privata*, in *Digesto*, agg., Torino, 2013.
- CITARELLA, *La penale esigua e l'equità del contratto*, Napoli, 2016.
- CLAYTON, TOMLINSON, *Police Actions: a practical guide*, Chichester, 1997, 43 ss.
- COFFEE, *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 *Col. L. Rev.* 669, 714, 1986.
- COFFEE JR., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 *U. Chi. L. Rev.* (1987), 877 ss.
- COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem; Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 *Minn. L. Rev.*, (2003), 583 ss., 658 – 662.
- COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive*

*Damages*, 118 *Yale L. J.* 392, (2008), 392 ss., 455.

COLEMAN, KRAUS, *Rethinking the Theory of Legal Rights*, 95 *Yale L. J.*, 1335, 1338-1339, (1986);

COLGAN, *The Excessive Fines Clause.: Challenging The Modern Debtor's Prison*, 65 *UCLA L. Rev.* 2, (2018) 11 ss.

COLLURA, *Aspetti civilistici della nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari e postali (d. legis. 31.12.1999, n. 597)*, in *NGCC*, 2003, 492.

COMANDÈ, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. Imp.*, 1994, 912.

COMPORITI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile; Coviello, La responsabilità senza colpa*, in *Riv. it scienze giur.*, 1897, 3 e ss.

COMPORITI – SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 5 ss.

CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA? Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 609 ss.

CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto il, di norma presente, due process of law)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1054.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017.

CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 350 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 742.

CONSOLO – GODIO, *Commento sub art. 614-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da CONSOLO, Milano, 2019.

CONSOLO – GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corr. giur.*, 3, 2018, 370 ss.

CONSOLO – GODIO, *Sub art. 614 bis*, in CONSOLO (diretto da), *C.p.c. Commentato*, II, Milano, 2013, 2554.

CONSOLO – RIZZARDO, *Class actions "fuori dagli USA": qualcosa si muove anche nelle nostre (ex) frontiere settentrionali almeno quanto al "case management"*, in *Int'l Lis*, 2006, 1, 37 ss.

CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons., lineamenti processuali*, Padova, 2012, 21.

COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 79 (1982).

COOTER - ULEN, *Law and economics*, 5th ed., Boston, 2008.

CORRENTI, *Il danno antitrust tra private e public enforcement; le prospettive dopo il recepimento della Direttiva 2014/104/UE: luci e ombre*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 30 marzo 2017.

CORVI, *Punitive damages*, in *Contratto impr.*, 2014, 859.

COVIELLO L., *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 313 ss.

COVIELLO JR., *Clausola penale e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1933, I, 1627.

CRASWELL, *Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and Its Alternatives*, in 97 *Mic. Law Rev.*, 1999, 2185.

CRESPI RIGHEZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna ai punitive damages*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2002, 984 ss.

CRICENTI, *I principi della responsabilità civile*, Bari, 2018.

CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 2006.

CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese; le fonti*, Milano, 2004, 139 ss.

CUNEGATTI, *Prime osservazioni alla Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 "sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale": come dovrà cambiare il diritto d'autore in ambito nazionale*, in *Dir. aut.*, 2006, II, 169 ss.

D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005.

D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e "diritto privato europeo": le scelte dei principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 580.

D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002.

D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 383 ss.

D'ALESSANDRO, *Sentenze straniere – la responsabilità ex art. 96, 3° comma, c.p.c. al vaglio della Corte Suprema tedesca*, in *Giur. it.*, 2017, 11, 2394 ss.

D'AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, 967.

D'AMICO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, in SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011, 394 ss.

D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2, 2019, 33 ss.

D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto*

privato (in particolare nei rapporti contrattuali) in *Giust. civ.*, 3, 2016, 443 ss.

D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008, 1204 ss.

D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, 894.

DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto, perché?* in *NGCC*, II, 2011, 55 ss.

DANOVI, *Compenso professionale e patto di quota lite*, Milano, 2009, 106 e ss.

DANOVI, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 303.

DANOVI, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1017.

DANOVI, *I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi della famiglia: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia* a cura di BONILINI – CATTANEO, Torino, 2007, 1084.

DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. CICU-MESSINEO-MENGGONI, *La crisi della famiglia*, Milano, 2015, 633 ss.

DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 613.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Daños punitivos*, Navarra, 2012.

DE ANGEL YÁGÜEZ, *Dañ os Punitivos*, Editorial Thomson Reuters, Madrid, 2012, 77.

DE COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, Granada, 2005, 81 ss.

DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private anti-trust enforcement*, in *NLCC*, 2, 2018, 523 ss.

DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 137 ss.

DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1980, 5 ss.

DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico - Law dictionary*, Milano, 1984, 610.

DE GIUDICI, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno: questioni ancora aperte e tecniche di tutela* in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 12 luglio 2019.

DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998.

DE MARZO, *L'affidamento condiviso, I profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, 95.

DE MARZO, *Separazione giudiziale*, in *Il diritto di famiglia* a cura di BONILINI – CATTANEO, Torino, 2007, 513.

DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, 2014, 163 ss.

DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie: studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2018.

DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, 1644 ss.

DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *Jus civile*, 6, 2017, 614.

DE MENECH, *Verso la decisione delle Sezioni Unite sulla questione dei danni punitivi: ostacoli apparenti e reali criticità*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, 1000.

DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, numero speciale, *Le azioni di restituzione da contratto*, 1 e ss.

DE NOVA, *La caparra confirmatoria*, in *Il contratto*, in *Trattato SACCO*, Torino, 2004, 172.

DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di RESCIGNO, Torino, 2002, 408.

DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, 409.

DE SALVO, *Il risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c. come pena privata*, in *Fam. dir.*, 2012, 618.

DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 238.

DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, 137 ss.

DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013.

DE SANTIS, *Osservazioni sulla configurabilità dell'abuso della sanzione processuale*, in *Foro. it.*, I, 2019, 569 ss.

DE STEFANO, *Danno morale*, in *Ridare.it* 14 aprile 2014.

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 *Riv. es. for.*, 2009, 529.

DE VESCOVI, *La disciplina sanzionatoria degli assegni bancari. Commento alla legge 15.12.1990, n. 386*, Torino, 1993, 29.

DEGNI, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, 3 ss.

DEL OLMO, *Punitive Damages in Spain*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, a cura di LOTTE MEURKENS – EMILY NORDIN, Cambridge, 2012, 3 – 50.

- DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e imp.*, 4, 2017, 1171 ss.
- DEMAINE – HENSLER, “Volunteering” to Arbitrate Through Predispute Arbitration Clauses: The Average Consumer’s Experience, in 67 *Duke J.L. Contemp. Probs.*, 2004, 55 ss.
- DENG AND ZANJANI, *What Drives Tort Reform Legislation? An Analysis of State Decisions to Restrict Liability Torts*, in *The Journal of Risk and Insurance*, 2016, 1539 ss.
- DENOZZA, TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel Libro Bianco sul risarcimento del danno anti-trust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l’azione pubblica*, in F. ROSSI Dal POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 101.
- DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, 65 ss.
- DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, Torino, 2018.
- DI LELLA, “Leges artis” e responsabilità civile sanitaria, in *NGCC*, 2, 2018, 271.
- DI MAJO, «Tutela risarcitoria, restitutoria, ripristinatoria», in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 11 ss.
- DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 289 ss.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.
- DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996.
- DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9, 2017, 1792 ss.
- DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.
- DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 5, 2015, 703 ss.
- DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 8 – 9, 2016, 1856 ss.
- DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 100.
- DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Napoli, 2010, 228 ss.
- DI MARZIO, *Danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Il risarcimento del danno non patrimoniale, I, Parte generale*, a cura di CENDON, 2009, 548 ss.
- DI MARZIO, *I danni punitivi, l’elemento psicologico e le impugnazioni*, in *Persona e danno*, rivista online, mese di luglio 2015.
- DI MARZIO, sub *Art. 96*, in CENDON (a cura di) *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, 542.
- DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, in *Resp. civ.*, 2009, 442 ss.
- DIAMOND, *Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard of Risks to Others*, 18 *J. L. Econ. & Org.*, 2002.
- DICKSON, *Unjust Enrichment Claims: A comparative overview*, in *C.L.J.*, 1995, 25, 100, 119.
- DÍEZ – PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, 2000, 46 ss.
- DÍEZ – PICAZO, *El escándalo de daños moral*, Madrid, 2008, 99 ss.
- DITTRICH, *Profili applicativi del patto di quota lite*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1141.
- DIURNI, voce *Pena (diritto intermedio: a) pena privata* in *Enc. diritto*, XXXII, Milano, 1960.
- DOBBS, *Law of remedies*, vol. I, Saint Paul, 1993, 469 ss.
- DONZELLI, *I provvedimenti nell’interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018.
- DONZELLI, *Sanzioni civili pecuniarie civili e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2, 2019, 373 ss.
- DRAGOTTI, *L’attuazione della direttiva enforcement*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, III, 21 ss.
- DREYER, *L’amende civile concurrente de l’amende penale?*, in *JCP E* 2017, n. 25, 1344 ss.
- DREYER, *La sanction de la faute lucrative par l’amende civile*, in *Dalloz*, 2017, 1136 ss.
- DU RUSQUEC, *Astreintes*, in *Juris Classeur de Procedure Civile*, 1993.
- DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 91 ss.
- EATON, *The American Law of Defamation through Gertz v. Robert Welch Inc. and beyond: An Analytical Primer*, 61, *Va. L. Rev.*, 1349, (1975).
- EDELMAN, *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford, 2002.
- EDELMAN, *The meaning of “damages”: common law and equity*, in *The Law of Obligations: Connections and Boundaries*, London, 2004.
- EINBERG – MILLER, *Attorney fees in class action settlements: an empirical study*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 1, 2004, 27 ss.
- EISENBERG, THEODORE; HEISE, MICHAEL; WATERS, NICOLE L.; WELLS, MARTIN T., *The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study* (2010). *Cornell Law Faculty Publications*. 185 in *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, no. 2 (fall. 2010).
- ELHAUGE, *How Italian Colors Guts Private Antitrust Enforcement by Replacing it with Ineffective Forms of Arbitration*, 38, *Fordham Int’l Law Journal*, 2015, 771.
- ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 1 (1983).

EZRACHI, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 4 ed. (Hart Publishing, 2014), 545 ss.

- FABBIO, *Private Actions for Damages*, (2013), 9(3) *Euro. C.J.*, 573.
- FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 421 ss.
- FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009.
- FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., illecito endofamiliare e i danni punitivi*, in *Fam. dir.*, 2008, 1032 ss.
- FACCI, *La responsabilità civile nei rapporti coniugali*, in *Giustiziacivile.com*, 20 dicembre 2018.
- FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli – Bianco")*: profili civilistici, in *Studium iuris*, 7-8, 2017, 787 ss.
- FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 108 ss.
- FALCE, *Il privilegio legale nella Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement e possibili aperture in sede di recepimento*, in *Il dir. ind.*, 6, 2016, 505 ss.
- FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 261 ss.
- FANTETTI, *La nuova class action*, in *Resp. civ.*, 12, 2009, 997 ss.
- FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, in *Fam. dir.*, 2009, 617 ss.
- FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012.
- FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. e imp.*, 2004, 186 ss.
- FAVA, *La responsabilità civile, Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema di responsabilità civile verso la european civil law*, Milano, 2018.
- FAVA, *La responsabilità civile*, Milano, 2009.
- FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, 117.
- FEDELE, *Sub Art. 23 Cost*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, 1978, 100 ss.
- FELDTHUSEN, *Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes*, 749-750, in *N.Z. L. Rev.*, 1998, 741.
- FELDTHUSEN – BRUCE – GREEN – GOLDBERG – SHARKEY, *Product liability in North America*, (Jan. 2, 2017). *Product Liability: Fundamental Questions in a Comparative Perspective*, (Eds) Helmut Koziol, Michael D. Green, Mark Lunney, Ken Oliphant, Lixin Yang, Waler de Gruyter GmbH&Co KG, 2017, in *Harvard Public Law Working Paper n. 18 – 01*, 345 ss.
- FELIU REY, *La silenziosa "civilización" dei danni punitivi in Spagna*, in *Contr. imp. eur.*, 1, 2017, 28 ss.
- FENGHI, *Sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 125.
- FERNÀNEZ – GREGORACI, *Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de punitive damages*, in *Anuario de Derecho Civil*, 2008, 113 ss.
- FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Roma – Bari, 2008, 33 ss.
- FERRARA, *Il modernismo nel diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, 74B.
- FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile*, Milano 1992.
- FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 276 ss.
- FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano, 2007, 158 ss.
- FIEBIG, *The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments*, in *22 Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1992, 635 ss.
- FIGONE, *In tema di risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2008, 801.
- FIKFAK, *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, vol. 29, n. 24, 2018, 1091 – 1125.
- FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Comm. del cod. civ.* SCIALOJA – BRANCA, Bologna - Roma, 1993, 216.
- FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato: misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscatio*, Milano, 2018.
- FINOCCHIARO, *Sub Art. 709 ter*, in COMOGGIO – VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2010, 3016 ss.
- FIORAMONTI, *La clausola penale*, in CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Torino, 2017, 820.
- FIORILLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, 2015, 164 ss.
- FLAMINI, *Danno biologico e danno non patrimoniale: percorsi e ricorsi*, in *Il danno alla persona. Saggi di diritto civile*, Napoli, 2009, 65 ss.
- FLEMING, *The Law of Torts*, Sydney, 1975.
- FLORIDIA, *Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto antitrust*, in *Il diritto industriale*, 4, 2011, 313 ss.
- FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, 1, 10 ss.

- FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 151 ss.
- FONDERICO G. - M. TODINO - E. CAMILLERI - C. OSTI - M. GRANIERI - G. DE CRISTOFARO - J. DREXL - B. GILIBERTI - M. TRIMARCHI - E. AREZZO - A. GIUSSANI, in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, in AIDA, 2015, 1 – 1257.
- FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983.
- FORNACIARI, *I limiti dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, in *Riv. es. forz.*, 2000, 397.
- FRANCESCHETTI, *Obbligazioni e responsabilità civile*, Napoli, 1996.
- FRANZONI, *Civile e ... Penale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1831 ss.;
- FRANZONI, *Colpa lieve e linee guida*, in *Danno e resp.*, 2016, 801 ss.
- FRANZONI, *Danno evento, ultimo atto?*, in *NGCC*, 9, 2018, 1337 ss.
- FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 295 ss.
- FRANZONI, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, in *Commentario al Codice civile* a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna - Roma, 1993.
- FRANZONI, *Il danno morale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2006, 1382.
- FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 1038 ss.
- FRANZONI, *La caparra*, in *Dir. civ.*, III, *Il contratto in generale*, Dir. LIPARI-RESCIGNO, Milano, 2009, 692.
- FRANZONI, *La lite temeraria e il danno punitivo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1063 ss.
- FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Dir. prat. clin.* 2017, 1, 12.
- FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1119.
- FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile* in *Riv. trim. dir. e proc. civ. fasc.* 2, 2018, 653.
- FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, vol. I e II.
- FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2006, 208.
- FRATA, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2006, 1, 13 ss.
- FRATINI, *Sub. Art. 187 undecies TUF*, in *Il Testo Unico della Finanza*, Torino, 2012.
- FREEDMAN, *On the Law of Insurance*, 4a ed., *Lawyers Cooperative Publishing*, New York, 1990, 47 ss.
- FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, 35 ss.
- FREZZA e PARISI, *Responsabilità civile e analisi economica*, Milano, 2006.
- FRIGNANI – VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 2009, 5 ss.
- FULLER & PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in 46 *The Yale L. J.* 52, (1936), 71 ss.
- GABBA, *Contro la dottrina della risarcibilità del danno morale*, in *Foro it.*, 1896, I, c. 685 ss.
- GABBA, *Nota a Cass. Palermo 23.02.1895*, in *Foro it.*, 1896, 685.
- GABBA, *Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei danni cosiddetti morali*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, 1912, 240 ss.
- GABBA, *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, Torino, 1911, 210 ss.
- GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 5, 989 ss.
- GALANTER & LUBAN, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, 42 *Am. U. L. Rev.* 1393 (1993), 1395.
- GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, IV, Torino, 2010.
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2004.
- GALGANO, *I fatti illeciti*, in *Trattato di Dir. civile*, Vol. 3, Padova, 2014.
- GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 ss.
- GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e imp.*, 1985, 9 ss.
- GALGANO, *Negoziio giuridico (dottr. gen.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1977, 937 ss.
- GALGANO, *Sub artt. 1383-1384 c.c.*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, Bologna - Roma, 1993, 165 ss.
- GALLI – GAMBINO, *Codice della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011, 1101 ss.
- GALLI, *La protezione contro il parassitismo nel “nuovo” Codice della Proprietà Industriale*, in AA.VV., *Il progetto di novella del cpi. le biotecnologie*, Milano, 2007, 128 ss.
- GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, II, 109 ss.
- GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990.
- GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da SACCO, Torino, 1997.
- GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- GALLO, *Sub Art. 2042 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, dir. da GABRIELLI, Torino, 2015, 356 ss.
- GAMBARO - SACCO, *Sistemi giuridici comparati* in *Trattato di Diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 2008, 33 ss.

GAMBARO-MONTANERI-SACCO, *Comparazione giuridica in Dig. IV ed., Disc. Priv. Sez. Civ., III*, Torino, 1988.

GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro. It.*, 2009, V, 324 ss.

GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2016, 1286 ss.

GARACI, *La reversione degli utili fra tecniche risarcitorie e restitutorie*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2017, 313 ss.

GARACI, *Note in tema di reversione degli utili e di arricchimento senza causa nella disciplina della proprietà intellettuale e industriale*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 4, 2016.

GASH, *Understanding and solving the multiple punishments problem*, in *The power of punitive damages is Europe missing out?*, a cura di MEURKENS e NORDIN, Cambridge, 2012, 65 e ss.

GAVAZZI, *Sanzione I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, XXXVIII, Milano, 1991.

GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *ADL*, 2003, 397 ss.

GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1292 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.

GEITSFELD, *Placing a price on Pain and Suffering: a Method for Helping Juries Determine Tort Damages fro Nonmonetary Injuries*, in *Calif. Law Rev.*, 1995, 774 ss.

GELLI – HAZAN, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 12 ss.

GEMMA, *La Riforma Gelli – Bianco*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, 473 ss.

GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo codice penale*, in *Resp. civ. prev.*, 1931, 219.

GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, 186.

GHIRARDI, *Should Punitive Damages be Abolished! A Statement for the Affirmative*, 1965 *A.B.A. Sec. Ins. Negl. & Compensation L. Proc.* 282.

GIANNONE, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela: Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017.

GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*, in *Giur. it.*, 10, 2018, 2292 ss.

GILLES & FRIEDMAN, *Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, 155 *U. Pa. L. Rev.* 103, 105, 2006.

GILLES, *Opting Out Of Liability: The Forthcoming, Near – Total Demise Of The Modern Class Action*, in *Mich. L. Rev.*, 104, 2005, 375.

GILOTTA, *Manipolazione del mercato: considerazioni sulla dinamica del fatto e danni civili da reato*, in *Giur. comm.*, 2007, 1291 ss.

GIORGETTI, VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo. Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe ed Azioni di Gruppo*, Milano, 2008, 146 ss.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, ed. Firenze, V, 1886.

GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 146 ss.

GIOVAGNOLI, *I Punitive Damages nell'esperienza statunitense: l'applicazione estensiva dell'istituto alle ipotesi di breach of contracts e product's liability*, in *Magistra – Banca e Finanza* 2002, reperibile online su [www.magistra.it](http://www.magistra.it).

GIRARDI, *Sul concetto di danno morale*, in *Foro it.*, 1956, IV, 148 ss.

GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008.

GIUSSANI, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso in serie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 4, 1279 ss.

GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.

GIUSSANI, *Un libro sulla storia della "class action"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 171 ss.

GIUSSIANI, *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2006, 526.

GIUSSIANI, *Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 2, 315.

GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova 1996.

GIUSSANI, voce *"Azione di classe"*, in *Enc. del dir.*, *Annali VII*, 2014, 74 ss.

GLOVER, *Mass litigation Governance in the Post – Class Action Era: The Problems and Promise of Non – Renewable State Actions in Multi – District Litigation*, 5 *J. Tort L.*, 1, 7 (2014).

GNANI, *La responsabilità solidale*, in *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 2005.

GOFF-JONES, *The Law of Restitution*, London, 2002.

GORASSINI, *Art. 23 cost. e responsabilità civile*, in COMPORTI – SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 259 ss.

GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2016, 173 ss.

- GORGONI, *Sub. Art. 1385 – Caparra confirmatoria*, in *Commentario del codice civile*, dir. GABRIELLI, Torino, 2015, 1014.
- GORI, *Risarcimento danni e diritti socioeconomici: la tutela avanti alla CEDU*, Milano, 2016, 53 ss.
- GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, 240 ss.
- GÖTHEL, *Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert: zugleich ein Beitrag gegen eine Straffunktion des Schmerzensgeldes*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2005, 36 ss.
- GRANELLI, *In tema di “danni punitivi”*, Studi in onore del Prof. Giovanni IUDICA, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1761 ss.
- GRASS, *The Penal Dimensions of Punitive Damages*, 12 *Hastings Const. L. Q.* 241 (1985).
- GRASSETTI, *In tema di risarcibilità del danno non patrimoniale*, in PACCHIONI, *Corso di diritto civile – Delle leggi in generale*, Torino, 1933, 293 ss.
- GRAZIANI, *La généralisation de l’amende civile: entre préjugés et confusions – Commentaire de l’article 1266 – 1 du projet de réforme de la responsabilité civile*, *Recueil Dalloz*, 2018, 428 ss.
- GRAZIOSI, *L’esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in GRAZIOSI (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 229 ss.
- GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. Pers.*, 2006, 1884.
- GRAZZINI, *Responsabilità dell’ esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. « Decreto Balduzzi »*, in *Corr. giur.*, 2013, 1235 ss.
- GREENLEAF, *A Treatise on the Law of Evidence*, Boston, 1883.
- GRIFFITH, *Why Don’t Punitive Damages Punish Or Deter? Beyond The Constitution Toward An Economic Solution*, in 77 *Montana Law Rev.*, 2016, 327 ss.
- GRIMSLEY, *Defamation of Public Figures: is New York Times outdated?*, 10 *Fla. J. Int’l L.* 293 (1995).
- GRISI, (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent’anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019.
- GRISI, *Il principio dell’ integrale riparazione del danno*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, 172 ss.
- GRONDONA, *L’auspicabile via libera ai danni punitivi, il dubbio limite dell’ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *dirittocivilecontemporaneo*, III, 2016, 20.
- GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017.
- GROSSFELD, *Die Privatstrafe : ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Francoforte, 1961, 120 ss.
- GUARDA, *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento, 2006, 8 ss.
- GUARDA, *La diffamazione a mezzo stampa in common law: profili civilistici in Diritto di cronaca e tutela dell’onore. La riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa a cura di MELCHIONDA e PASCUZZI*, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 18 marzo 2005, 335 – 362.
- GUERNELLI, *La retroversione degli utili fra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 213.
- GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull’art. 7, co. 3, l. 8-3-2017, n. 24*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1499 ss.
- GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la reversione degli utili*, in AIDA, 2000, 174 ss.
- GUIZZI, *La Cassazione e l’usura... per fatto del debitore (“Aberrazioni” giurisprudenziali in tema di interessi di mora e usura)*, in *Corr. giur.*, 2, 2019, 153 ss.
- GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil*, Madrid, 1972, 477 ss.
- HANS –MICKLITZ, *Azioni di Gruppo per il risarcimento del danno*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2008, 497.
- HARDER, *Measuring the Law of Obligations, The Search for Harmonised Principles*, Oxford, 2010.
- HARRIS, CAMPBELL, NELSON, *Remedies in contract and tort*, Cambridge, 2002, 587.
- HARRIS, *Remedies in contract and tort*, London, 1988.
- HAYS, *The Quasi Class Action Model for Limiting Attorney’s Fees in Multidistrict Litigation*, 67 *N.Y.U. Ann., Surv., Am., L.* 589, 602 (2012).
- HAZAN – CASSANO CICUTO – RODOLFI, *IL risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, 313 ss.
- HENSLER, *Goldilocks and the Class Action*, 126 *Harv. L. Rev. F.* 56, 56 (2012).
- HERMANN, *To MDL or Not To MDL? A Defense Perspective*, 24 *Litig.* 43, 44, (1998).
- HERR – NAROTZKY, *The Judicial Panel’s Role in Managing Mass Litigation*, in *A.L.I. – A.B.A. Course of Study: Mass Litigation*, 249, (2008), 289 ss.



- HERSCH – VISCUSI, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, 33 *J. Of. Leg. Studies* 1, 2, 3 (2004).
- HIGGINBOTHAM, *Buyer Beware: Why The Class Arbitration Waiver Clause Presents a Gloomy Future for Consumers*, in 58 *Duke L. J.*, 2008, 103 ss.
- HOLDSWORTH - SEARLE, *A History of English Law*, I, London, 1922, 398.
- HOLMES, *The Common Law*, Cambridge, 1963 (rist.), 67 ss.
- HOLMES, *The Common Law*, New York, 1991, 3 ss.
- HOLMES, *The path of the law*, in *Harvard L. Rev.*, 1987, 10, 457.
- HUBBARD, *Substantive Due Process Limits on Punitive Damages Awards: "Morals Without Technique?"*, 60 *FLA. L. REV.*, 349 – 383 (2008).
- IAMICELI, *Sub Art. 1382*, in *Commentario del codice civile*, Dir. da GABRIELLI, Torino, 2015, 961 ss.
- INGRAM, *Punitive Damages Should Be Abolished*, 17 *Cap. U. L. Rev.* 205 (1988).
- INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1929, 654.
- INZITARI, voce *Interessi*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1993, 580.
- IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e imp.*, 1987, 541 ss.
- IRTI, *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, 273.
- IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 20 ss.
- IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica* in *Riv. dir. proc.*, 4, 2016, 924.
- IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009.
- IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- ISSACHAROFF, *Assembling Class Actions*, in *Washington University L. Rev.*, Vol. 90, 2013, 699 ss.
- IZZO (a cura di) *Dialoghi sul danno alla persona*, Trento, 2006.
- IZZO, *E' nato prima il danno o la sicurezza sociale? (saggio in tre atti)*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 1, 2014, 0040B ss.
- IZZO, *La giustizia del beneficio*, Trento, 2018.
- JANICKE M., *The judicial Panel on Multidistrict Litigation: Now a Strengthened Traffic Cop for Patent Venue*, 32 *Review of Litigation* 497 (2013).
- JANKE – LICARI, *Enforcing Punitive Damage Award in France after Fountaine Pajot*, in *American J. Comp. Law*, 2012, 776 ss.
- JANNSEN, *The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards in Germany and Italy: Forever Divided?*, in *Contr. imp. eur.*, 2017, 48 ss.
- JEFFRIES JR., *A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages*, 72 *Va. L. Rev.* 139, 139 (1986).
- JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, 40.
- JHERING, *De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, Paris, 1893, 156.
- JHONSON, *Employment And Consumer Arbitration Agreements: Does It Limit Your Ability To Bring or Participate In A Class Action?*, in 52 *S. Texas L. Rev.*, 2010, 273 ss.
- JONES, *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, in *McGill Law Journal*, 1973, 121 ss.
- JONES A. - SUFRIN B., *EU Competition Law: Text, Cases & Materials*, Oxford, 2014.
- KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. A cura di LOSANO, Torino, 1990.
- KENNELLY, *Punitive Damages and Insurance Coverage Questions – Another view -*, in *Air Law*, Volume II, n. 1, 1982 17 ss.
- KLASS, *Punitive Damages After Exxon Shipping Company v. Baker: The Quest for Predictability and the Role of Juries*, 7 *U St. Thomas L. J.* 182 (2009);
- KLEMENT, *Who guards the guardians? A new approach for monitoring class action lawyers*, in *Review of litigation*, 2002, 21 ss.
- KLONOFF – BILICH – MALVEAUX, *Class Actions and Other Multi – party Litigation: Cases And Materials*, 3rd Edition, St. Paul, 2012.
- KOZIOL – WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, 2009.
- KOZIOL, *Punitive Damages – A European Perspective*, 68 *La L. Rev.* 741, (2008), 751.
- KOZIOL, *Some Reflections on Punitive Damages*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2, 2012, 337 ss.
- LA MALFA RIBOLLA, *La tutela risarcitoria per assenza del genitore, tra conferme della responsabilità civile endofamiliare e dubbi sulla coerenza del sistema*, in *Studium iuris*, 2014, 887 ss.
- LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?* in *Fam. dir.*, 2008, 72.

LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2017, 423.

LACOVARA, *Class Action Arbitration – The Challenge for the Business Community*, in 24 *Arb. Int'l*, 2008, 541 ss.

LAFFRANQUE, *Can't Get Just Satisfaction*, in A. SEIBERT-FOHR - M. VILLIGER (a cura di), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, 2014, 88 ss.

LAHAV, *The Future of Class Actions*, 44 *Loy. U. Chi. L.J.* 545, 2012.

LAMPLEY, *Is Arbitration Under Attack? Exploring The Recent Kudicial Skepticism of the Class Arbitration Waiver and Innovative Solutions to the Unsettled Legal Landscape*, in 18 *Cornell J. L. Public Policy*, 2009, 477 ss.

LANDES – POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, 1987.

LAUDE, *L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé francais?*, *LPA*, 2002, 232, 55 ss.

LAURENT, *Principi di diritto civile*, Milano, 1898, 315.

LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, in *Dalloz Action* 2014/2015, n°45.

LEDUC, *Les règles générales régissant la réparation du dommage*, in *La Semaine Juridique*, 2016, 37.

LEDUC, *La conception generale de la réparation intégrale*, in *La réparation intégrale en Europe*, a cura di F. LEDUC - P. PIERRE, *Larcier*, 2012, 37 ss.

LEDUC, *La notion de dommages et intérêts punitifs*, in *Nuovo diritto civile*, 2, 2017, 236 ss.

LENS, *Defective Punitive Damage Awards*, *Utah L. Rev.* 2017 (5), 1019 – 1060.

LENS, *Justice Holmes's Bad Man and the depleted Purposes of Punitive Damages*, in 101, *Ky. L. J.*, 2012, 789.

LENS, *Tort Law's Deterrent Effect and Procedural Due Process*, 50, *Tulsa L. Rev.* 115, 137 (2014).

LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009.

LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur e dir. priv.*, 4, 2018, 1071 ss.

LIBERTINI, *Brevi note sui rimedi risarcitori e indennitari a tutela dei segreti commerciali*, in *Contr. imp. eur.*, 2018, 17.

LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 455 ss.

LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 129.

LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e attuazione dei diritti*, vol. I, Napoli, 1989, 345 ss.

LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e imp.*, 1987, 106 ss.

LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'oeil de la Cour de cassation?*, in *Recueil Dalloz*, 6, 2011, 427.

LICARI, *Reconnaissance des décisions étrangères*, in *JDI*, 4, 2010, 1248 ss.

LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008.

LLAMAS POMBO, *Nuevo debate sobre los punitive damages*, in *Práctica Derecho de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, 2012, 4 ss.

LOGAN, *Civil and Criminal Recidivists: Extraterritoriality in Tort and Crime*, 74 *U. Cin. L. Rev.*, vol. 73, 2005, 1610.

LOMBARDI, *Il nuovo art. 641 bis.: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2010, 402.

LOMBARDI, *Le modifiche apportate dalla l. 69 del 18 giugno 2008 in materia di processo di esecuzione*, in *Giur. mer.*, 2008, 2087 ss.

LOPEZ DE GONZALO, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di Giustizia europea*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2017, 435 ss.

LOPOPOLO, *Il recepimento italiano della Direttiva 2014/104/UE sul private enforcement antitrust*, in *AIDA*, 2017, 584 ss.

LUCANTONI, *Class action un ruolo "trainante" per gli studi legali*, in *Analisi giur. dell'ec.*, 2008, 85 ss.

LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1474 ss.

LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2016, 391 ss.

LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 250.

LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2016, 243.

LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 430.

LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, artt. 1453-1454, in *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA-BRANCA, Bologna, 1990.

LUNGHINI, *L'agiotaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 493.

LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, 35 ss.

LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2006, 1100 ss.

LUPOI, *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2007, 979.

MACEY – MILLER, *The plaintiff's attorney role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform*, in *University of Chicago Law Rev.*, 58, 1991.

MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompenso*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 97.

MAGGIORE, *Il risarcimento dei danni non patrimoniale e la pretesa forza espansiva dell'art. 185 codice penale*, in *Studi in onore di CONTI*, Città di Castelli, 1932.

MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 256, 2015.5.

MAHÈ, *Punitive damages in the competing reform drafts of the french civile code*, in *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, a cura di LOTTE MEURKENS – EMILY NORDIN, Cambridge, 2012, 260.

MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 68.

MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 462.

MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche concorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2015*, in *Contr. imp. eur.*, 2015, 395.

MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017.

MALZANI, *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2016, 720.

MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sulla attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, 86.

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2009, 312.

MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1931, 456.

MANDRIOLI – CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 100.

MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2016, 206.

MANES, *Profili dell'illecito para – penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1002 ss.

MANFRON, *La riparazione dissuasiva non impone i danni punitivi (e nemmeno la deterrenza)*, in *Danno e resp.*, 6, 2016, 585 ss.

MANGUS, *Punitive Damages and German Law*, in *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*, in *The Power of the Punitive Damages – Is Europe missing out?* a cura di LOTTE MEURKENS – EMILY NORDIN, Cambridge, 2012, 247.

MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2008, 419 ss.

MARAZIA, *Astreinte e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. es. for.*, 2004, 383.

MARCIN, *Searching for the Origins of the Class Action*, in *23 Catholic University Law Review*, 1974, 515 ss.

MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto alla concorrenza*, in *Contr. imp. eur.* 2014, 78 ss.

MARRERO, *Punitive Damages: Why The Monster Thrives*, 105 *Geo. L. J.* 767 (2017) 768 e ss.

MARTI, *L'art. 129 bis nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia*, in BUSNELLI – SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 209 ss.

MARTIELLO, *"Market abuse" e profili di responsabilità penale individuale*, in *Dir. e prat. soc.*, 6, 2006, 38 ss. NAPOLEONI, voce *Insider trading*, in *Dig. Pen. It.*, Torino, 2008.

MARZANO, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili nel diritto d'autore*, in *Dir ind.*, 2, 2012, 129.

MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *NGCC*, 2017, 756.

MASSA, *Il divieto dei risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, 2, 321 ss.

MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983.

MASTROPAOLO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, XXI, 20 ss.

MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in CARINCI – CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *ADAPT Labour Studies e-Book series*, n. 46, 2015, 130.

MAUCERI, *Abusi di mercato e responsabilità civile: danni all'integrità del mercato e danni non patrimoniali agli enti lucrativi lesi dal reato*, in *NGCC*, 2010, 1003 ss.

MAZEAUD, *Le juge et le droit de la responsabilité civile: bilan et perspective*, in *Revue des contrats*, 2017, 736 ss.

MAZZACUVA, *Art. 7 Cedu, Nulla poena sine lege*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS e VIGANÒ, Torino, 2016, 250 ss.

MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.

MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017.

- MAZZAGÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 190.
- MAZZAMUTO – PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.
- MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978.
- MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 647 aa.
- MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. Dir. priv.*, 2009, 970 ss.
- MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario al cod. civ.* diretto da SCHLESINGER, Milano, 1999.
- MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, Torino, 1991, 146, sub art. 18.
- MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007.
- MC CORMICK, *On the of damages*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1935.
- MC GREGOR, *Restitutory damages*, in *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, 1996, 203 ss.
- MC KENDRICK *Punitive damages in Contract law: text, cases and materials*, Oxford, 2008.
- MC MICHAEL – VISCUSI, *The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of States Punitive Damages Reforms*, in *Southern Economic Journal* 2017, 84 (1), 82 – 97.
- MC NAMARA, *Tortious Breach of Contract in Oklahoma*, 20 *Tulsa L. J.*, 1984, 233.
- MCDUGALL – VERZARIU, *Vitamins Litigation: unavailability of exemplary damages, restitutory damages and account of profits in private competition law claims*, in *European Law Review*, 2008, 181 ss.
- MCGREGOR, *on Damages*, London, 2003, 381.
- MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, *Daños punitivos: el “patito feo” de la responsabilidad civil*, Madrid, 2016.
- MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. n. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 6, 1548.
- MESA, *La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, LPA, 2012, 41, 5 ss.
- MESA, *La restitution des profits illicites comme sanction des atteintes illégales au patrimoine d'autrui*, *Dr. et patri.*, 2015, 248, 28 ss.
- MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. e comm.*, Milano, 1968.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1957-1967, 534 e ss.
- MESSINETTI, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 550 ss.
- MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir. Agg.*, I, Milano, 1997, 476 ss.
- MEURKENS, *Punitive damages, The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Maastricht, 2014.
- MEURKENS, *Punitive damages: foundations to start with*, in *Punitive damages and private international law: state of art and future developments* a cura di BARIATTI – FUMAGALLI – CRESPI – REGHIZZI, Milano, 2019, 19 ss.
- MEURKENS, *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*, in *The Power of the Punitive Damages – Is Europe missing out?*, a cura di LOTTE MEURKENS – EMILY NORDIN, Cambridge, 2012, 3-50.
- MILLER, *Punti cardine in tema di class action negli Usa e in Italia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 212 ss.
- MILLS, *Recognition of Punitive Damages in the United Kindom*, in *Punitive Damages and European Private International Law* a cura di BARIATTI, CRESPI e FUMAGALLI 2018 reperibile in <https://ssrn.com/abstract=3293823>, 9 ss.
- MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, 49.
- MINOZZI, *Studi sul danno non patrimoniale*, Napoli, 1909.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, Torino, 1980, 343 ss.
- MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, 215.
- MISCIONE, *Nel contratto di lavoro non sono ammessi i mezzi di cessazione di diritto comune*, in *LG*, 2000, 7, 605.
- MODUGNO, *La tutela dei ‘nuovi diritti’*, in RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Roma, 1991, 107.
- MOESCHEL W., *Should Private Enforcement of Competition Law be strengthened?*, in *Global Competition Litigation Review*, I, 2013, 1 ss.
- MOLLER, *Class Action Defendants' New Lochnerism*, 2012, *Utah L. Rev.*, 319, 343.
- MOLLER, *The New Class Action Federalism*, 48 *Akron L. Rev.* 861, 868 (2015).
- MOLLO, *Il carattere della sussidiarietà “in astratto” dell'azione di ingiustificato arricchimento*, in *Studium iuris*, 7-8, 2016, 912.
- MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 11.

- MONATARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma-Bari, 2017, 128 ss.
- MONATERI – ARNONE – CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, in *Trattato sulla responsabilità civile a cura di Monateri*, Torino 2014.
- MONATERI – BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005.
- MONATERI – GIANTI – SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013.
- MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 56.
- MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 835.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di SACCO, Torino, 1998.
- MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, Dig. IV, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 24.
- MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2 febbraio 2017.
- MONTANARI, *La reversione dell'utile da lesione di proprietà industriale e il mito dei danni punitivi*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 4-5, 225 ss.
- MONTEL, *Sulla risarcibilità dei danni morali*, in *Foro it.*, 1932, 1622 ss.
- MONTELEONE, *Misure coercitive ed esecuzione forzata: attualità del pensiero di S. Satta. Commento teorico-pratico al nuovo titolo IV bis ed all'art. 614 bis c.p.c.* in *Riv. es. forzata*, 2016, 552 ss.
- MOORE, *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems Raised by the preliminary Draft*, in *25 Georgetown Law Journal*, 1937, 570 e ss.
- MORLINI, *Teoria e prassi delle sentenze gemelle*, in *Medicina legale e sofferenza fisica e morale*, a cura di BUZZI - VALDINI, Milano, 2010, 31 ss.
- MORRIS C., *Punitive damages in tort cases*, 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1931).
- MORRIS, *Theory of punitive damages* in 44 *Harv. L. Rev.*, 1173, (1998).
- MOSCATI, *Arricchimento (azione)*, in *Dig. Disc. priv.*, I, Torino, 1987, 447 ss.
- MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Milano, 1999.
- MOSCATI, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 3, 2016, 548 ss.
- MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in BUSNELLI – SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 236 ss.
- MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2006, 459, 498.
- MOSCATI, *Una occasione perduta: la codificazione di una clausola generale di arricchimento (primo bilancio e prospettive)*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Bologna, 1991, 580.
- MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.
- MULHERON, *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, Oxford, 2004, 407.
- MULLENIX, *A Year after Wal-Mart, Class Actions Not Dead Yet*, in 34 *National L. J.*, 2012, 41, 10 ss.
- MULLENIX, *Class Action Waivers in Employment Contracts: The Clash Between the National Labor Relations Act and the Federal Arbitration Act. 1 Preview of United States Supreme Court Cases 13 (Oct. 2, 2017)*, *U. of Texas, Public Law Research No. 577*.
- MULLENIX, *Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in an Age of Collective Redress*, in *U. of Texas Law, public law research paper n. 533*, 2014, 12.
- MULLENIX, *New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits. General Report – Common Law*, in PELLEGRINI – GRINOVER - CALMON *Direito processual comparado. XIII World Congress of Procedural Law*, Brasilia, 2007, 500 ss.
- MULLINEX, *Nine Lives: The Punitive Damage Class*, 58 *U. Kan. L. Rev.* 845, (2010), 871.
- MULLENIX, *The Class Action Settlement in the United States*, 1, 2009, *U. of Texas Law, Public Law Research Paper n. 295*, 408 ss.
- MURPHY, *The Nature and Domain of Aggravated Damages*, *CLJ*, 2010.
- NAGAREDA, *Embeded Aggregation in Civil Litigation*, 95, *Cornell L. Rev.* 1105, 1136 (2010).
- NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017.
- NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dommatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1001.
- NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
- NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011, 219 ss.
- NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in NAVARRETTA (a cura di), *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004.

- NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, in PATTI-DELLE MONACHE, *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 40 ss.
- NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010.
- NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2019, 6 ss.
- NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 63 ss.
- NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona in fieri*, in *Danno e resp.*, 2003, 939.
- NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 ss.
- NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2004, 1-26.
- NEIL VIDMAR & MIRYA HOLMAN, *The Frequency, Predictability, and Proportionality of Jury Awards of Punitive Damages in State Courts in 2005: A New Audit*, 43 *Suffolk University Law Review* 855-895 (2010).
- NEILL, RAMPTON, *Duncan & Neill on Defamation*, London 1983, 2 ed., 136.
- NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 323 ss.
- NEWBERG - CONTE, *Newberg on Class Actions*, St. Paul, 2002, II ed.
- NICHOLAS, *Unjust Enrichment and Subsidiarity*, in *Studi Gorla*, III, Milano, 1994, 2043.
- NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro. it.*, 1946, 45.
- NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962.
- NICOLUSSI, *Danno*, Dizionario di diritto privato, a cura di N. IRTI, Milano, 2011, 533 ss.
- NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2014, 1191 ss.
- NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998.
- NICOLUSSI, *Le restituzioni de jure condendo*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti in onore di Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, 611 ss.
- NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: le restituzioni degli utili nell'art. 45 TRIPS*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 1003 ss.;
- NICOLUSSI, *Restituzioni*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di CASTRONOVO – MAZZAMUTO, Milano, 2007, 200 ss.
- NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui danni punitivi*, in *dirittocivilecontemporaneo*, 10 gennaio 2017, 1 ss.
- NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la direttiva 2004/48/CE*, in *Riv. dir. ind.* 2005, I, 33 ss.
- NIVARRA, *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 31 gennaio 2017.
- NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2015, 583 ss.
- NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata" verso le aziende e i nuovi "filtri" per la proponibilità della domanda risarcitoria*, in LOVO – NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2017, 41;
- NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata" verso le aziende e i nuovi "filtri" per la proponibilità della domanda risarcitoria*, in *La nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2017, 41.
- NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "Legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?* In *Riv. It. med. leg. e dir. san.*, 2013, 781 ss.
- NORDIN, *Private Straffen in het Contractenrecht Beschouwd vanuit het Perspectief van Artikel 6 EVRM*, in *J. Rozie, A. Van Oevelen & S. Rutten (red.), Toetsing van Sancties door de Rechter*, Antwerp: Intersentia, 2011, 161
- O'REILLY, *Federal Preemption of State and Local Law: Legislation, Regulation and Litigation*, Chicago, 2006.
- OGUS, *The law of damages*, London, 1973.
- ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993.
- OSTI, *Un approccio pragmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2, 2014, 291 ss.
- OTERO – CRESPO, *Punitive damages under spanish law: a subtle recognition?*, in *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, ? a cura di LOTTE MEURKENS – EMILY NORDIN, Cambridge, 2012, 282.
- OWEN – MONTGOMERY – DAVIS, *Product Liability and Safety*, New York, 2007, 668.
- OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, *Vill. L. Rev.*, 374, 39, (1994).
- OWEN, *Punitive damages in product liability litigation*, *Mick L. Rev.*, 1257, (1996).

- OWEN, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 *Mich. L. Rev.* 1257, (1976).
- OWEN, *The Moral Foundations of Punitive Damages*. 40 *Ala. L. Rev.*, 705 (1989).
- PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940.
- PACCHIONI, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, 178 ss.
- PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 353-354.
- PACIFICI - MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3 ed., Firenze, 1886, IV, 134.
- PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di BUSNELLI e SCALFI, Milano, 1985, 55 ss.
- PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, 355 ss.
- PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2015, 888.
- PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2011.
- PALLOTTA, *Public e private antitrust enforcement alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato*, in *Studi sull'integrazione europea*, XII, 2017, 624.
- PALMIERI, *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite – danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274 ss.
- PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione Giustizia*, 1, 2018, 161 ss.
- PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, in *Foro It.* 1986, IV, 134.
- PALMIERI – PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro. it.*, 2017, 9, 2630 e ss.
- PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato (artt. 19-29, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 140 ss.
- PANTALEÒN, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)*, in J.A. Moreno Martínez, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000, 439 ss.
- PANTALEÒN – FERNÁNDEZ GREGORACI, *Responsabilidad de los administradores sociales t calificación in Crisis empresarial y concurso: Comentarios legales*, Madrid, 2010, 711 ss.
- PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981.
- PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.
- PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei ma non posso"* in *Riv. crit. dir. priv.* 2007, 343.
- PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?* in *Danno e resp.* 2007, I, 125 ss.
- PARDOLESI P., *I punitive damages nell'ordinamento italiano in Seminari di diritto privato comparato a cura di P. PARDOLESI*, Bari, 2011.
- PARDOLESI P., *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, 41 ss.
- PARDOLESI P., *Profitto ingiusto e arricchimento*, Trento, 2005.
- PARDOLESI, P. *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 143 ss.
- PARDOLESI P., *Violazione del diritto di autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro It.*, 2011, I, 3074.
- PARDOLESI P., *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile* in *Fam. dir.*, 2013, 416.
- PARDOLESI P., voce *Danni punitivi*, *Dig. disc. priv. civ.*, Sez. Civ., agg., Torino, 2007, 452 ss.
- PARDOLESI R., *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 266.
- PARDOLESI R., *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2011, 458 ss.
- PARDOLESI R., *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e Terza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1344 ss.
- PARDOLESI R., *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» e il «disgorgement» che non t'aspetti*, in *Foro. it.*, I, 2008, 2789 ss.
- PARDOLESI R., *I rimedi*, in ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 117 ss.
- PARDOLESI R., *Note minime in tema di nesso di causalità*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, 318 ss.
- PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, in *Trattato di diritto della famiglia*, Dir. ZATTI, Milano, 2011, 1842.

PASSALACQUA, *Le Sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella PA optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?* in *Dir. rel. ind.*, 3, 2016, 829 ss.

PASSARELLI, *La legge applicabile ai contratti internazionali conclusi dai consumatori alla luce del Regolamento Roma I*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1151 ss.

PASTORE, *Class action e modelli di tutela collettiva*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di Pardolesi, Bari 2011, 97.

PATTI – DELLE MONACHE (a cura di), *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, 2010.

PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 81.

PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.

PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 773-775.

PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo; il risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 775.

PATTI, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008 294.

PATTI, voce "Pena privata" in *Dig. disc. priv. civ.*, Sez. Civ., V, Torino, 1995, 335 ss.

PECK – CHERMERINSKY, *The Right to Trial by Jury as a Fundamental and Substantive Right and Other Civil – Trial Constitutional Protections*, 96 *Or. L. Rev.*, 489, (2018), 501 ss.

PELLEGRINI, *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni sul risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, in *Jus civile*, 5, 2018 640 ss.

PELLIZZI – PARTESOTTI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, Padova, 2004, 579.

PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? – spunti di riflessione a margine di Corte cost, n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon*, in *Dir. pen cont.*, 2017, 4, 172 ss.

PENÀ LOPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Granada, 2002, 196 ss.

PERFETTI, *Prospettive di un'interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1052.

PERLINGIERI G. – FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI G., *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali Sisdic*, 1, 2017.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI P., *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 4 ss.

PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, *Rass. dir. civ.*, 2004, 1078-1079.

PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile*, in SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano 2011, 269 ss.

PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1980.

PERLINGIERI P. – MALOMO, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Manuale di diritto civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2017, 912 ss.

PERLINGIERI P., *Sub Artt. 1382-1384*, in *Codice civile commentato*, Napoli, 2010, 876.

PERRINI, *Pot-pourri di precetti, sanzioni e riparazioni: l'incontenibile universo del contratto a termine*, in *Foro it.*, 2016, I, col. 3034.

PERRY – KANTOROWICZ – REZNICHENKO, *Income – Dependent Punitive Damages*, 95 *Wash. U. L. Rev.* 835 (2018), 875 ss.

PERSANO, *L'ammissibilità dei danni punitivi ai sensi della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale: Il caso SFP c. OTK*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1566 ss.

PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, I, 3, 2012, 561 ss.

PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO – PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e la Naspi*, Torino, 2015.

PETRELLI, *Verso "i danni punitivi"?*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1188 ss.

PETROCELLI, *Profili evolutivi della responsabilità notarile*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 19 gennaio 2018.

PETROCELLI, *Responsabilità sanitaria e danno risarcibile nella legge n. 24/2017*, in TUCCILLO (a cura di), *Manuale della responsabilità sanitaria*, Roma - Bari, 2019, 127 ss. in corso di pubblicazione.

PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 181 ss.

PICCIALLI, *Le novità legislative: le linee guida nel decreto Balduzzi*, in *Contr. e impr.*, 2015, 569 ss.

PICUNIO, *Natura e funzioni dell'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 3 giugno 2019.

PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale: antitesi o sincrasi*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, Milano, 2018, 658.

PIERRE, *L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français de la responsabilité civile*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, 2, 258 ss.



PIERRE, *Rapport sur l'intégration des régimes spéciaux de responsabilité dans les projets français et belge*, 14 disponibile online reperibile in [https://iode.univ-rennes1.fr/sites/iode.univ-rennes1.fr/files/asset/document/2018-1128\\_grerca\\_ph\\_pierre\\_fr.pdf](https://iode.univ-rennes1.fr/sites/iode.univ-rennes1.fr/files/asset/document/2018-1128_grerca_ph_pierre_fr.pdf).

PIETRANGELI, *Clausola di individuazione della legge applicabile*, in AA.VV., *Clausole negoziali*, a cura di CONFORTINI, Torino, 2017, 1092 ss.

PIGNALOSA – CATRICALÀ, *Manuale di diritto dei consumatori*, Bari, 2013.

PIGNALOSA, *Riducibilità della penale e autonomia privata*, in *Contr. e imp.*, 6, 2015, 1377 ss.

PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. e imp.*, 1998, 1144.

PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Bari, 2013, 19 ss., 105 ss.

PINTO DE ALBUQUERQUE – VAN AAKEN, *Punitive Damages in Strasbourg*, in *The European Convention on Human Rights and General International Law*, a cura di Anne van Aaken e Iulia Motoc, Oxford University Press, 2018, 230 ss.

PIOLA, voce *clausola penale*, in *Dig. it.*, VII, Torino, 1929, 634.

PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore*, Torino, 1943, 645-646.

PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 420 ss.

PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953.

PIRANO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, in *I ritardi nei pagamenti* a cura di BENEDETTI-PAGLIANTINI, Milano, 2016, 144 ss.

PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I*, Milano 2012, 124 ss.

PIRRO, *Art. 709 ter c.p.c.: note sull'esercizio della potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, 848 ss.

PISANI, «Delitto e castigo»: appunti sui rimedi risarcitori ultracompensativi nel vigente ordinamento, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2019, 1036 ss.

PLAIA, *Giurisprudenza per principi ed effettività delle tutele*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di MAZZAMUTO - NIVARRA Torino, 2016, 159 ss.

PLAIA, *Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nel nuovo sistema italiano ed europeo di tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 12, 2005, 28 ss.

PLAIA, *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 1021 ss.

PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

PLAIA, *Rimedi civilistici, risarcitori e restitutori nel sistema della proprietà intellettuale*, in *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, 99 ss.

PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, London, 1936, 317 ss.

POLETTI, *Il danno risarcibile*, in CARUSI-DI MAJO- MIARELLI – NAVARRETTA – POLETTI – RUFFOLO, *La responsabilità ed il danno*, Milano, 2009, 351.

POLINSKY – SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 *Harv. L. Rev.* 869, 877 (1998).

POLLOCK – MAITLAND, *The History of English Law*, I, Cambridge, 1968, 622 ss.

PONCIBÒ, *La controriforma delle class actions*, in *Danno e resp.*, 2006, 2, 124 ss.

PONZANELLI, «Medical malpractice»: la legge Bianco Gelli. Una premessa, in *Danno resp.*, 2017, 269.

PONZANELLI, «Non c'è due senza tre: la Corte Suprema salva ancora i danni punitivi», in *Foro it.* 1994, 95.

PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 327 ss.

PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie* in *Foro It.* 2007, I, 1461.

PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *Le Corti fiorentine*, 2017, 3 ss.

PONZANELLI, *Danni punitivi: Oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *Jus civile*, 2018, 5 ss.;

PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle Sezioni Unite sul danno non patrimoniale (nota a Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, e Cass. 14 novembre 2017, n. 28805)*, in *Foro it.*, 2018, I, 923.

PONZANELLI, *I danni punitivi in Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 25 ss.

PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 182, 179 ss.

PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 435 ss.

PONZANELLI, *I punitive damages, il caso texano e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.* 1987, II, 405.

PONZANELLI, *Punitive damages e due process clause: l'intervento della corte suprema USA* in *Foro It.* 1991, IV, 235.

PONZANELLI, *I segnali della responsabilità civile*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 6, 1223 ss.

PONZANELLI, *Il caso O. J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, in *Foro It.* 1997, IV, 395.

PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, nota a *Cass. civ.*, 27 marzo 2018 n. 7513 (ord.), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 836 ss.

- PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 145 ss.
- PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly eccessive* in *Foro it.* 1996, IV, 421.
- PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, I, 3297.
- PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053.
- PONZANELLI, *La costituzionalizzazione dei danni punitivi; tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.* 2003, IV, 356.
- PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 302.
- PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, 2006, 67.
- PONZANELLI, *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Quest. Gius.*, 1, 2018, 114 ss.
- PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1996.
- PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, 819 ss.
- PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico* in *Foro it.* 2007, c. 14060.
- PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la corte suprema USA salva ancora i danni punitivi*, in *Foro It.* 1994, IV, 92.
- PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impr.*, 2015, 1195 ss.
- PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, 836 ss.
- PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017, 435 ss.
- PONZANELLI, *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, in *Danno e resp.*, 1, 2015, 71 ss.
- PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il grande freddo dei danni punitivi* in *Foro it.*, 2000, IV, col. 450.
- PONZANELLI, *Riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda* in *Danno e resp.* 2009, 92.
- PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 553.
- PONZANELLI, *Sezioni Unite e danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1122 ss.
- POTHIER, *Pandectae justinianae*, VI, Paris, 1821, 192.
- PRIEST, *Insurability and punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 40, (1989), 1009 ss.
- PROTO, *Clausola di caparra confirmatoria*, in CONFORTINI (a cura di), *Le clausole negoziali*, Torino, 2017, 187 ss.
- PROTO, *Tutele per abuso di immagine*, in *NGCC*, 2012, 394 – 395.
- PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 671 ss.
- PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 168.
- PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1958, 98 e ss.
- PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2016, 1082 ss.
- PUNZI (a cura di) *Il processo civile sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino, 2013, 69 ss.
- PUTATURO DONATI, *Precariato pubblico, effettività della tutela anti abusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL*, 2017, 65 ss.
- QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 37 ss.
- QUARTA, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*, in *Danno e resp.*, 2015, 515.
- QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1, 2019, 89 ss.
- QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2016, 1159 ss.
- QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.
- QUAYLE, *Civil Justice Reform*, 41r vb *Am. U. L. Rev.* 559, 564 (1992).
- QUERZOLA, *L'attuazione dei provvedimenti nella crisi familiare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2019, 671 ss.
- RAGNO, *The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation in Rome I Regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, (a cura di) FERRARI, LEIBLE, Munchen, 2009, 129 ss.

- RANIERI, *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 309 ss.
- RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952.
- REDISH & MATHEWS, *Why Punitive Damages Are Unconstitutional*, 53 *Emory L. J.* 1 (2004).
- REDISH-LARSEN, *Class Actions, Litigant Autonomy, and the Foundations of Procedural Due Process*, in *Cal. L. Rev.*, 2007, 1573.
- REGLERO CAMPOS, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, in *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, 2014, 3 ss.
- REICH, *General Principles of EU civil law*, Intersentia, 2014, 91 ss.
- REINHART, *Applying The Eighth Amendment to Civil Forfeiture after Austin v. United States; Excessiveness and Proportionality*, 36 *Wm. & Mary L. Rev.* 235 (1994).
- RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 5, 1213 ss.
- RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 325 ss.
- RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 2001.
- RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1985.
- RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profili comuni*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Milano, 1984, 81 ss.
- RESCIGNO, voce «Ripetizione dell'indebito», in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, 1225 ss.
- RIAS, *L'amende civile: une fausse bonne idée?*, *Recueil Dalloz* 2016, 2072 ss.
- RICCI, *Corso teorico pratico di Diritto civile*, Torino, 1886, VI, Parte III, 112.
- RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contr. e impr.*, 2009, 854 ss.
- RICE, *Persistence, Toxicity, and Long-Term Environmental Impact of the Exxon Valdez Oil Spill*, 7 *U. St. Thomas L.J.* 55, 56 (2009).
- RICHARDS, *An Analysis of the Judicial Panel on Multidistrict Litigation's Selection of Transferee District and Judge*, 78 *Fordham L. Rev.* 311 (2009) 321.
- RICOLFI, *Risarcimento del danno da contraffazione – il danno da violazione di proprietà intellettuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2017, 680 ss.
- RICOLFI, *Trattato dei marchi. Diritto europeo e nazionale*, vol. II, Torino, 2015.
- RIPERT, *La règle morale dans les obligationis civiles*, LGDJ, 1949.
- RIPERT, *Le regime democratique et le droit civile modern*, Paris, 1948.
- RIPERT – BOULANGER, *Traité de droit civil (d'après le Traité de Planiol)*, Paris, 1957.
- RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2018, 1813 ss.
- ROBERTSON, *Constraints on Policy - Based Reasoning in Private Law*, in ROBERTSON - W.H. TANG (a cura di), *The Goals of Private Law*, Oxford, 2009, 276.
- ROBERTSON, *Judging Jury Verdicts*, in *Tulane L. Rev.* 2008, vol. 83, 160 ss.
- ROCA-NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6, Valencia, 2011, 22 ss.
- RODOLFI, *Introdotta il regime del doppio binario per accertare gli errori*, in *Guida dir.*, 1 aprile 2017, n. 15, 74.
- RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012.
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in COMPORTI – SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 30 ss.
- RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.
- RODOTÀ, *Presentazione in Costo degli incidenti* di CALABRESI, Milano, 2015, 6 ss.
- ROGERS, *Multiple Tortfeasors under English Law*, in AA.VV. *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, ROGERS (a cura di), *Kluwer Law International*, 2004, 65 ss.
- ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 15 ed., London, 1998.
- ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, I, 23 ss.
- ROMANO M., *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, Milano, 2018, 515.
- ROMANO M. S., *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, in *Quadrimestre*, 1989, 306.
- ROMANO M. S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro It.* 1990, IV, 175.
- ROMANO M. S., *Danni punitivi: controllo giudiziale di un rimedio "a rischio"*, in *Foro It.* 1995, IV, 204.
- ROMANO S., *Le riparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, I, Perugia, 1929.
- RONCO, *L'art. 614 bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur.it.*, 2014, 761.

- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato IUDICA – ZATTI*, Milano, 2011.
- RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 818.
- ROSENBERG, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, in 37 *Harv. J. Legis.*, 2000, 397.
- ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Padova, 2009.
- ROSSETTI, *Il danno non patrimoniale. Cos'è, come si accerta e come si liquida*, Milano, 2010.
- ROSSETTI, *L'assicurazione della responsabilità civile* (art. 1917 cod. civ.) in *Codice della responsabilità civile e RC auto*, diretto da CARNEVALI, BONILINI e CONFORTINI, Ed. II, 2015, 1712 ss.
- ROSSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in BRIGUGLIO-CAPPONI (a cura di), *Commentario alla riforma del processo civile*, Padova, 2007, 407 ss.
- ROTHERHAM, *The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs*, in *Cambridge law j.*, 2007, 172 ss.
- ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 942 ss.
- ROVELLI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Torino, 1963.
- ROVELLI, *La risarcibilità dei danni non patrimoniale*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, 274 ss.
- RUBENSTEIN, *A Transactional Model of Adjudication*, 89 *Georgia L. J.*, 371, 419 (2001).
- RUBENSTEIN, *Why Enable Litigation?: An Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action*, 74 *UMKC L. Rev.* 709 ss. (2006).
- RUBIN, *Fundamental Reform of Tort Law*, in *Regulation. The Cato Review of Business and Government*, 1995, 26 ss.
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939.
- RUFFINI GANDOLFI, *Profili del Trespass to land: il tort e gli improvements del Trespasser*, Milano, 1979.
- RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2016.
- RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010.
- RUSSO, *Riparazione integrale del danno, anche esistenziale*, 2008, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).
- RUSTAD, *The closing of the Punitive Damages' iron cage* in 38 *Loy. L. A. L. Rev.* 2005, 1324.
- RUSTAD, *The Uncert-worthiness of the Cout's Unmaking of Punitive Damages*, 2 *Charleston L. Rev.* 459, 494 (2008).
- RUSTAD, *Torts As Public Wrongs*, 38 *Pepp. L. Rev.*, 433, 512 (2011).
- RUTIGLIANO-FACCINCANI, *Risarcimento del danno per lucro cessante e restituzione dei profitti dell'autore della violazione di diritti di proprietà industriale*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 833 ss.
- SACCO, *Formante, Digesto delle discipline privatistiche*, IV ed. Torino 1993.
- SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1980, 3 ss.
- SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959
- SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1438.
- SACCONI, *Condotta dell' esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2018, 1356.
- SAHIN, *The UK's Draft Bill on Collective Redress Proceedings: Does it really address small damages claims?* (2014) 10(3) *Euro. C.J.* 435, 439.
- SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla legge Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e al sua assicurazione*, Milano 2017, 37 ss.
- SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc.*, fasc. 3, 2007, 875.
- SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in CONSOLO-LUISSO -MENICHINI-SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma (Parte I)*, Milano, 2006, 119.
- SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.
- SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015.
- SALVI, *Il danno extracontrattuale, Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 e ss.
- SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e attuazione dei diritti*, vol. I, Napoli, 1989, 578 ss.
- SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 517 ss.
- SALVI, *Il risarcimento ultrariparatorio (funzioni della responsabilità civile)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. III, Napoli, 2018, 1813 ss.
- SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. IUDICA-ZATTI*, Milano, 2005.
- SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro It.*, 2018, 7-8, 2511.
- SALVI, voce *Danno*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1989.
- SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1085 ss.
- SAMMARCO, *Brevi note sul pagamento di una somma pari al doppio del prezzo del consenso nei casi di violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Dir. Informazione e informatica*, 2017, 95 ss.

SANDULLI – VALLEBONA – PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990.

SANDULLI, voce “*Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*”, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1992.

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985.

SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Torino, 2007, 157 ss.

SARAVALLE, I “*punitive damages*” nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 867 ss.

SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. SCIALOJA, V, Torino, 1893.

SCADUTO – RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, 705 ss.

SCALERA, *Il danno da privazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*, in *Fam. dir.*, 2018, 403.

SCALFI, *L’uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 976 ss.

SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 657 ss.

SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 29 ss.

SCALISI, *Lesione dell’identità personale e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 138 ss.

SCARSELLI, *Il nuovo art. 96 3° comma c.p.c.; consigli per l’uso*, in *Foro. It.*, 2010, 2237 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011, 279 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 912 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno morale soggettivo*, in *NGCC*, 2010, 237 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 261 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L’influenza della dottrina sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile: il danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1798 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità e innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2019, 507 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2017, 1112 ss.;

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

SCOGNAMIGLIO C., *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle Sezioni Unite)*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2017, 1-44.

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 1, 259 ss.

SCOGNAMIGLIO R., «*Illecito (diritto vigente)*», in *NN.D.I.*, VIII, 1962, 164 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 204 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Danno morale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, 148 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Indennità*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962, 594 ss.

SCOGNAMIGLIO R., voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 21 ss.

SCHIESARO, *Danni e restituzioni nella violazione della proprietà intellettuale*, in *NGCC* 2012, II, 799 ss.

SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in *comparazionedirittocivile.it.*, 3, 2017, 19 ss.

SCHLESINGER, *Arricchimento (azione)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, 1004 ss.

SCHLESINGER, *L’ingiustizia del danno nell’illecito civile*, in *Jus* 1960, 336 ss.

SCHMIT – PRITCHETT – FIELDS, *Punitive Damages: Punishment or Further Compensation?*, in *J. Risk & Ins.*, vol. 55, 1988, 456.

SCHWARTZ ET ALL, *Reining in Punitive Damages “Run Wild” Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, 65 *Brook. L. Rev.* 1003, 1004 (1999).

SCHWARTZ ET ALL, *The Supreme Court’s Common Law Approach to Excessive Punitive Damage Awards: A Guide for the Development of State Law*, 60 *S.C. L. Rev.*, 886 (2009).

SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a Comment*, in 56 *S. Cal. L. Rev.*, 1982–1983, 145.

SCOCA, *Natura e funzione dell’ “astreinte” nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2014, 1406 ss.

SCOLETTA, *Il Double Jeopardy Principle come limite alle moltiplicazioni punitivi nell’ordinamento statunitense*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di PALIERO, VIGANÒ, BASILE e GATTA, Milano, 2018, 451.

SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984.

SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale*, Milano, 2009, 488 ss.

SEBOK, *Normative Theories of Punitive Damages: The Case of Deterrence*, in *Philosophical Foundations of the Law of Torts* edited by John Oberdiek, *Oxford Scholarship* 2014, 313 ss.

SEBOK, *Philosophical Foundation of the Law of Torts*, a cura di Oberdiek, Oxford, 314 ss.

SEBOK, *Punitive damages in the United States*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, KOZIOL – WILCOX (a cura di), New York, 2009, 176 ss.

SEBOK, *Punitive Damages, from Myth to Theory*, in *Iowa Law review*, vol. 92, 2007, 957 ss.

SEDGWICK, *The rule of damages in action ex delicto*, 9 *Law Rep.*, 1847.

SEDLER – TWERSKI, *State choice of law in mass tort cases: a response to a view from the legislature*, in 148 *U. Pa. L. Rev.*, 2000, 2263 ss.

SEGRETO-CARRATO, *L'assegno*, Milano, 2001.

SEIPP, *The Distinction Between Crime and Tort in the Early Common Law*, 76 *B.U. L. Rev.*, 59, 83 (1996).

SERIO, *Il ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 511 ss.

SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. dir.*, 2017, 293 ss.

SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018, 310 ss.

SGUBBI – FONDAROLI – TRIPODI, *Diritto penale finanziario, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della CONSOB, falso in prospetto*, Padova, 2013.

SGUBBIN, *Linee guida e best practices mediche*, in *NGCC*, 2016, 567 ss.

SHAIN, *The (infamous) question of punitive damages in EU competition law*, in *Global Competition Litigation Review*, (9), 3, 2016, 88 ss.

SHAPIRO, *Class Action as Party and Client*, in 73 *Notre Dame L. Rev.*, 1998, 913 ss.

SHARKEY, *The BP Oil Spill Settlements, Classwide Punitive Damages and Societal Deterrence*, in 64 *De Paul L. Rev.*, 2015, 681.

SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, 113 *Yale L. J.* 347 (2003).

SHARKEY, *The Exxon Valdez Litigation Marathom: A Window on Punitive Damages*, 7 *U. St. Thomas L. J.* 26, (2009).

SHARKEY, *The Future of Classwide punitive Damages*, in 46 *U. Mich. J. L. Reform*, 1127 (2013), 1128 ss.

SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, 2003.

SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, 2 ed., Oxford University Press, 2005, 366 ss.

SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, 3 ed., Oxford University Press, 2015, 412 ss.

SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2015, 583 ss.

SIEHR, *Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu "punitive damages"*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, 705 ss.

SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker*, in *Int'l Lis*, 3 – 4, 2008, 166 ss.

SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in *Il processo civile riformato*, dir. TARUFFO, Bologna, 2010, 498 ss.

SILVESTRI, *Strumenti di esecuzione indiretta: artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.*, in LUPOI (a cura di), *Trattato della separazione e divorzio*, II, Santarcangelo di Romagna, 2015, 457 ss.

SIMONE R., *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai danni punitivi*, in *Quest. giust.*, 1, 2018, 136 ss.

SIOTTO, *La via giurisprudenziale europea per la tutela risarcitoria dei precari pubblici*, in *Riv. it. dir. del lavoro*, 3, 2018, 693 ss.

SIRENA, *Arricchimento senza causa (sussidiarietà)*, in *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, vol I, Milano, 2018, 91 ss.

SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, 829 ss.

SIRENA, *Il riconoscimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 531 ss.

SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2009, 65 ss.

SIRENA, *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 105 ss.

SIRENA, *Obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, III, , dir. da LIPARI e RESCIGNO, Milano, 2009, 554;

SIRENA, *Risarcimento del danno e funzione restitutoria*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di MAUGERI e ZOPPINI, Bologna, 2009, 99 ss.

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, 408.

SITZIA, *Discriminazione razziale e ultracompenso*, in CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli – Cagliari, 2019, 132 ss.

SMIT, *Does a "Silent" Arbitration Clause Preclude a Class Action?* in 20 *American Review Int. l'Arbitration*, 2009.

SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 1, 2014, 159 ss.

- SOCHA, *Double Standard: A Comparison of British and American Defamation Law*, 23 *Penn St. Int'l L. Rev.* 471 (2004).
- SPENCER, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence in Berkeley Electronic Press* 2006, 919 ss.
- SPERA, *Time out: il "decalogo" della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino*, in *Ridare.it*, 4 settembre 2018.
- SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in IADICICCO – NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Napoli, 2016. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 322, 2017.
- SPEZIALE, voce *Contratto a termine*, in *Enc. dir.*, Milano, 2016, 524 ss.
- SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 149 ss.
- SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 910 ss.
- SPOTO, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2018, 489 ss.
- STADLER, *From the Brussel convention to 44/2001: cornerstone of a European law of civil procedure in Common Market Law review*, 2005, 1637 ss.
- STANZIONE, *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2012.
- STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.
- STEVENS, *Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damages Dilemma*, 21 *Pepp. L. Rev.*, 857 (1994), 869 ss.
- STOLL, *Penal Purposes in the Law of Tort*, 18 *Am. J. Comp. L.*, 1970, 3 ss.
- SUNSTEIN ET ALL, *Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 *Yale L. J.* 2071 (1998).
- SUNSTEIN ET ALL, *Punitive damages. How Juries decide*, Chicago 2002.
- SZALAI – IMRE, *The Widespread Use of Workplace Arbitration Among America's Top 100 Companies (The Employee Rights Advocacy Institute for Law & Policy 2017, (Sep. 2017)*, in *Loyola University New Orleans College of Law Research Paper No. 2017 – 11*.
- TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei Danni antitrust tra compensazione e deterrenza. Il modello Americano e la proposta di direttiva UE del 2013*, in *Concorrenza e Mercato*, 1, 2014, 183.
- TARDIA, *Funzione confirmatoria e alternatività recessiva*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2016, 143 ss.
- TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale a cura di CICU – MESSINEO*, Milano, 1980, 375.
- TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritto: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, 63 ss.
- TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 530 ss.
- TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in 51 *Am. J. Comp. Law*, 2003, 659 ss.
- TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002.
- TERRÈ, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile: Dalloz, coll. Thèmes et commentaires*, 2011.
- TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *Studium iuris*, 3, 2017, 317 ss.
- TESCARO, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?* in *Contratto impr. Europa* 2012, 599.
- TETTENBORN, WILBY, BENNET, *The Law of Damages*, London, 2010.
- THOMAS – GALLIGAN JR., *Disaggregating More – Than – Whole Damages in Personal Injury Law: Deterrence and Punishment*, 71 *Tenn. L. Rev.*, 117, 127 (2003).
- THOMAS, *Constraining the Federal Rules of Civil Procedure Through the Federalism Canons of Statutory Interpretation*, 16 *N.Y.U. J. Leg. & Pub. Pol'y* 187, 223 (2013).
- THOMAS, *Costituzionalizing Class Certification*, in *Nebraska L. Rev.*, vol. 95, 1024 e ss. (2017).
- THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. dell'opera tedesca del 1878, Padova, 1951.
- TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Bologna, 2015.
- TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, vol. XXIV, 2015, 15 ss.
- TOLANI, *U.S. Punitive Damages Before German Courts: A Comparative Analysis with Respect to the Ordre Public*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2011, 17 ss.
- TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, 1065 ss.;
- TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964.
- TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007.

- TOSI, *L'art. 18 St. Lav. nel processo*, in *ADL*, 2008, 1347.
- TRABUCCHI, voce «*Arricchimento*», in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 65 ss.
- TRANGSRUD, *Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent*, in *U. Ill. L. Rev.*, 1989, 74.
- TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Padova, 2012.
- TRAVAGLINO, *Il danno alla persona tra essere e essenza*, in *Quest. Giust.*, I, 2018, 130 ss.
- TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 3.3.2017
- TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005.
- TREITEL, *The Law of Contract*, London, 2011, 1000 ss.
- TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 1149 ss.
- TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954.
- TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, in *il diritto privato nella società moderna*, a cura di RODOTÀ, Bologna, 1971, 432 ss.
- TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.
- TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 219 ss.
- TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 201 ss.
- TRIMARCHI, voce *Illecito [dir. priv.]*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 108 ss.
- TROCKER, *Class actions negli USA – e in Europa?*, in *Contratto e impresa*, 2009, 178 e ss.
- TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2010, 361 ss.
- TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 263 ss.
- URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?* in *Dir. pub. comp. eur.*, 2001, 2011 ss..
- VACCARI, *L'art. 96, comma 3, cod. proc. civ.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *NGCC*, 2011, 73 ss.
- VALENTINO, *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Commentario del Codice Civile, Dei Singoli Contratti*, diretto da GABRIELLI, 2011, 241 ss.
- VALERINI, *Il giudizio di merito nell'azione antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, 2013, 231.
- VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614 bis c.p.c. (legge 5 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83)*, in *Riv. es. for.*, I, 2017, 37.
- VAN DEN BERGH, *Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem*, 2013, 1 *Maastricht Journal* 12, 16.
- VANLEENHOVE, *A Normative Framework for the Enforcement of U.S. Punitive Damages in the European Union: Transforming the Traditiona 'NoPasaràn!'* in 41, *Vermont L. Rev.* 2016, 348 ss.
- VANLEENHOVE, *Punitive damages and European Law, quo vademus?*, disponibile al seguente link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2054595](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2054595).
- VANNI, *La Class action e la funzione di deterrenza degli illeciti civili in prospettiva comparatistica*, in *Scritti di Comparazione e Storia giuridica* a cura di CERAMI e SERIO, Torino 2011, 141 ss.
- VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012.
- VANZETTI, *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013.
- VANZETTI, *La "restituzione" degli utili di cui all'art. 125, n. 3, c.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Il dir. ind.*, 2006, 323.
- VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, IV ed., Torino, 2010.
- VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milano, 1973.
- VELJANOVSKI, *CAT awards triple damages, well not really: Cardiff Bus, and the dislocation between liability and damages for exclusionary abuse in follow-on damage actions*, *European Competition Law Review*, 2013, 47 ss.
- VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti (1884-1886)*, in *Opere giuridiche*, Milano, 1919, 50 ss. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 244 ss.
- VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, 19 ss.;
- VENTURINI, *Premessa romanistica*, in BUSNELLI - SCALFI (a cura di), *"Le pene private"*, Milano, 1985, 16 ss.
- VETTORI, *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2017, 673 ss.
- VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 283 ss.



- VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir. Ann.*, 2017, 281 ss.
- VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2018, 1341 ss.
- VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*, 4, 2017, 196 ss.
- VETTORI, *La forza dei principi. Ancora un inizio*, in *Persona e mercato*, 1, 2019, 5 ss.
- VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria*, in *Contr. e imp.*, 2008, 3, 739 ss.
- VIGORITI, *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 36 ss.
- VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 4, 2017, 441 ss.
- VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.* 2015, 3, 301 ss.
- VILLA, *La forfezzazione legislativa del danno risarcibile*, in SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011, 264 ss.
- VILLANI, *La legge applicabile ai contratti dei consumatori nel regolamento Roma I*, in *Studi sull'integrazione europea*, 9, 2014, 439.
- VINEY – JOURDAIN – CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, in *Traité de droit civile*, LGDJ, 2017, 34.
- VINEY, *Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité*, in *JPC G*, 4, 2016, 99.
- VINEY, *L'appréciation du préjudice*, *LPA* 2005, 99, 89 ss.
- VINEY, *L'espoir d'une codification du droit de la responsabilité civile*, *Dalloz*, 2016, 1378 ss.
- VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1965.
- VINEY, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, in *RDA*, 2010, 30 ss.
- VINEY, *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, 2 ed., Paris, 1995.
- VIOTTI, *Il «danno all'integrità del mercato»*, in *Dir. comm. Int.*, 2010, 891 ss.
- VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino, 2014.
- VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996.
- VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, Padova, 2009.
- VOLPE, *Le funzioni della responsabilità aquiliana nell'era dei danni punitivi*, in CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Napoli – Cagliari, 2019, 84 ss.
- VON BAR, C. & CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Volume 4, Monaco: Sellier European Law Publishers, 2009, 3724.
- VON BAR, *The Common European Law of Torts*, II, Oxford – New York, 2000.
- VULLO, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di CHIARLONI, Bologna, 2011, 324 ss.
- VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. di dir. proc.*, 2004, 727 ss.
- VULLO, *Sub art. 709 ter*, in *Codice di procedura civile*, dir. CONSOLO, Milano, 2010 1030 ss.
- WAGNER, *Funktionen des Deliktsrechts*, Münchener Kommentar zum BGB, sub § 823, München, 2017, 157 ss.
- WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974, traduzione italiana a cura di MORLEY - LONARDO, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, Napoli 1984.
- WHEELER, *The Constitutional Cas for Rforming Punitive Damages Procedures*, 69 *Va. L. Rev.* 269 (1983).
- WIDISS, *Liability insurance coverage for punitive damages? Discerning answers to the conundrum created by disputes involving conflicting public policies, pragmatic considerations and political actions*, in *Villanova Law Review*, 39 (1994), 455 ss.
- WILCOX, *Punitive and Nominal Damages*, in AA.Vv., *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court*, 2011, 726 e ss.
- WILCOX, *Punitive damages in the Armoury of Human Rights Arbiters*, in MEURKENS, NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing out?*, Cambridge, 2012, 496 ss.
- WILLIAMS, *Due process, class action opt outs, and the right not to sue*, in *Col. Law Rev.*, 2015, 115 ss.
- WILS, *Private enforcement of EU Antitrust Law and its relationship with public Enforcement: past, present and future*, in *World Competition*, 40 (1), 2017, 25 ss.
- WILS, *The relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages*, in *World Competition*, 32, 2009, 15 ss.
- WILS, WOUTER P.J., *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition* 40, no. 1 (2017) 13 ss.
- WINDCHEID, *Diritto delle pandette*, I, Torino, 1902.

WOOD – HUNT – MCWILLIAMS & DELANEY – ANDERSON, *The Selection of a Transferee Court for MDL: Examining Rationales Used by the Judicial Panel of Multidistrict Litigation*, FOR. DEF., 2008, 12 ss.

YEAZELL, *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven (Connecticut), Yale University Press, 1987, 38 ss.

YETKA, *Insurance Coverage for Punitive Damage*, 44 Brief 19, 29, 2014.

ZACCARELLI, *Le conseguenze della tardiva impugnazione del licenziamento illegittimo*, nt. a Cass. 21 agosto 2006, n. 18216, ADL, 2007, II, 250 ss.

ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale – Problematiche attuali*, Milano, 2017, 89 ss.

ZANUZZI, *Responsabilità sanitaria e quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Resp. medica*, 2018, 2, 183 ss.

ZARRA, *The doctrine of punitive damages and International arbitration* in *Dir. comm. Int.* 2016, 963.

ZENO - ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a punitive damages*, reperibile in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 11 luglio 2016.

ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparativistico ai "punitive damages" di "common law"* in *Giur. It.* 1985, IV, 12.

ZENO ZENCOVICH, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione. Una critica di analisi economica del diritto alla via americana* in *Dir. inf.*, 1987, 825.

ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985.

ZIMMERMANN, *Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach*, in *15 Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, 404.

ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 417 ss.

ZIPURSKY, *Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption*, 125 *Harv. L. Rev.* 1757, 1777 (2012).

ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1123 ss.

ZIVIZ, *La liquidazione del danno da responsabilità sanitaria*, in IUDICA (a cura di) *Tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, 2019, 404 ss.

ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in *Trattato della responsabilità civile* (a cura di VISENTINI), Milano, 2009, 529.

ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2016, 712 ss.

ZOPPINI, *L'effettività in-vece del processo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di GRISI, Napoli, 2019, 53 ss.

ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

ZOPPINI, *Note in margine ad un recente libro tedesco sulle pene nelle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 307.

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 399 ss.