

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PRIVATO DELL'ECONOMIA - CICLO XXIII

ANDREA GIUSEPPE ANTONIO GILOTTA

———
TESI DI DOTTORATO
———

LE PENE PRIVATE E I DANNI PUNITIVI

RELATORE
Chiar.mo Prof. Massimo Paradiso

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

INDICE

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE	p. 6
--------------	------

CAPITOLO 2

NOZIONI DI “PENA PRIVATA” E DI “DANNI PUNITIVI”	p. 12
---	-------

CAPITOLO 3

LE PROSPETTIVE OFFERTE DALL’ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

1. Introduzione	p. 21
2. Metodo dell’analisi economica del diritto e principi di microeconomia	p. 23
3. Analisi economica e responsabilità civile	p. 33
4. Analisi economica del diritto e danni punitivi	p. 40

CAPITOLO 4

LO SVILUPPO DEI *PUNITIVE DAMAGES* NELL’ESPERIENZA DEL *COMMON LAW*

1. Origini e funzioni dei <i>punitive damages</i>	p. 52
2. Limiti all’espansione degli <i>exemplary damages</i> : l’esperienza inglese e quella degli altri ordinamenti del <i>common law</i>	p. 57
3. L’esperienza statunitense	p. 61

CAPITOLO 5

I *PUNITIVE DAMAGES* NELLA *PRODUCT LIABILITY* E NELLA *MASS TORT LITIGATION*

1. Un caso esemplare di condanna ai danni punitivi: il caso
Grimshaw vs Ford p. 66
2. *Product liability* e responsabilità oggettiva. Un criterio di
imputazione di tipo solidaristico p. 70
3. *Product liability*: responsabilità oggettiva e danni punitivi? p. 77
4. *Product liability*: i problemi relativi ai *mass tort litigations* p. 82
5. Origine e funzioni delle *class actions* e rapporti con i *punitive
damages* p. 86
6. Il problema della costituzionalità dei danni punitivi p. 99
7. *Punitive damages* e assicurazione p. 124

CAPITOLO 6

IL “DISGORGEMENT”

1. Origini e funzioni dell’istituto p. 126

CAPITOLO 7

DANNI PUNITIVI DA INADEMPIMENTO EFFICIENTE

1. Introduzione p. 134

2. Le misure di determinazione del danno: *expectation, reliance e restitutory interest* p. 139

3. *L' independent tort tra contract e tort. Prime valutazioni conclusive*
p. 147

CAPITOLO 8

PENA PRIVATA E DANNI PUNITIVI NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

A) LE PENE PRIVATE DA INADEMPIMENTO

1. La clausola penale p. 159

2. La potestà punitiva dei privati in ambito negoziale a) La clausola di cui all'art. 1526 comma 2 c.c. e gli interessi moratori p. 173

3. b) Le sanzioni endoassociative p. 179

4. Le pene private da inadempimento di fonte legale p. 185

B) LE SINGOLE FIGURE DI PENA PRIVATA DA ILLECITO AQUILIANO

1. Il danno non patrimoniale p. 191

2. Il danno tanatologico p. 203

3. L'art. 96 del codice di procedura civile p. 208

4. Le pene private nel diritto di famiglia. a) L'art. 129 bis c.c. p. 212

5. b) L'art. 709 ter c.p.c. p. 216

6. Le *astreintes* e la questione della loro ammissibilità all'interno del nostro ordinamento: l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori; le "sanzioni pecuniarie" per l'inottemperanza a provvedimenti giudiziari; le penali in materia di brevetti, marchi e diritti d'autore; le misure sanzionatorie previste dal codice del consumo e in materia di transazioni commerciali p. 221

7. Ulteriori fattispecie: il danno ambientale e l'illecito a mezzo stampa p. 230

8. L'art. 125 del Codice della proprietà industriale p. 237

CAPITOLO 9

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE p. 241

BIBLIOGRAFIA p. 253

LE PENE PRIVATE E I DANNI PUNITIVI

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE

A partire dagli anni settanta del secolo scorso la responsabilità civile è stata attraversata da un vasto movimento riformatore che, rimeditando la vecchia concezione sanzionatoria dell'illecito civile, ha assunto quale fine primario la tutela risarcitoria della vittima. Notevoli sono i traguardi che la fattispecie ha raggiunto lungo la via della prospettiva "vittimologica", e nondimeno pare che ancora oggi l'iniziale spinta evolutiva sia ben lontana dall'esaurirsi. Come rileva autorevole dottrina infatti,¹ il sistema-responsabilità si presenta come un settore in costante espansione, i cui confini non risultano ancora univoci né tantomeno stabili.² Le ragioni di questo fermento sono molteplici e non tutte menzionabili in questa sede. Solo si rileva che l'istituto in questione è tra quelli che meglio si prestano a fornire una tutela rapida e flessibile rispetto alle esigenze sempre nuove emergenti dal tessuto sociale. In questa prospettiva, oggetto di rinnovato dibattito torna ad essere la stessa funzione della responsabilità civile ed in

¹ Alpa, "La responsabilità civile tra solidarietà ed efficienza" in *Riv. crit. dir. priv.* 2004, p. 195.

² Cfr., in generale, Alpa "Gli incerti confini della responsabilità civile", in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, p. 1805 e ss..

particolare ci si interroga sulla opportunità di riconsiderare la funzione meramente riparatoria del sistema responsabilità in favore di una funzione che sia ad un tempo anche sanzionatoria-deterrente rispetto alle condotte antiggiuridiche³.

Nell'ambito di queste considerazioni viene a collocarsi la riscoperta delle pene private che, spinte dall'“onda lunga della globalizzazione,”⁴ vengono guardate con rinnovato interesse da quanti si interrogano sulla opportunità di introdurre sistemi di reazione che non siano solo risarcitori⁵.

Come si avrà modo di esporre nel corso della trattazione, le ragioni di una tale evoluzione riposano su considerazioni che sono ad un tempo sia di “giustizia correttiva,” sia di tipo “giuseconomico” e che hanno in comune l'assunto in forza del quale “a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di trarre profitto dal compimento di una condotta *contra legem*.”⁶

Attraverso il presente studio, pertanto, si intende esaminare innanzitutto la funzione svolta dai *punitive damages* nei sistemi di *common law* e,

³ Cfr. Patti “Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione”, in *La responsabilità civile*, II, 2009, p. 165 e ss., secondo il quale “I consociati [...] nel risarcimento del danno vedono anzitutto uno strumento sanzionatorio, in grado non soltanto di reintegrare il patrimonio leso ma anche di svolgere una funzione di prevenzione dell'illecito”.

⁴ Cfr. P. Pardolesi “Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?”, in *Riv. crit. dir. priv.*, giugno 2007, p. 341.

⁵ Cfr. Ponzanelli “Danni punitivi: no grazie”, in *Foro it.* 2007, I, 1462 secondo il quale alla dottrina italiana più moderna in materia di responsabilità civile “la funzione deterrente-afflittiva piace, anzi strapiace”; cfr. Viola “I danni punitivi nella responsabilità civile della pubblica amministrazione dopo la l.n. 60/2009”, in *La responsabilità civile*, febbraio 2010, p. 85.

secondariamente, verificare l'esistenza, all'interno del nostro ordinamento, di una "omologa" disciplina civilistica avente finalità (quantomeno anche) punitive e di deterrenza. Scopo ultimo dell'indagine è, infine, quello di considerare le concrete prospettive che si offrirebbero al giurista italiano qualora si aderisse ad un aperto riconoscimento della figura della pena privata.

Per una corretta impostazione del tema si è ritenuto perciò opportuno prendere le mosse proprio dall'esperienza angloamericana e, in particolare, da quella statunitense, la quale a sua volta ha recepito le acquisizioni formulate in sede di analisi economica del diritto. Dopo una breve premessa relativa alle nozioni di pena privata e di danni punitivi, pertanto, il lavoro procederà attraverso lo studio delle soluzioni offerte dalla *Law and Economics*, e delle conseguenti funzioni svolte dai *punitive damages* nel sistema nordamericano. In quella sede si avrà modo di osservare come la reale funzione dei *punitive damages*, più che sotto il profilo meramente "afflittivo," si apprezzi in una dimensione propriamente "riequilibratrice" del costo sociale prodotto dagli illeciti. L'assunto da cui si muove è che non tutti i soggetti danneggiati portano le loro pretese di fronte alle corti. Di conseguenza, se si intende valorizzare in termini di maggiore efficienza la dimensione deterrente dell'istituto della responsabilità, occorrerà individuare strumenti che consentano di poter internalizzare l'intero costo

⁶ P. Pardolesi "Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?" op. cit., p. 342.

sociale dei danni prodotti, facendoli ricadere in capo ai danneggiati.⁷ In altri termini ciò che si cercherà di dimostrare è che i danni punitivi altro non sono se non un “risarcimento perfetto” del danno.

Lo studio dell’esperienza statunitense proseguirà, quindi, con l’analisi delle problematiche che l’istituto incontra nei rapporti con gli illeciti di massa, e conseguentemente con le stesse *class action*. I nodi irrisolti, in particolare, concernono il rischio che a fronte di un unico illecito, il danneggiante possa incorrere in molteplici condanne punitive, con evidenti danni per interi settori produttivi.

Ulteriormente si esaminerà la questione – anch’essa attuale negli *States* – relativa alla costituzionalità delle condanne punitive di ammontare eccessivo. L’esame della questione ci sembra rilevante poiché – come è stato osservato⁸ - attraverso il ridimensionamento di dette condanne, *“forse l’ostilità nei confronti dei danni punitivi potrebbe scemare in modo assai consistente e conseguentemente dovrebbero essere rivisti i giudizi negativi basati unicamente sulla esclusiva funzione riparatoria delle regole di responsabilità civile.”*

⁷ Ponzanelli “Non c’è due senza tre: la Corte Suprema salva ancora i danni punitivi”, in *Foro it.* 1994, p. 95. L’autore osserva 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.”

⁸ Cfr. Ponzanelli “I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Phillip Morris della Corte Suprema americana”, in *Foro it.* 2008, p. 179.

Lo studio dell'esperienza nordamericana procederà poi attraverso l'analisi dell'istituto del *disgorgement* il quale prevede che in ogni caso di illecito economicamente "efficiente" il danneggiante sia tenuto a riversare al danneggiato l'intero valore del suo arricchimento. L'istituto viene considerato⁹ quale strumento inibitorio volto a disincentivare i c.d. "scambi non desiderati", ossia le illegittime appropriazioni di utilità spettanti ad altri tramite la corresponsione del risarcimento. Si mira, in sintesi, ad eliminare ogni calcolo di convenienza economica tra costi del contratto e (costi dell') illecito civile, attraverso la prospettazione di una misura pecuniaria superiore al mero risarcimento.

Infine si analizzeranno i *punitive damages* da inadempimento efficiente. In particolare si esamineranno i rimedi approntati dall'ordinamento statunitense in tutti i casi in cui l'inadempimento del contratto risulti economicamente vantaggioso per la parte. In questi casi la risposta sanzionatoria offerta dal sistema è quella di condannare la parte inadempiente al pagamento dell'intera somma che la stessa ha lucrato come conseguenza del suo inadempimento.

Dopo aver esaminato l'esperienza giuridica statunitense si procederà a verificare se in seno al nostro ordinamento siano rinvenibili quantomeno gli embrioni di istituti aventi finalità latamente punitive e preventive. A questa ricognizione è dedicato il capitolo 8 sulle pene private, le quali verranno

⁹ Calabresi "Costo degli incidenti e responsabilità civile", Milano, 1975.

analizzate partitamente secondo la distinzione tra pene private da inadempimento e pene private da illecito aquiliano. Per ciascun istituto si darà conto delle diverse opzioni dogmatiche proposte, le quali oscillano generalmente tra ricostruzioni in termini meramente risarcitori, e letture meno preclusive rispetto a funzioni anche sanzionatorie degli istituti stessi. Se gli esiti di questa parte della ricerca offriranno risultati positivi, ossia favorevoli rispetto alla ammissibilità della figura della pena privata, si potrà ritenere che una evoluzione del sistema della responsabilità civile in senso sanzionatorio non sia affatto preclusa al nostro ordinamento e apparirà, di conseguenza, appropriato guardare all'esperienza giuridica di quegli ordinamenti che già da tempo hanno avviato studi ed esperienze sulle funzioni sanzionatorie della responsabilità civile.

CAPITOLO 2

NOZIONE DI “PENA PRIVATA” E DI “DANNI PUNITIVI”

Con la locuzione “pena privata” si designano comunemente - pur tenendo conto delle diverse varianti definitorie formulate in dottrina – le sanzioni pecuniarie comminate nei confronti di un soggetto, su iniziativa e a vantaggio di un altro privato¹⁰. La pena privata, pertanto, si colloca nell’ambito della più ampia categoria delle sanzioni civili¹¹, dalle quali si distingue per l’elemento di specialità rappresentato dal suo contenuto tipicamente pecuniario, ma altresì per il fatto che essa consiste in una attribuzione patrimoniale il cui ammontare supera l’entità del pregiudizio da questi effettivamente sofferto. In questa eccedenza “risarcitoria” si rinviene perciò il tratto caratterizzante della figura in esame, volta a individuare più efficaci strumenti di tutela contro la violazione dolosa o gravemente colposa, di una posizione soggettiva giuridicamente tutelata.

Funzione della pena privata è infatti quella di disincentivare condotte antiggiuridiche, utilizzando uno strumento più snello rispetto a quello

¹⁰ S. Patti, “Pena privata” in *Digesto civile VI ed.*, Torino UTET.

¹¹ Nel novero delle sanzioni civili in generale, si collocano la decadenza dalla titolarità di un diritto, la nullità per violazione di norme imperative, nonché, secondo parte della dottrina, la stessa risoluzione del contratto; così Bobbio, voce “Sanzione” in *Noviss. Digesto italiano* Torino, 1969, p. 530 e Gavazzi, voce “Sanzione”, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1992, I.

risarcitorio e svincolato dalla prova del danno, le cui difficoltà probatorie spesso rischiano di risolversi in un indebito vantaggio per il danneggiante.

E tale funzione dell'istituto ci impone di considerarla, sin d'ora, come uno strumento che pure avendo natura privatistica, dispiega importanti funzioni pubblicistiche,¹² in particolare con riferimento alle ipotesi di illecito aquiliano.

Nel novero delle pene private sono oggi comunemente ricondotte molteplici fattispecie tra cui, a titolo meramente esemplificativo, ricordiamo: la clausola penale di cui all'art. 1382 c.c.; le sanzioni previste a fronte degli illeciti commessi a mezzo stampa di cui all'art. 12 della l.n. 47/1948; le sanzioni endoassociative di cui agli artt. 16 e 36 c.c.; le sanzioni comminate dal giudice ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. (nei casi di gravi inadempienze dei genitori rispetto ai provvedimenti emessi dal giudice in sede di separazione, a tutela degli interessi dei figli minori); nonché il risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'art 2059 c.c.¹³.

¹² Osseva G. Marini, "Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte II)", in *Riv. crit. dir. priv.* 2008, p. 238, che già nell'opera di G. Calabresi era presente l'esigenza di un superamento della distinzione tra l'area privatistica, costituita dalle leggi di mercato ed affidataria di un controllo decentrato dei comportamenti, e quella pubblicistica, deputata ad un controllo di tipo collettivo e centralizzato.

¹³ In tal senso Bonilini, "Pena privata e danno non patrimoniale" in *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 301 e ss..

Secondo una consolidata partizione, le pene private sarebbero classificabili in ragione della loro fonte, distinguendosi tra quelle di fonte negoziale e quelle di fonte legale ovvero giudiziale¹⁴.

In realtà è stato correttamente evidenziato come i confini definitivi delle suddette categorie non appaiono sempre nitidi, venendo le sanzioni di tipo legale e negoziale comunque irrogate dall'autorità giudiziaria, ed essendo, specularmente, quelle di tipo giudiziale comminate ad istanza di parte e sulla base di espresse previsioni normative¹⁵.

Si ritiene, perciò, opportuno distinguere le pene private in ragione della condotta oggetto di sanzione, la quale può consistere in un illecito extracontrattuale ovvero nell'inadempimento di una pregressa obbligazione, legale o negoziale. Si distingue in tal modo tra pene private da illecito extracontrattuale e pene private da inadempimento, anche se nel corso della trattazione (e solo per maggiore comodità di classificazione), non mancheranno riferimenti alle c.d. penali di fonte legale e giudiziale.

Così definita la pena privata e le sue partizioni, occorre brevemente esaminare la natura e la collocazione, nel sistema della responsabilità civile, dei c.d. "danni punitivi".

¹⁴ E. Moscati, "Pena" (dir. priv.) in *Enc. del diritto*, Milano, 1982; G. Ponzanelli, "Pena privata" in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990.

¹⁵ Così M.G. Baratella, "Le pene private", Milano, 2006, p. XIII; Cfr. anche P. Gallo "Pene private e responsabilità civile", Milano, 1996, p. 35.

L'istituto dei "*punitive damages*", che per origine e ambito applicativo si colloca all'interno dell'area del *common law*, si può virtualmente inserire all'interno del più ampio *genus* della pena privata. L'elemento di specialità che li caratterizza è rappresentato dalla loro portata applicativa – almeno teoricamente – più ridotta rispetto alla pena privata, in quanto i "danni punitivi" non possono trovare origine nella volontà negoziale delle parti¹⁶.

La categoria dei danni punitivi infatti, per come attualmente configurata negli ordinamenti che espressamente la riconoscono, si colloca in seno alla responsabilità extracontrattuale (*law of torts*), e se trova applicazione, ad oggi, anche in talune ipotesi di inadempimento del contratto, resta, però, - ed è questo il dato differenziale maggiormente significativo – preclusa ogni possibilità di una sua costituzione per via negoziale, da parte dei privati. A differenza del nostro ordinamento, infatti, in quelli di *common law* le "*penalty clauses*" (istituto omologo alla nostra clausola penale) non sono ammesse, essendo il potere punitivo affidato unicamente alla legge e sottratto, pertanto, all'autonomia privata.

Sotto un profilo funzionale, poi, i *punitive damages*, si caratterizzano per una finalità più marcatamente sanzionatoria rispetto alle pene private, in quanto sono volti a reprimere unicamente le condotte dolose, ovvero più

¹⁶ Cfr. F. Benatti "Correggere e punire. Dalla *law of torts* all'inadempimento del contratto", Milano, 2008, p. 348. In tal senso anche A. Zoppini, "La pena contrattuale", Milano, 1991, p. 42 e ss..

gravemente colpose, poste in essere dal danneggiante, e perciò quei comportamenti che generano rilevante biasimo e allarme sociale¹⁷.

Nonostante quanto osservato circa l'astratto rapporto di continenza tra pene private e *punitive damages*, occorre immediatamente precisare che le prime scontano negli ordinamenti continentali, un chiaro e stringente limite di tipicità non essendo ammessa, al di là di circoscritte ed eccezionali ipotesi, una generale funzione punitiva in seno all'istituto risarcitorio.

Diversamente, gli ordinamenti di *common law* accolgono una nozione più ampia di *punitive damages*, i quali si presentano come un istituto di portata applicativa generale, estesa a tutta l'area dei *torts*, e persino a talune ipotesi di *breach of contract* (inadempimento contrattuale).

A fronte delle differenze che analizzeremo nel corso della trattazione, preme sin d'ora ricordare come entrambi gli istituti tradiscano un'origine comune, rinvenibile nelle *actiones poenales* del diritto romano classico, in cui la responsabilità civile veniva concepita più come uno strumento sanzionatorio-repressivo di condotte illecite che non come un mezzo di riparazione del danno. Il riferimento è in particolare alla pena privata *ex maleficio*, consistente in una somma di danaro – solitamente pari ad un multiplo del danno cagionato – che il danneggiante era tenuto a pagare alla persona offesa, a titolo di sanzione¹⁸.

¹⁷ Si veda Patti, op. cit., secondo il quale l'elemento soggettivo richiesto per l'applicazione dei *punitive damages* è la c.d. *malice*.

¹⁸ Voci, "Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico", Milano, Giuffrè 1939.

Il progressivo superamento della commistione tra le funzioni punitive e quelle risarcitorie all'interno della sanzione, che segnò l'evoluzione degli ordinamenti dell'area continentale proiettandoli verso una definitiva e netta separazione tra sanzioni civili e sanzioni penali, non interessò in misura altrettanto radicale gli ordinamenti dell'area di *common law*, nei quali i profili sanzionatori della responsabilità civile continuarono a convivere con quelli più propriamente risarcitori.

Sicché, a fronte di una progressiva scomparsa delle pene private dagli ordinamenti dell'Europa continentale, si assistette, nel corso soprattutto dei secoli XIX e XX, ad una notevole espansione dei danni punitivi negli ordinamenti di *common law* ed in particolare in quello nordamericano, ove l'applicazione delle condanne per *punitive damages* è giunta – in tempi relativamente recenti – a toccare persino settori tradizionalmente ritenuti soggetti a responsabilità oggettiva (è il caso, ad esempio, della responsabilità del produttore).

La crescita esponenziale delle condanne “punitive” o “esemplari” comminate oltreoceano ha iniziato, così, a destare l'attenzione del giurista italiano, il quale a partire dagli anni ottanta del secolo scorso ha cominciato ad interrogarsi intorno alla utilità e alla ammissibilità di un utilizzo in senso sanzionatorio del sistema responsabilità. Per vero, sembra opportuno rilevare sin d'ora che il tema dei danni punitivi è stato affrontato, quasi

sempre, sotto la lente pregiudiziale di una marcata diffidenza,¹⁹ sull'assunto che il nostro sistema della responsabilità debba sottostare al primario e inderogabile imperativo di non attribuire al danneggiato nulla di più di quanto da questi sofferto. Tale assunto per le ragioni che innanzi esporremo, ci sembra non del tutto condivisibile, sol che si consideri che il mero risarcimento in sede applicativa, si risolve spesso in soluzioni fortemente indulgenti nei confronti del danneggiante, anche ove questi abbia agito con dolo. Infatti in tutti i casi in cui risulti difficile, per la parte lesa, fornire la prova di un tangibile pregiudizio, il danneggiante potrà ritenere i frutti della sua condotta antigiuridica.

Nonostante l'atteggiamento della dottrina maggioritaria sia ancora fortemente critico rispetto all'ammissibilità della figura, non si può negare che l'istituto dei danni punitivi stia iniziando a trovare sostegno anche nel nostro Paese, in alcuni casi sostenuto da interventi positivi del legislatore²⁰.

Le ragioni di una riscoperta dei danni punitivi²¹ sono numerose e non tutte necessitano di menzione in questa sede. Sembra solo opportuno ricordare come alcune acquisizioni culturali degli anni sessanta e settanta abbiano

¹⁹ P. Cendon, "Pena privata e diffamazione", in *Politica del diritto*, 1979, p. 149 e ss.

²⁰ Tra le recenti disposizioni normative che introducono fattispecie di danni punitivi si ricordano l'art. 709 ter c.p.c., l'art. 125 del Codice della proprietà industriale, nonché gli artt. 614 bis e 96 ult. comma c.p.c..

²¹ Osserva G. Ponzanelli, "Danni punitivi: no grazie", in *Foro it.*, 2007, I, 1462 che alla dottrina italiana più moderna "la funzione deterrente-afflittiva piace, anzi strapiace"; in senso conforme si veda anche L. Viola, "Danni punitivi e funzione sanzionatoria della responsabilità civile della P.A." in *Giustizia amm.*, 2007, p. 1093.

prodotto un'influenza determinante nel metodo di studio della responsabilità civile.

Ancora oggi, infatti, il civilista riconosce l'importanza fondamentale del ruolo svolto dall'istituto risarcitorio ai fini del controllo sociale delle attività potenzialmente dannose. Il riferimento è, in particolare, ai meritori contributi offerti dalla *Law and Economics*²² (LEA) in ordine alla possibilità di utilizzo della responsabilità civile quale strumento di governo dei comportamenti in chiave di efficienza economica.

Tale prospettiva metodologica orienta il giurista verso una considerazione del sistema responsabilità in termini non più meramente compensativi, ossia di semplice "giustizia correttiva", bensì anche "incentivanti" rispetto all'adozione di comportamenti economicamente efficienti, oltre che moralmente corretti.²³

Secondo le teorie dell'analisi economica, infatti, i danni altro non sono che costi sostenuti dalla società quale prezzo per lo svolgimento di determinate attività. Sul presupposto che detti costi non sempre vengono pagati dai danneggianti, funzione della responsabilità civile è quella di individuare

²² I primi studiosi che avvertirono l'importanza dell'applicazione degli schemi microeconomici al diritto civile furono P. Trimarchi, G. Calabresi e R. A. Posner.

²³ Per un espresso riferimento alla funzione moralizzatrice dei danni punitivi si veda Gallo "Pene private e responsabilità civile", Milano, 1996, p. 167; e Viola "I danni punitivi nella responsabilità civile della pubblica amministrazione dopo la l.n. 69/2009" in *La responsabilità civile*, febbraio 2010, p. 85 e ss., ove l'autore sottolinea la funzione preventiva dei danni punitivi rispetto agli illeciti "strategici" della P.A. nei confronti dei cittadini.

correttivi efficienti affinché la categoria dei soggetti generatrice di danni sia chiamata a sostenere l'intero costo delle esternalità da essa prodotte: ossia il prezzo di produzione sommato al prezzo di tutti i danni che essa ha riversato sulla collettività, in modo da selezionare le imprese che siano realmente efficienti.

Sulla base di queste sommarie premesse è agevole riscontrare come scopo della analisi economica del diritto non sia più soltanto la compensazione del danno, quanto piuttosto la sua prevenzione, la quale a sua volta transita per la individuazione di efficaci meccanismi di deterrenza.

Quale conseguenza di questo approccio, - del quale pure non si ignorano le criticità ed i limiti²⁴- gli studiosi della responsabilità civile sembrano legittimati a porsi il seguente quesito: fino a che punto la responsabilità civile può assurgere a strumento di moralizzazione delle condotte antigiuridiche?²⁵

Nel tentativo di fornire una risposta a questa domanda, sarà necessario dar conto delle prospettive metodologiche offerte dall'Analisi Economica del Diritto, e delle valutazioni da essa formulate in ordine alla utilità delle pene private all'interno di un sistema giuridico.

²⁴ Si veda in proposito D.D. Friedman "L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto", Bologna, 2004, p. 591 e ss..

²⁵ Cfr. P. Gallo, op. cit., p. 169.

CAPITOLO 3

LE PROSPETTIVE OFFERTE DALL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO.

1. Introduzione.

Uno studio sui danni punitivi che abbia quale obiettivo la valutazione della possibilità di trasporre l'istituto nel nostro ordinamento, deve necessariamente muovere da una preliminare analisi circa l'utilità stessa di tale recepimento.

Come abbiamo già sommariamente osservato, il tratto distintivo dell'istituto si apprezza sul piano della prevenzione delle condotte antiggiuridiche generatrici del danno.

Attraverso l'attribuzione al danneggiato di una somma maggiore rispetto all'ammontare del danno subito, gli ordinamenti di *common law* ritengono di potere disincentivare le condotte lesive poste in essere con dolo ovvero con colpa grave o "grossolana". È importante premettere sin d'ora come, in tali sistemi la concreta liquidazione dei *punitive damages* sia rimessa alla pressoché piena discrezionalità delle giurie, i cui verdetti fino ad un recente passato erano considerati intangibili e non soggetti ad obblighi di motivazione. Ciò ha determinato, nel tempo, un proliferare di condanne "eccessive" ed un conseguente fenomeno di iperdeterrenza che ha comportato, a sua volta, una crisi di quei sistemi di responsabilità civile ed

in particolare di quello nordamericano, costretti ad assistere ad una vera e propria fuga da certi settori produttivi, considerati a rischio di condanne punitive²⁶.

A dispetto di questi rilievi, la figura dei *punitive damages* non ha subito, però, se non in tempi assai recenti, alcuna censura di costituzionalità, trovando il proprio indiscusso fondamento in quelle primarie esigenze di deterrenza che bene sono state evidenziate dall'analisi economica del diritto.

Prima di addentrarci nello studio della *Law And Economics* in relazione al fondamento dei danni punitivi, sarà necessario premettere alcuni cenni in ordine alla natura stessa della disciplina giuseconomica, al suo metodo cognitivo ed infine agli influssi culturali generati nel pensiero del civilista puro.

²⁶ P. Gallo, op. cit., p. 29 e ss. e 50 e ss., definisce il fenomeno sovracompensativo come una *tort lottery* a cui è imputabile una "vera e propria crisi del sistema americano della responsabilità civile". Quali conseguenze di queste condanne milionarie, l'A. ricorda gli effetti disincantanti rispetto alla ricerca e alla produzione nel settore farmaceutico, ed un abbandono di determinati ambiti dell'attività medica, quali la ginecologia.

2. Metodo dell'analisi economica e principi di microeconomia.

L'analisi economica del diritto può essere definita come uno strumento di ricerca che si avvale dell'applicazione degli schemi microeconomici nello studio del diritto. Tra i padri fondatori della disciplina, la dottrina annovera Pietro Trimarchi da una parte, e a Ronald Coase e Guido Calabresi dall'altra²⁷. Detti autori, nel periodo compreso tra gli anni sessanta e gli anni settanta del secolo scorso, intuirono l'utilità che l'applicazione degli schemi microeconomici poteva avere nella comprensione degli istituti privatistici e nella selezione delle migliori decisioni normative ed interpretative del giurista.

Come è stato rettamente evidenziato²⁸, l'approccio metodologico della *LEA* è esattamente opposto rispetto a quello adottato dalla Dottrina pura del diritto di tipo kelseniano. In questa, la funzione del giurista è individuata nella interpretazione delle scelte operate in via definitiva dal legislatore, dalle quali il giurista non si può discostare. In tal senso assumono un significato primario la dogmatica giuridica e, in via strumentale, lo stesso linguaggio giuridico. Compito dell'interprete è, dunque, in questa prospettiva, non quello di creare, ovvero di adattare la norma alle esigenze

²⁷ Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, "Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile", Bologna, 1999.

²⁸ Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, op. cit., p. 15.

del divenire storico, ma quello di applicarne il contenuto, desumibile tra uno dei significati possibili palesati dal dato testuale.

Diametralmente opposte sono, invece, le premesse metodologiche da cui muove l'analisi economica del diritto, la quale riconosce espressamente un più ampio margine decisionale all'interprete, chiamato a partecipare attivamente alla attività "creatrice" dell'ordinamento. L'interpretazione viene, infatti, definita come un'attività di riempimento degli spazi vuoti presenti all'interno degli enunciati normativi. L'assunto è che ogni norma presenta indefettibilmente delle lacune, ovvero delle indeterminatezze, le quali sono a loro volta il precipitato dell'astrattezza della legge. Ne consegue che ogni disposizione necessita di essere riempita con contenuti precisi, seppure in detta attività di riempimento l'interprete è solito legittimare la propria decisione tramite il rinvio all'autorità del legislatore²⁹.

Sulla base di queste premesse la *Law And Economics* apre le porte ad una interpretazione non solo evolutiva ma anche finalistica dell'ordinamento giuridico. Il progressivo abbandono della dogmatica giuridica dischiude, infatti, nuove prospettive all'interprete, che viene chiamato a misurarsi direttamente con le conseguenze pratiche delle varie opzioni interpretative effettuabili.

²⁹ Idem, p. 17: "In tal modo l'interprete crea, legittimandosi, però, con l'asserzione che si tratta di interpretazioni (Foucault)".

Il giurista si trova, così, per la prima volta (il riferimento è agli ordinamenti di *civil law*) a dover considerare le proprie scelte in una dimensione teleologica, dovendo decidere nel senso della soluzione più “efficace”³⁰.

E veniamo, in tal modo, ad un ulteriore elemento di novità introdotto dalla *LEA* e relativo al metro di valutazione cui soggiacciono dette scelte. Esse, nella prospettiva dell’analisi economica, cessano di essere sottoposte ad un giudizio di valore formulato in termini di “giustizia” o di “ingiustizia”, e vengono esaminate alla luce del diverso principio della “efficienza economica”.

Una scelta viene definita “efficiente” quando viene massimizzato il grado di soddisfazione di un certo insieme di individui, in maniera tale che nessun cambiamento può essere introdotto senza che ne derivi un peggioramento della condizione di taluno di essi. In presenza di tali condizioni, l’equilibrio raggiunto viene definito come “Pareto-ottimale”.

L’elemento innovatore dell’analisi economica è ravvisato, pertanto, nella sua attitudine a considerare le norme giuridiche come un insieme di

³⁰ Sulla base di queste considerazioni è stato evidenziato come il metodo della *LEA* sembri *prima facie* più consono agli ordinamenti di *common law*, ove il diritto è frutto dell’attività creatrice di pochi ed esperienti giudici, selezionati in base a criteri di elevata professionalità e rappresentatività, e perciò in grado di effettuare scelte istituzionali rilevanti anche in presenza di testi legislativi poco chiari. Di contro si rileva che il metodo della *LEA* può risultare anche più utile nei sistemi di *civil law* al fine di consentire il superamento dei “processi ideologici non svelati del diritto”, in una prospettiva efficientista contrapposta al mero formalismo giuridico.

incentivi e disincentivi rivolti ai consociati, rispetto all'adozione o meno di comportamenti "efficienti" da un punto di vista collettivo.

Secondo tale prospettiva, quindi, la sanzione che accompagna il divieto non è posta a presidio di un indefinito principio di giustizia ma rappresenta il prezzo che il consociato deve essere disposto a pagare per la violazione della norma, e dunque per il pregiudizio causato alla stessa efficienza del sistema.

Come accennato all'inizio del paragrafo il fondamento dell'analisi economica del diritto si rinviene nella teoria microeconomica, il cui oggetto di studio sono le scelte compiute dai piccoli gruppi di individui. Presupposto della teoria microeconomica è la razionalità dei soggetti, i quali, avendo come obiettivo la "massimizzazione" dei loro "livelli di benessere", sono costretti ad effettuare delle scelte in ordine a come sfruttare le limitate risorse di cui dispongono.

La scelta da parte del soggetto della migliore alternativa tra quelle disponibili rappresenta, come già accennato, un processo di "massimizzazione". Obiettivo dell'analisi economica è, allora, quello di orientare le scelte degli individui verso una massimizzazione collettiva e dunque "efficiente" delle loro risorse.

In particolare, la funzione dell'analisi economica del diritto è quella di aiutare il giurista nella selezione di quelle regole che consentono una

efficiente allocazione delle risorse in vista del raggiungimento del maggior livello di benessere per l'intera collettività.

Un'importante applicazione della teoria economica basata sull'efficienza della norma, ha avuto ad oggetto il diritto di proprietà e lo strumento contrattuale.

Secondo il teorema formulato da R. Coase *quando i costi transattivi* (ossia i costi delle trattative precontrattuali) *sono uguali a zero, la negoziazione privata condurrà ad un efficiente uso delle risorse, indipendentemente dal contenuto dei diritti posti dall'ordinamento.* Ciò significa che in assenza di costi di transazione sarà il libero mercato a determinare la più efficiente allocazione delle risorse, senza che rilevi l'iniziale assegnazione dei diritti³¹.

L'assunto da cui muove la teoria coasiana è che le parti, se poste in condizioni di cooperare tra loro, troveranno la migliore soluzione allocativa delle risorse, attribuendole al soggetto che le valuta di più (ossia alla parte che è disposta a conseguirle al maggior prezzo). Ciò implica che la norma giuridica attributiva del diritto non è necessaria nei casi in cui le parti siano poste in condizioni di negoziare liberamente.

Infatti, attraverso le transazioni commerciali esse saranno in grado di correggere le iniziali allocazioni errate dei diritti, poste in essere dall'ordinamento giuridico.

³¹ Quella descritta è definita come la teoria cooperativa che è a sua volta un'applicazione della teoria microeconomica dei giochi.

Naturalmente affinché lo scambio dei diritti risulti efficiente per entrambi i contraenti, sarà necessario che il vantaggio economico prodotto dall'accordo superi il costo della transazione stessa. Altrimenti le parti piuttosto che contrattare saranno indotte a conformarsi alle scelte distributive effettuate dalla legge.

In presenza di costi negoziali contenuti, le parti tenderanno – secondo la teoria di Coase – ad accordarsi su soluzioni che determinano, per ciascuna di esse, il ricavo di un determinato vantaggio (*surplus*). La possibilità che le parti si accordino in tal modo deriva dal fatto che ogni individuo stima il valore di un bene in una misura diversa rispetto agli altri. Sicché è ben possibile che in sede di contrattazione le loro volontà convergano verso soluzioni che siano in grado di dividere in misura più o meno uguale, il surplus complessivo determinato dall'accordo.³²

Naturalmente il presupposto “coasiano” dell'assenza dei costi transattivi non costituisce la regola. Pertanto, la presenza di una norma giuridica sarà auspicabile in tutti i casi in cui la contrattazione non sia possibile: e ciò si verifica in presenza dei c.d. “fallimenti del mercato”.

³² Un esempio chiarirà meglio quanto detto. Ipotizziamo una compravendita tra un soggetto A ed un soggetto di B di un bene X. Ipotizziamo che A stima il valore di X in € 10 e B lo stima in € 20. Se l'accordo si conclude al prezzo di € 15 il vantaggio complessivo (surplus cooperativo) dell'operazione sarà pari ad € 10, cioè alla somma dei vantaggi netti conseguiti da A e da B. In tal caso le parti si sono accordate per dividere equamente detto surplus attribuendone il 50% ad A ed il 50% a B.

Le ipotesi di *market failures* sono oggetto di studio da parte della teoria microeconomica e sono riconducibili essenzialmente a quattro circostanze: 1) situazioni di monopolio; 2) presenza di esternalità; 3) presenza di beni pubblici; 4) asimmetrie informative tra i contraenti.

Nel caso della teoria economica della proprietà, abbiamo osservato che il presupposto della regola di Coase è l'assenza di costi transattivi o di negoziazione. Si può agevolmente riscontrare come questa circostanza, almeno nella sua assolutezza, si verifichi solo eccezionalmente. Infatti, un primo e determinante ostacolo rispetto al contenimento dei costi transattivi è la indisponibilità di informazioni³³. Tanto i potenziali venditori, quanto i potenziali compratori tenderanno ad occultare le rispettive informazioni rispetto al reale valore dell'affare. E ciò al fine di lucrare sull'eccedenza del valore/disvalore sconosciuto alla controparte. Questo fenomeno determina per i potenziali contraenti un dispendio di risorse nella ricerca delle informazioni utili, oltre che nell'attività di prevenzione rispetto alle liti potenziali, e può in ogni caso determinare l'abbandono delle trattative. In questo caso si determina una delle ipotesi di fallimento del mercato, rispetto alle quali, l'intervento del legislatore può tornare ad essere necessario.

Tralasciando ogni approfondimento sulle singole problematiche che concernono la dimensione giuseconomica del diritto di proprietà, è opportuno evidenziare che in presenza di fenomeni di totale fallimento del

³³ Vedi Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, op. cit., p. 100.

mercato, la funzione regolatrice della norma potrà giungere persino a disciplinare la distribuzione delle risorse, attraverso scelte di politica legislativa, non censurabili dall'analisi economica.

Diversamente, laddove il mercato sia in grado di funzionare solo in misura parziale, l'intervento normativo potrà assumere un ruolo più contenuto. In presenza di queste condizioni, infatti, la funzione della norma giuridica sarà quella di rimuovere gli ostacoli che pregiudicano la piena libertà di contrattazione tra i privati, restituendo efficienza al mercato. È quanto si verifica nei casi in cui l'intervento legislativo sia volto ad abbattere i costi delle transazioni. Costi che a loro volta possono derivare da una precedente norma giuridica (si tratta dei c.d. *costi endogeni* del diritto), ovvero da situazioni di mercato (ossia c.d. *costi esogeni*, quali la indisponibilità di informazioni). Questa funzione dell'intervento legislativo viene riassunta nel teorema normativo di Coase, secondo il quale *il diritto deve essere strutturato in maniera tale da rimuovere gli impedimenti agli accordi privati*³⁴; a tal proposito si osserva che gli accordi vengono favoriti da una formulazione chiara delle norme, nonché da una loro applicazione sicura ed univoca, in sede giurisprudenziale.

Quest'ultima precisazione ci conduce verso l'esame di una ulteriore applicazione dell'analisi economica allo studio del diritto. Si tratta del

³⁴ Idem, p. 106. L'intervento regolatore viene definito in questo caso come di "lubrificazione" del mercato.

profilo contrattuale, il quale come abbiamo visto è strettamente correlato con quello della proprietà.

Secondo la *LEA*, il diritto dei contratti, unitamente all'applicazione uniforme della legge, consentono di correggere i fallimenti del mercato che derivano dal mancato rispetto degli accordi stipulati tra i privati. In altre parole, la disciplina giuridica del contratto, se orientata alla luce dell'analisi economica, può servire, al pari del diritto di proprietà, a ristabilire quelle condizioni di cooperazione e di scambio che i privati naturalmente tendono a perseguire.

In definitiva, attraverso la regolazione dei contratti, il diritto deve correggere tutti quei fallimenti del mercato che sono determinati dai comportamenti opportunistici degli individui e che scoraggiano la naturale propensione dei soggetti allo scambio e al rispetto degli accordi. Ad esito della breve analisi effettuata e volendo trarre alcune sommarie conclusioni possiamo dire che la prospettiva giuseconomica si fonda su uno schema di relazione tra diritto ed economia così sintetizzabile: il primo dato è la presenza dell'economia nei rapporti tra privati, i quali sono naturalmente indotti agli scambi in funzione del conseguimento dei beni desiderati; secondariamente viene in rilievo il diritto, il cui fine è quello di porre rimedio alle storture generate dagli inevitabili fallimenti cui il mercato va incontro; infine si riafferma la dimensione economica, la quale deve guidare la scelta del giurista verso le soluzioni più utili a che il

mercato torni a funzionare garantendo, così, agli individui nuove e libere occasioni di contrattare.

3. *Analisi economica e responsabilità civile.*

Secondo i principi tradizionali della “giustizia correttiva” lo scopo della responsabilità civile è quello di compensare le vittime per i pregiudizi sofferti, al fine di ristabilire il loro iniziale livello di benessere³⁵.

Come abbiamo già osservato, l’analisi economica del diritto assume, invece, quale suo obiettivo, l’efficienza complessiva del sistema, la quale si ottiene attraverso la massimizzazione del grado di soddisfazione di tutti i consociati. In particolare, con riferimento al settore della responsabilità civile, scopo della *LEA* è quello di individuare le soluzioni giuridiche che incentivano i soggetti ad adottare i comportamenti più efficienti secondo una dimensione collettiva. In definitiva l’approccio della *Law And Economics* è quello di disegnare il sistema dei *Torts* in modo da creare incentivi ottimali affinché tutti i danneggiati siano chiamati a sostenere l’intero costo dei danni prodotti.

Nell’affrontare lo studio di detti incentivi, occorre considerare preliminarmente che la nozione di “danno” viene ricondotta, dalla teoria

³⁵ Si noti come tale definizione, applicata al risarcimento per equivalente, si presti ad una lettura in chiave anche giuseconomica, la quale a sua volta si basa sul principio della c.d. “curva di indifferenza”: secondo detto principio ogni individuo è potenzialmente disposto a commutare combinazioni diverse di reddito e di altri beni, purché la somma complessiva di detti valori resti invariata.

economica, all'interno del concetto di esternalità ed in particolare alla nozione di esternalità negativa.³⁶

In presenza di esternalità negative un soggetto produce un danno o un disservizio a terzi senza doverne sostenere il relativo costo.

In termini economici le conseguenze di un tale fenomeno si traducono in un equilibrio di mercato non ottimale. Ed infatti, la produzione di un bene, realizzato in presenza di costi esterni, determina un costo sociale di produzione che è superiore rispetto al costo di produzione sostenuto dal singolo.

Ragionando in tema di processi produttivi, si avrà che in presenza di “esternalità negative” il costo effettivamente sopportato dalla collettività divergerà – in quanto superiore – dal costo sostenuto dal produttore; questi potrà, pertanto, continuare un'attività produttiva che genera, nel complesso, più danni che ricchezza. Viceversa l'assenza di diseconomie, e dunque l'efficienza del sistema, dovrebbe comportare una eguaglianza tra i costi sociali e costi di produzione impiegati dalla singola impresa.

Scopo dell'analisi economica del diritto in tema di responsabilità civile è, pertanto, quello di indurre ogni soggetto a tener conto, nel proprio computo costi-benefici, di tutte le conseguenze economiche che la propria attività

³⁶ La definizione risale alle teorie di Marshall e Pigou, i quali, all'inizio del secolo scorso affrontarono il problema delle economie e diseconomie esterne (rispettivamente: esternalità positive e negative), definendole come effetti esterni all'attività produttiva che si riversano, in termini positivi o negativi, su soggetti estranei alla produzione.

genera, in modo da determinare l'abbandono di quelle condotte che seppur individualmente remunerative, sono, da un punto di vista sociale, complessivamente antieconomiche. Attraverso la creazione di incentivi ottimali, infatti, l'analisi economica mira a minimizzare il costo sociale degli incidenti, ossia – in termini speculari – a massimizzare il beneficio delle attività economiche creatrici del rischio, al netto degli incidenti stessi.³⁷

Lo strumentario utilizzato dalla *LEA* in questo processo di “minimizzazione” è rappresentato da un insieme di incentivi primari (posti all'indirizzo dei potenziali danneggianti) e secondari (diretti cioè alle potenziali vittime) volti a far sì che ciascun soggetto sopporti il prezzo delle diseconomie che genera. Il concetto descritto prende il nome di “internalizzazione” delle rispettive esternalità³⁸.

In un'opera considerata fondante della scienza giuseconomica, Guido Calabresi individuò il costo complessivo degli incidenti non dolosi, nella somma dei costi preventivi o di precauzione, dei costi del danno in sé, e dei costi transattivi.³⁹ Secondo Calabresi le regole della responsabilità civile

³⁷ G. Frezza e F. Parisi, “Responsabilità civile e analisi economica”, Milano, 2006, p.2.

³⁸ È bene precisare, peraltro, che le esternalità negative prodotte dalle vittime si identificano nella mancata adozione delle misure di prevenzione dei danni.

³⁹ G. Calabresi “Costo degli incidenti e responsabilità civile”, Milano, 1975. Per “costi transattivi” si intendono quei costi funzionali alla individuazione delle responsabilità dei soggetti coinvolti nel sinistro, mentre i “costi preventivi” sono quelli derivanti dall'adozione delle misure di precauzione rispetto agli incidenti.

dovrebbero tendere a minimizzare i costi sociali complessivi degli incidenti e cioè la somma dei costi preventivi, dei costi dei danni, e di quelli transattivi.

In relazione ai costi di prevenzione il primo problema che viene in rilievo è quello della individuazione dei soggetti chiamati a sostenerne i relativi oneri.⁴⁰ Adottando un criterio di imputazione basato sulla colpa si avrà che i costi di prevenzione degli incidenti verranno sopportati in parte dai potenziali danneggianti, e in parte dai potenziali danneggiati. In particolare il danneggiante sarà chiamato a rispondere dei danni solo nel caso di mancata adozione delle misure precauzionali richieste. Diversamente, qualora il sinistro si verifichi nonostante l'adozione delle dovute misure, nessun biasimo si potrà muovere al danneggiante e il danno dovrà restare in capo alla vittima.

Secondo l'approccio dell'analisi economica del diritto le ragioni della esclusione della responsabilità del danneggiante riposano sull'esigenza di incentivare anche le potenziali vittime a comportarsi in modo diligente, adottando le misure di precauzione opportune. Naturalmente la scelta di un sistema di responsabilità basato sulla colpa presuppone che siano

⁴⁰ Occorre considerare che le norme sugli obblighi di prevenzione sono anche norme sull'allocatione del danno, giacché il mancato rispetto degli obblighi precauzionali determina come conseguenza, in termini sanzionatori, la sopportazione del costo del danno.

riscontrabili dei doveri di attenzione anche in capo alle potenziali vittime: si configurano, in questo caso, i c.d. “obblighi di prevenzione “bilaterali.”⁴¹

Secondo la prospettiva giuseconomica, quindi, la scelta di un criterio di imputazione basato sulla colpa contribuisce a minimizzare quella parte del costo sociale degli incidenti che è rappresentata dai costi di prevenzione. E infatti, imponendo ai potenziali danneggianti l’obbligo risarcitorio nei soli casi in cui non abbiano tenuto una condotta diligente, li si esonera dal dovere di evitare il danno a tutti i costi. In questi casi l’adozione di misure precauzionali eccessive determinerebbe un aumento dei costi di prevenzione che non è giustificato dalla quantità dei danni attesi, con la conseguenza di un’ulteriore nuova inefficienza del sistema⁴².

In conclusione, una scelta giuridica economicamente efficiente (in presenza di obblighi precauzionali bilaterali) è quella che impone ai potenziali danneggianti un onere di precauzione che non superi la soglia ottimale di minimizzazione dei costi sociali degli incidenti: oltre detta soglia gli oneri precauzionali dovranno gravare sulle vittime potenziali, le quali sosterranno il costo del danno, quale conseguenza della mancata adozione delle misure di prevenzione.

È bene a questo punto evidenziare come le soluzioni approntate dall’analisi economica del diritto conducano a risultati pressoché identici a quelle della

⁴¹ Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, op. cit., p. 397.

“giustizia correttiva”. Tale considerazione, che per il momento può apparire prematura, ci tornerà utile più avanti, quando ci troveremo ad affrontare il delicato problema dell’ammissibilità dei danni punitivi, rispetto al quale le posizioni tradizionali della giustizia correttiva divergono da quelle cui perviene l’analisi economica del diritto.

Prima di passare all’analisi delle questioni relative ai *punitive damages* occorre brevemente considerare gli esiti dell’approccio giuseconomico in materia di responsabilità oggettiva.

Funzione della responsabilità oggettiva è quella di rendere il danneggiante responsabile dei danni da lui provocati a prescindere dal livello di precauzioni adottato. Naturalmente anche in caso di responsabilità oggettiva restano valide le considerazioni sopra svolte circa la necessità di minimizzare il costo sociale atteso degli incidenti. Sicché il potenziale danneggiante dovrà adottare tutte le misure che minimizzino il costo atteso degli incidenti senza eccedere in investimenti precauzionali diseconomici.

Anche in questo caso, pertanto, gli oneri di precauzione non dovranno superare la soglia ottimale di minimizzazione dei costi sociali degli incidenti, ossia non dovranno essere superiori a quelli da adottarsi in ipotesi di responsabilità per colpa.

⁴² Oneri precauzionali eccessivi costituiscono, infatti, un ostacolo alle attività produttive ovvero generano spese non giustificate dai danni attesi. Tutto ciò determina un nuovo aumento del costo sociale degli incidenti.

L'unica differenza rispetto al criterio colposo di imputazione è rappresentata dal fatto che il rispetto dei livelli di diligenza ottimali non esonera il danneggiante da responsabilità. Egli sarà tenuto in ogni caso a risarcire la vittima di ogni conseguenza dannosa che sia causalmente riconducibile alla sua attività. Naturalmente la conseguenza dell'applicazione di un criterio di imputazione oggettivo sarà che le vittime potenziali non saranno incentivate all'adozione di alcuna misura preventiva rispetto ai danni potenziali. Secondo l'analisi economica del diritto l'adozione di detto criterio è economicamente efficiente laddove ricorrano tre condizioni: 1) la tecnologia di prevenzione dei danni deve essere a disposizione di una sola parte (si parla di possibilità di prevenzione unilaterale);⁴³ 2) la qualità di soggetto potenzialmente danneggiato e di soggetto potenzialmente danneggiante deve essere nota *ex ante*; 3) il risarcimento attribuito alla vittima deve essere perfetto. Ricorrendo queste tre condizioni la scelta normativa maggiormente efficiente dovrà essere indirizzata verso l'adozione di un criterio di responsabilità oggettiva. Ed infatti, in caso contrario, si graverà la vittima dell'onere di sopportare danni, rispetto al cui verificarsi, essa non aveva alcuna responsabilità complementare. L'inefficienza economica di detta soluzione si può individuare nella circostanza che le vittime potenziali potrebbero disertare quelle attività produttive che siano per loro potenzialmente dannose.

⁴³ Si pensi alle ipotesi di incidenti aerei o nucleari.

4. Analisi economica del diritto e danni punitivi.

L'esame delle acquisizioni dell'analisi economica in tema di responsabilità civile colposa e oggettiva, ci consente a questo punto di meglio comprendere la funzione dei risarcimenti punitivi.

Punto di partenza della nostra ricerca è rappresentato ovviamente dall'ammontare del risarcimento del danno.

Le premesse sinora svolte, unitamente alla considerazione del risarcimento quale mezzo di internalizzazione delle esternalità negative, ci portano a concludere che il risarcimento integrale costituisce un incentivo ottimale rispetto alla prevenzione dei danni, e, quindi, rispetto ad una attenta considerazione per gli interessi altrui.

In realtà, però, occorre evidenziare i limiti applicativi che la dimensione disincentivante del risarcimento incontra nella prassi. Ed infatti, valutando il modello teorico in relazione alle sue applicazioni concrete si dovrà osservare che il risarcimento del danno, per realizzare una "integrale" riallocazione dei costi in capo ai soggetti creatori del rischio, presuppone che ad ogni danno faccia seguito una condanna, ovvero che ogni pregiudizio subito da ciascuna vittima venga reinternalizzato in capo al soggetto agente. In che, evidentemente, non costituisce la regola.

Le informazioni di cui si dispone per l'identificazione del colpevole sono, infatti, spesso, carenti; i procedimenti giudiziari sono lunghi, dispendiosi e

molte volte dagli esiti incerti, ed inoltre (e proprio per le suddette ragioni) non sempre le vittime ritengono utile far valere i loro diritti in giudizio.

Utilizzando un approccio giuseconomico, le conseguenze che è possibile trarre da questo dato sono che la categoria dei danneggianti (o meglio, la categoria dei danneggianti che tali sono rispetto a determinati tipi di illecito) sarà chiamata ad internalizzare solo una porzione delle esternalità riversate in capo alla (corrispondente) categoria dei danneggiati. Ne deriva che il costo di alcune esternalità non verrà sopportato dai soggetti agenti e rimarrà a carico delle vittime e, dunque, della stessa collettività.

Inoltre, tra le diverse conseguenze ascrivibili al detto fenomeno, riscontriamo che la mancata riallocazione dei danni determina un ulteriore disincentivo, per i futuri danneggianti, rispetto all'adozione di condotte efficienti. Ed infatti, è logico attendersi – sia secondo una prospettiva giuseconomica, sia in base a ragioni di intuitiva evidenza – che la mancanza di correttivi efficaci, indurrà individui razionali a non considerare in futuro i costi esterni delle proprie attività.

La funzione dei danni punitivi si apprezza, allora, in quanto volta a massimizzare il grado di soddisfazione delle categorie dei danneggianti e dei danneggiati, considerate in una dimensione collettiva.

Attraverso l'attribuzione alle vittime di una somma superiore rispetto ai danni subiti, si mira ad internalizzare, in capo ai danneggianti, il costo sociale dei danni da questi prodotti, ma non risarciti.

Con maggiore impegno esplicativo, i danni punitivi rappresentano un correttivo rispetto al risarcimento del danno, un meccanismo volto, cioè, ad internalizzare tutte quelle diseconomie che ancora residuano in capo alla collettività, in conseguenza del fatto che non tutte le vittime vengono concretamente risarcite dei pregiudizi subiti.

“Se chiamiamo dispersione nell’implementazione il fatto che solo la metà dei consumatori danneggiati faccia azione contro l’impresa, la formula generale si ricava sostenendo che i danni punitivi devono essere un moltiplicatore di quelli risarcitori, pari all’universo della frazione che rappresenta la dispersione nell’implementazione delle regole di responsabilità [...]”. In definitiva i danni punitivi servono a *“ristabilire una situazione di risarcimenti perfetti in assenza di dispersione nell’implementazione, o di altri fattori di disturbo quali costi processuali o di altro genere.”*⁴⁴

È evidente che la ragione giustificatrice dei danni punitivi non si rinviene su un piano esclusivamente morale, essendo fondata, invece, su considerazioni di ordine economico, ovvero di efficienza del mercato. Essi rappresentano uno strumento di *“internalizzazione perfetta dei costi esterni creati dall’attività intenzionale del danneggiante, il quale ha speculato proprio sull’esistenza di difetti del sistema che potevano non permettere un’adeguata internalizzazione del costo sociale da lui creato”*⁴⁵.

⁴⁴ Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, op. cit., p. 437.

⁴⁵ Idem, p.438.

Buona parte dei giuristi nordamericani confermano ancora oggi che la finalità sanzionatorio-deterrente dei *punitive damages* rappresenta, in assenza di fenomeni di sovradeterrenza (*overkill*), uno strumento economicamente efficiente rispetto al contenimento del costo sociale degli incidenti.

La *Law and Economics* individua l'opportunità di applicazione dei danni punitivi in presenza di casi diversi, ai quali, però, corrispondono altrettanti criteri differenti relativi alla determinazione del *quantum* del risarcimento.

Il primo caso è quello dell'illecito commesso da un danneggiante che si sia rappresentato concrete possibilità di sfuggire alla condanna (c. d. "*escape liability*"). Tale circostanza, si verifica in tutti i casi in cui il danneggiante si sia prefigurato le difficoltà (economiche e processuali) che la vittima dovrà affrontare per far valere il suo diritto in giudizio, e ne abbia conseguentemente profittato, scegliendo di tenere la condotta antigiuridica.

Un secondo caso è quello rappresentato dai c. d. "illeciti strategici"⁴⁶ o seriali, ossia quegli illeciti che vengono commessi in danno di un soggetto, con la precisa finalità di scoraggiare altri soggetti, posti nelle medesime condizioni, dal far valere in giudizio i loro diritti. Queste condotte, in particolare, vedono spesso coinvolte, dal lato attivo, le stesse pubbliche

⁴⁶ D. Friedman, op.cit, 398.

amministrazioni⁴⁷ nonché grosse imprese, in grado di esercitare un considerevole potere di fatto su consumatori ed utenti.

Occorre precisare, peraltro, che, conformemente a quanto avviene nei casi di “*escape liability*” il presupposto disincentivante dell’illecito strategico si rinviene pur sempre nella lunghezza, nei costi e nelle incertezze del giudizio civile. In tal caso il danneggiante che temerariamente resiste all’azione civile, profitta di dette circostanze, caricando l’attore *in bonis* di costi difficilmente ripetibili⁴⁸ e al tempo stesso, dando prova, a tutti gli attori potenziali, di una certa propensione alla lite. Tutto ciò può ben dispiegare effetti intimidatori sui vari soggetti danneggiati, i quali saranno indotti, in molti casi, a desistere da ogni velleità risarcitoria.

Un terzo caso è quello dell’illecito commesso al fine di lucrare un profitto il cui ammontare è superiore rispetto ai danni cagionati alla vittima. In queste ipotesi la sola condanna al pagamento dei *compensatory damages* (ossia del risarcimento in senso stretto) non assicurerebbe una idonea funzione deterrente rispetto all’illecito, giacché anche a fronte della esecuzione della sentenza, il danneggiante residuerebbe, comunque, un profitto netto che potrà ritenere per sé.⁴⁹

⁴⁷ L. Viola “Danni punitivi e funzione sanzionatoria della responsabilità civile della P.A.”, in *Giustizia amm.*, 2007, p. 1087.

⁴⁸ Sulla non ripetibilità di tutte le spese di giudizio si veda A. Giussani “Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica”, in *Resp. Civ. e prev.*, 2002, p. 315 e ss.

⁴⁹ P. Pardolesi “Profitto illecito e risarcimento del danno”, Università degli studi di Trento, 2005, p. 26 e ss..

Se quelle ora rappresentate costituiscono le diverse ragioni per cui è posto in essere l'illecito, occorrerà procedere nella individuazione delle opportune e differenti risposte sanzionatorie, che l'ordinamento può approntare in vista di un obiettivo di deterrenza che sia davvero efficiente⁵⁰.

A tal proposito abbiamo già osservato che il migliore disincentivo rispetto alle condotte dannose è dato dalla totale internalizzazione delle esternalità prodotte. Pertanto, una volta individuate le diseconomie (ossia le esternalità negative) occorrerà quantificarle nella loro interezza al fine di ricollocarle, tramite lo strumento risarcitorio, in capo ai soggetti danneggiati.

Se queste sono le premesse si renderà allora opportuno diversificare il *quantum* dei danni punitivi in relazione al tipo di illecito commesso e, quindi, al concreto ammontare delle esternalità realizzate.

Di conseguenza la risposta dell'ordinamento, in termini punitivi, dovrà modularsi diversamente a seconda che l'illecito sia commesso in situazioni di *escape liability*, di illecito seriale, ovvero di guadagno del danneggiante superiore al danno della vittima.

I primi due casi possono essere, in realtà, esaminati congiuntamente. Essi rappresentano quelle circostanze in cui la misura complessiva dei

⁵⁰ Sulla varietà dell'apparato sanzionatorio della responsabilità civile si veda G. Calabresi "Costo degli incidenti e responsabilità civile", p. 33.: "il risultato dell'analisi che ci proponiamo non sarà certo un sistema di riforma valido per tutti i tipi di sinistri. Ciò richiederebbe una valutazione di ciascun fine in relazione a ciascun tipo di sinistro,

risarcimenti che vengono corrisposti alle vittime è inferiore alla somma totale dei danni cagionati. Ciò può essere causato, come abbiamo visto, dalla difficoltà per la vittima di individuare il danneggiante, ovvero di assicurarsi le prove di una sua responsabilità, nonché dalla mancanza di volontà o di possibilità in ordine alla sopportazione di tempi e costi del giudizio. In presenza di dette circostanze la misura sanzionatoria idonea a svolgere una funzione efficacemente deterrente, ossia una funzione di “implementazione” dei risarcimenti finalizzata ad ottenere “risarcimenti perfetti”, sarà quella del c.d. “*multiplier principle*”. Il principio, elaborato da Polinsky e Shavell⁵¹, prevede che in tutti i casi in cui il danneggiante abbia una significativa probabilità di non essere condannato al risarcimento, la condanna per quel tipo di illecito deve ammontare al danno causato, moltiplicato per le probabilità che il danneggiante sia ritenuto responsabile (*multiplier principle*).⁵²

giacché l'importanza di ciascun fine può ben variare con il variare dei settori in cui i sinistri si verificano”.

⁵¹ M. Polinsky e S. Shavell, “Punitive Damages an Economic Analysis”, in 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, p. 869.

⁵² In realtà nella giurisprudenza di alcuni Stati del Nord America si riscontra anche l'utilizzo del criterio del patrimonio del convenuto. Sul punto si riscontrano, però, le critiche di dottrina e giurisprudenza maggioritarie le quali rilevano che la teoria della deterrenza è fondata unicamente sull'analisi di costi e benefici della singola condotta; e che detto rapporto non cambia al variare della ricchezza del convenuto. Sicché l'elemento del patrimonio del danneggiante non rileva da un punto di vista giuseconomico.

In realtà detto modello è stato oggetto di recenti critiche da parte della stessa Corte Suprema degli Stati Uniti,⁵³ la quale lo ha ritenuto illegittimo alla luce del principio costituzionale della *due process clause* di cui al XIV emendamento della Costituzione Federale⁵⁴. Si è, infatti, evidenziato che l'attribuzione all'attore di danni punitivi, quantificati in misura da ricomprendere anche i pregiudizi subiti da soggetti rimasti estranei al giudizio, equivarrebbe nella sostanza ad una espropriazione dei loro diritti al risarcimento del danno⁵⁵. Nella stessa occasione, però, la Corte Suprema ha precisato che l'entità del danno subito da soggetti terzi può venire in rilievo ai diversi fini della valutazione della gravità della condotta antiggiuridica. La Corte, dunque, sembra lasciare aperta la possibilità di

⁵³ Vedi *Foro it.*, 2008, p. 179, "I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana" con nota di G. Ponzanelli.

⁵⁴ "Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of law".

⁵⁵ In proposito la dottrina nordamericana parla di "*windfall*", ossia di "fortuna inaspettata" che determina, però, una cattiva allocazione delle somme risarcitorie. Al fine di superare questa situazione di inefficienza, Mitchell Polinsky propone di evitare che l'intera posta risarcitoria venga attribuita al danneggiato a titolo di danni punitivi, avendo egli diritto, unicamente, al risarcimento per il danno sofferto e alla rifusione delle spese di giudizio, mentre le somme concesse a titolo di danni punitivi dovrebbero – secondo l'autore – essere attribuite allo Stato (si veda, in proposito Ponzanelli "Non c'è due senza tre: la Corte Suprema USA salva ancora i danni punitivi", in *Foro.it.*, 1994, p. 95). In senso conforme, v. Gallo "Pene private e responsabilità civile", Milano, 1996, p. 201, secondo il quale "anche in giurisprudenza si va sempre più affermando la regola dello *split recovery*, in base alla quale solo parte della somma devoluta viene in concreto elargita a chi ha agito in giudizio; il residuo viene viceversa attribuito allo Stato o a qualche altro fondo pubblico".

considerare l'intero danno cagionato, seppure detta valutazione non rilevi a fini della diretta liquidazione dei *punitive damages*, bensì al solo fine di valutare la gravità della condotta del danneggiante (valutazione che, poi, però si riflette, comunque, sulla quantificazione dei danni punitivi).

Un diverso metodo di calcolo dei danni punitivi è, invece, quello applicabile alle ipotesi di illecito efficiente, in cui il vantaggio economico conseguito da chi abbia indebitamente violato un diritto altrui risulti maggiore del pregiudizio del danneggiato. In questi casi il semplice risarcimento del danno può non rivelarsi uno strumento realmente utile dal punto di vista della deterrenza. In presenza di questo tipo di fattispecie alcuni ordinamenti di *common law* ritengono applicabile il rimedio punitivo (o *quasi-punitive*) del *disgorgement*, ossia un rimedio a mezzo del quale si garantisce alla vittima un risarcimento del danno basato non già sulla perdita da essa subita, bensì sui profitti che la controparte ha realizzato in conseguenza dell'illecito. In definitiva il ricorso ai danni punitivi in materia di illeciti dolosi "efficienti" trova giustificazione nell'esigenza di evitare che la responsabilità civile possa divenire uno strumento di scambio dei beni, preferibile rispetto al contratto.⁵⁶ Se infatti la funzione della responsabilità civile viene individuata unicamente nella esigenza di reintegrazione del patrimonio della vittima, ben può configurarsi l'ipotesi in cui taluno ritenga preferibile appropriarsi illecitamente di un bene, piuttosto

⁵⁶ Posner, "Economic Analysis of Law", Boston, 1972, p. 77.

che conseguirlo a mezzo di una normale contrattazione. Ed infatti, il prezzo del risarcimento può bene essere inferiore rispetto al valore del bene come stimato dal potenziale alienante. Ne deriva in questi casi un possibile “ravvicinamento” tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁵⁷. Sulla base di queste premesse è allora possibile apprezzare – in chiave giuseconomica – la funzione di tutela del mercato, svolta dai danni punitivi. Attraverso lo strumento sanzionatorio l’ordinamento scoraggia il ricorso all’atto illecito quale strumento di appropriazione dei beni.

Sul punto, merita di essere ricordata una partizione, effettuata da G. Calabresi, in seno ai rimedi posti dall’ordinamento a tutela delle situazioni giuridiche soggettive⁵⁸. L’Autore evidenzia come il tipo di tutela più forte tra quelli disponibili, è quello dell’inibitoria. Attraverso detto rimedio il proprietario potrà escludere ogni forma di trasferimento del diritto che si determini al di fuori dello strumento negoziale. Accordando questo tipo di tutela l’ordinamento dimostra fattivamente di prediligere la via contrattuale ai fini della circolazione dei diritti, censurando ogni forma di equivalenza tra contratto ed atto illecito.

Lo strumento dei danni punitivi si colloca allora in questa direzione, in quanto nel punire il danneggiante, determina una divaricazione tra responsabilità civile e contratto.

⁵⁷ Busnelli, “Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale” in *Resp. Civ. e prev.*, 1977, p. 748.

Si noti, peraltro, come le medesime considerazioni valgono, anche assumendo una prospettiva di giustizia correttiva. Ed infatti il rifiuto di una prospettiva di fungibilità tra danno e contratto si risolve nella tutela delle relazioni giuridiche, e di conseguenze nella tutela della stessa certezza del diritto⁵⁹.

A fronte di questi rilievi si noti come, peraltro, l'applicabilità dell'istituto del *disgorgement* risulti ad oggi ampiamente dibattuta, soprattutto nell'ambito della stessa *law and economics*. Vi è, infatti, chi ritiene, comunque, economicamente inefficiente punire un comportamento che di per sé sia produttivo di maggiore ricchezza.⁶⁰

Prima di concludere occorre effettuare un'ultima precisazione.

La concessione di condanne punitive risulta efficiente solo in ipotesi di illeciti intenzionali o dolosi. Infatti, secondo quanto abbiamo osservato in tema di responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, in entrambi i casi, gli oneri precauzionali dei potenziali danneggianti devono mantenersi entro un costo che non sia superiore al valore dei danni attesi. Altrimenti, l'adozione di misure di sicurezza ulteriori comporterebbe che il costo sociale degli incidenti, sceso in conseguenza degli incidenti evitati, tornerebbe a crescere per via dei costi di prevenzione eccessivi.

⁵⁸ Calabresi e Melamed "Property Rules, Liability Rules, Inalienability, a View of The Cathedral", 85 *Harv. Law Rev.*, 1972, 1089.

⁵⁹ P. Gallo, op. cit., p. 70.

⁶⁰ P. Pardolesi, op. cit. p. 26 e ss.

Tanto premesso è agevole rilevare come la comminazione di condanne punitive in caso di illeciti colposi o non colposi (responsabilità oggettiva) avrebbe quale conseguenza negativa l'adozione, da parte dei potenziali danneggianti, di misure di sicurezza eccessive e dunque subottimali.

Ne risulta, dunque, confermata l'inopportunità di far ricorso ai danni punitivi in presenza di colpa ovvero di semplice responsabilità oggettiva.

Se quelli sinora rappresentati costituiscono gli esiti dell'analisi economica applicata allo studio dei danni punitivi, occorre adesso esaminare la disciplina dei *punitive damages*, nei diversi ordinamenti che accolgono l'istituto.

CAPITOLO 4

LO SVILUPPO DEI *PUNITIVE DAMAGES* NELL'ESPERIENZA DEL *COMMON LAW*.

1. Origini e funzioni dei punitive damages.

I *Punitive damages* trovano applicazione nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (*Law of Tort*) degli ordinamenti di *common law*, dove vengono solitamente concessi in aggiunta ai danni compensativi⁶¹.

Sebbene le prime fattispecie di danni punitivi siano presenti già in alcuni *statutes* dell'Inghilterra del XIII secolo, ove si prevedevano sanzioni pari al triplo o al doppio del danno cagionato⁶², l'istituto trovò una compiuta definizione nel corso dei secoli XVIII e XIX, epoca in cui le Corti inglesi cominciarono ad evidenziarne espressamente la funzione deterrente e sanzionatoria⁶³.

⁶¹ I *compensatory damages* svolgono una funzione propriamente risarcitoria e si distinguono in *general* e *special*. I primi sono liquidabili unicamente ove richiesti e provati dal danneggiato, i secondi possono essere liquidati anche in mancanza di specifica istanza e in via presuntiva.

⁶² Gli esempi sono quello dello statuto del Gloucester del 1278, ove si stabiliva il *treble damages for waste*, e quello del *double damages* per il delitto di *trespass* nei confronti dei religiosi.

⁶³ I primi casi giurisprudenziali ai quali viene fatta risalire la nascita degli *exemplary damages* sono del 1763: *Wilkes vs Wood* e *Huckle vs Money*. Il primo caso riguardava la perquisizione illegale della casa editrice di un giornale accusato di aver pubblicato articoli diffamatori nei confronti della Corona. Il secondo caso concerneva l'arresto illegittimo di un tipografo trattenuto in carcere per circa sei ore e destinatario di una perquisizione illegale presso la sua abitazione. In entrambe le circostanze le sanzioni pecuniarie furono

In realtà una comprensione approfondita dei danni punitivi⁶⁴ e della funzione da essi svolta all'interno degli ordinamenti di *common law* non può prescindere da una più compiuta analisi delle origini stesse dell'istituto.

Sul punto si rinvengono in dottrina due diversi orientamenti.

Secondo alcuni autori, la ragione giustificativa dei *punitive damages* è da rinvenirsi nella presenza delle giurie nell'ambito del processo inglese.

In particolare la funzione svolta dai giurati era quella di modulare l'ammontare del risarcimento in ragione della gravità del danno cagionato e della antiggiuridicità della condotta del danneggiante. A differenza dell'antica *Anglo-Saxon law* che prevedeva un sistema risarcitorio basato su tariffe fisse, le *King's Courts*, ritennero, infatti, più efficace un sistema sanzionatorio flessibile, in grado di adattarsi alle circostanze del caso concreto. I giurati, inoltre, venivano scelti per la loro conoscenza delle parti in causa e dei fatti oggetto del processo, sicché le corti, nella maggior parte dei casi, si astenevano dal modificare i verdetti delle giurie, anche laddove i risarcimenti concessi fossero stati superiori rispetto ai danni effettivamente subiti dalle vittime. Così, a fronte della astratta possibilità per il condannato di ricorrere contro le statuizioni della giuria tramite l'istituto processuale

motivate dalla necessità di punire in misura esemplare condotte giudicate particolarmente biasimevoli, giacché lesive delle libertà personali

⁶³ In Inghilterra i danni punitivi prendono il nome di "*exemplary damages*".

del *writ of attaint*, tale rimedio trovò, nei fatti, una scarsa applicazione fino a cadere progressivamente in disuso⁶⁵.

Si giunse in tal modo a sostenere che i danni punitivi sono il frutto della struttura stessa del processo inglese, il quale, secondo la tesi in esame, non permetterebbe la modificazione dei verdetti delle giurie.

In verità si è evidenziato come questa impostazione appaia quantomeno riduttiva, essendo formalmente sempre riconosciuto in capo ai giudici di *common law*, il potere di modificare l'ammontare dei risarcimenti eccessivi⁶⁶.

Una diversa dottrina ritiene, pertanto, di identificare le ragioni giustificative dei *punitive damages* nell'esigenza di compensare il danneggiato per l'oltraggio (ovvero per l'*emotional distress*) subito a causa dell'illecito, 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 difficilmente quantificabili quali sono quelle cagionate all'onore e alla reputazione della vittima⁶⁷.

⁶⁵ Il *writ of attaint* era un mezzo di impugnazione esperibile contro i verdetti della giuria nei casi in cui vi fosse la prova della loro falsità. In tal caso una diversa giuria veniva chiamata a pronunciarsi sulla correttezza del primo verdetto, e nei casi di accertata mala fede della giuria che lo aveva emesso, questa diveniva destinataria di una sentenza di condanna.

⁶⁶ F. Benatti, op. cit., p. 6.

⁶⁷ Così F. Benatti, op. cit., p. 6 e ss.. Cfr. anche P. Gallo, "Pene private e responsabilità civile" cit., p. 48 secondo il quale la giurisprudenza inglese, successivamente ai casi *Huckle vs Money* e *Wilkes vs Wood* ha ripetutamente accordato i danni punitivi a tutela di

Anche questa tesi presta, però, il fianco a talune criticità, in ragione del fatto che mentre i danni morali sono pur sempre correlati ai patimenti subiti dalla vittima, quelli punitivi vengono rapportati alla gravità della condotta del soggetto agente. Presupposto imprescindibile per l'applicazione dei danni punitivi nell'ambito dei *torts* è, infatti, una condotta connotata dai tratti della *malice*⁶⁸, non essendo sufficiente la mera negligenza del danneggiante.

Sicché, se è vero che i danni punitivi hanno svolto una funzione compensativa in quelle ipotesi in cui risultava difficile quantificare un danno non strettamente patrimoniale, risulta altrettanto vero che la loro natura non è meramente risarcitoria, venendo essi quantificati anche in ragione della condotta antigiuridica del danneggiante.

Le funzioni dei danni punitivi si rinviene, pertanto, in una finalità primariamente (anche se non esclusivamente) sanzionatoria, essendo essi volti a scoraggiare la realizzazione di condotte illecite dannose.

Risulta, in conclusione, maggiormente condivisibile la tesi che ricostruisce l'origine dei *punitive damages* come l'esito dell'interazione di diverse necessità che erano ad un tempo di natura processuale (la presenza di una

diritti non patrimoniali della persona con particolare riguardo a quelli relativi all'onore e alla riservatezza.

⁶⁸ Molteplici sono i significati attribuiti al termine *malice*. Esso indica: intenzione illecita (dolo), mala fede, ostilità, finalità fraudolenta, consapevolezza di arrecare pregiudizio e noncuranza per i diritti altrui. Il termine abbraccia, quindi tutti quegli stati soggettivi che vanno dalla colpa con previsione (o colpa cosciente) al dolo, passando per il dolo eventuale.

giuria, e la necessità di liquidare equitativamente danni non patrimoniali), e sostanziale (la finalità sanzionatorio-deterrente), le quali, insieme, determinarono l'affermazione e, quindi, il successivo sviluppo dell'istituto⁶⁹.

⁶⁹ Benatti, op. cit. p. 7.

2. I limiti all'espansione degli *exemplary damages*: l'esperienza inglese e quella degli altri ordinamenti del *Common Law*.

Dopo aver rinvenuto le origini dei *punitive damages* nell'Inghilterra del XVIII secolo⁷⁰ occorre, ulteriormente, verificare la struttura e i limiti applicativi dell'istituto nell'ambito degli ordinamenti contemporanei di *common law*.

Prendendo le mosse dall'esperienza inglese, si rileva come a fronte di un iniziale e repentino sviluppo, l'applicazione dei *punitive damages* ha subito una battuta d'arresto nel 1964 con il caso *Rookes vs Barnard*.

In quell'occasione la *House of Lord*, in accoglimento delle numerose perplessità sollevate in dottrina nei confronti della imprevedibilità ed eccessività delle condanne punitive, ha circoscritto la loro applicazione a determinate e tassative fattispecie. In particolare venne accolta la tesi restrittiva caldeggiata da Lord Devlin il quale riteneva comminabili i *punitive damages* in presenza solo di tre tipologie di illecito.

Primariamente a fronte di atti oppressivi, arbitrari o incostituzionali posti in essere dalla pubblica amministrazione, e consistenti in un abuso di potere o nella violazione di diritti fondamentali del cittadino⁷¹.

⁷⁰ L'intera storia del diritto è, in verità, costellata di esperienze sanzionatorie di carattere pecuniario: fin dal codice di Hammurabi, e dalle leggi mosaiche, per giungere alla Torah ebraica, nonché al pensiero greco (il Protagora di Platone) e, quindi, alle leggi romane dell'età classica.

⁷¹ Benatti, op. cit., 8; P. Gallo, op. cit., p. 48; M. G. Baratella, "Le pene private", Milano 2006, p. 202.

In secondo luogo in tutti i casi in cui il danneggiante riesca a ricavare, quale conseguenza prevista della sua condotta illecita, un profitto (anche non necessariamente economico) superiore rispetto al danno provocato.

La terza categoria è quella, infine, in cui i *punitive damages* vengono espressamente previsti da una disposizione di legge.

Resta ferma la necessità, quale presupposto imprescindibile per la condanna agli *exemplary damages*, di una condotta connotata dai tratti della *malice*.

Ancora oggi, e nonostante l'opinione contraria di alcuni suoi membri, nonché della stessa *Law Commission*, favorevole ad una riesplorazione dell'ambito applicativo dei *punitive damages*, la *House of Lords* continua a mantenere una posizione particolarmente prudente. I danni punitivi vengono, infatti, concessi solo nella suddette tassative ipotesi, la cui ricorrenza deve essere, peraltro, oggetto di una precisa prova da parte dell'attore. Essi, inoltre, restano confinati nell'ambito della *Law of Torts*, con esclusione, quindi, di ogni loro applicazione nelle ipotesi di inadempimento contrattuale (*breach of contract*).

Problema ulteriore rispetto all'individuazione delle fattispecie in cui gli *exemplary damages* trovano applicazione, è quello della determinazione del loro ammontare. Il rischio di sanzioni punitive sproporzionate e quindi in grado di porre in essere fenomeni di sovradeterrenza è aggravato, peraltro, dalla assenza - nel giudizio sulla responsabilità civile - delle garanzie proprie del procedimento penale. Per tale ragione, a partire dagli anni

novanta del secolo scorso, si è assistito ad un progressivo fenomeno di contenimento delle condanne punitive, realizzato attraverso una inversione di quella tendenza, ormai invalsa nella prassi, di non modificare i verdetti delle giurie. Nel 1997 con il caso *Thompson vs Commissioner of Police of the Metropolis*, si sancì espressamente il principio secondo cui i danni punitivi devono essere contenuti nella misura sufficiente a punire il colpevole, a manifestare la riprovazione per la condotta tenuta, e a svolgere una adeguata funzione deterrente. Si stabilì in quella pronuncia che la somma dei *basic, aggravated ed exemplary damages* non dovesse superare di tre volte i *basic damages* (ossia il risarcimento del danno in senso proprio, ovvero, secondo l'espressione statunitense, i danni compensativi). La decisione rappresenta ad oggi un precedente vincolante e viene a collocarsi nel filone di quelle letture volte a contenere i danni punitivi, nel senso di una loro maggiore prevedibilità e proporzionalità rispetto ai danni propriamente "compensativi".

L'impianto formulato dalla citata sentenza *Rookes vs Barnard*, non ha, però, sortito influenza negli altri paesi dell'area di *common law*⁷². Ed infatti il tentativo di circoscrivere la portata applicativa dei *punitive damages* a casi tassativi è rimasto isolato,⁷³ pur essendo condivisa la comune necessità di limitarne l'applicazione alle sole fattispecie in cui essi

⁷² Gli ordinamenti Neozelandese, australiano e canadese, da sempre fedeli al modello inglese, se ne discostarono a partire dal 1964 proprio per il mancato recepimento dei limiti posti dalla sentenza *Rookes vs Barnard*.

rappresentino l'unico modo per punire, per svolgere una funzione di efficace deterrenza, e per esprimere la disapprovazione delle corti rispetto alle condotte antigiuridiche. Nonostante il rifiuto dei limiti posti con la sentenza *Rookes vs. Barnard*, la maggior parte degli ordinamenti dell'area di *common law* ha comunque affrontato il secondo e non meno importante problema connesso ai danni punitivi: quello relativo all'eccessività del loro ammontare⁷⁴.

In particolare Paesi quali il Canada, la Nuova Zelanda e l'Australia hanno da sempre avvertito l'esigenza di controllare la lievitazione delle poste risarcitorie. Il principio che viene declamato in misura pressoché costante da dottrina e giurisprudenza di questi ordinamenti, è quello della "ragionevolezza" delle condanne punitive, le quali, pur essendo applicabili in una gran varietà di casi, non devono mai essere di ammontare eccessivo.⁷⁵

⁷³ V. P. Gallo, "Pene private e responsabilità civile", Milano 1996, p. 49.

⁷⁴ Proseguendo nell'analisi del sistema Neozelandese, si rileva come il loro ammontare è più esiguo rispetto a quello degli altri paesi di *common law*. "La Corte d'Appello, nel caso *Ellison vs L.* ha affermato che la funzione punitiva caratteristica degli *exemplary damages* può essere raggiunta anche con danni di entità limitata, e che comunque non sono ammissibili *punitive damages* troppo elevati". Inoltre il più ridotto ammontare dei danni punitivi trova ragione nel fatto che, nella maggior parte dei casi, è compito del giudice, e non della giuria, procedere alla loro quantificazione. I criteri per la quantificazione dei danni punitivi sono, peraltro, sempre quelli della gravità della condotta e del patrimonio del convenuto, nonché dell'esigenza di evitare un eccessivo arricchimento per l'attore. I medesimi criteri di quantificazione sono seguiti anche dal sistema australiano e canadese, il quale, va ricordato, comprende anche alcune giurisdizioni di *civil law* (ad es. quella del Quebec) (F. Benatti, op. cit., 20).

⁷⁵ P. Gallo, op. cit. p. 49; F. Benatti, op. cit. p. 16 e ss..

3. L'esperienza statunitense.

L'esperienza giuridica che ad oggi riveste maggiore importanza in tema di danni punitivi è senz'altro quella statunitense.

I primi due casi di applicazione di *punitive damages* negli Stati Uniti risalgono al XVIII secolo ed ebbero ad oggetto rispettivamente la sanzione avverso un illecito extracontrattuale, con il caso *Genay vs Norris*⁷⁶, e quella avverso il *breach of contract to marry* (nel caso *Coryell vs Collbough*). La seconda pronuncia, in particolare, merita sin d'ora di essere ricordata in quanto rappresenta il primo caso di condanna punitiva al di fuori del settore della *law of torts*⁷⁷.

Analogamente a quanto avvenne in Inghilterra, anche la dottrina nordamericana si interrogò in ordine alle funzioni dell'istituto, offrendo, in merito, due diverse ricostruzioni.

Secondo una prima tesi i *punitive damages* avrebbero avuto una funzione compensativa relativamente ai c.d. *intangible harms* (danni non

⁷⁶ Il giudizio vedeva nella qualità di convenuto un oste che per gioco aveva versato una un prodotto nocivo nel bicchiere di un avventore, provocandogli una forte intossicazione.

⁷⁷ Il caso riguardava l'inadempimento di una promessa di matrimonio, che in ragione delle modalità particolarmente afflittive con cui venne posto in essere, provocò un forte danno emotivo per la donna nonché un pregiudizio per la sua stessa reputazione. In ipotesi di questo tipo l'azione per *breach of contract to marry* prevedeva espressamente la possibilità per le corti di concedere i rimedi della *law of tort* e quindi gli stessi danni punitivi. Risultava evidente, infatti, che nonostante la natura contrattuale della responsabilità, l'inadempimento dell'impegno assunto poteva produrre i propri effetti sulla sfera personale della controparte.

patrimoniali) di per sé, difficilmente quantificabili⁷⁸. L'argomento principale si rinveniva nel fatto che storicamente i danni punitivi trovarono applicazione nei settori relativi alla tutela dei diritti della persona e con particolare riferimento all'onore e alla reputazione.

Secondo un diverso orientamento, invece, i danni punitivi avrebbero avuto una funzione più propriamente punitivo-deterrente⁷⁹.

In realtà, entrambe queste impostazioni risultano in una certa misura fondate, giacché nell'ambito delle giurisdizioni di alcuni stati (Connecticut, Illinois e Texas) erano preclusi i risarcimenti dei danni non patrimoniali e l'unico strumento per accordare un risarcimento integrale alle vittime era rappresentato dalle condanne ai danni punitivi.

I dubbi sulla natura giuridica dei *punitive damages* vennero risolti nel 1851, quando la stessa Corte Suprema degli Stati Uniti aderì espressamente alla tesi già maggioritaria della funzione punitiva, ponendo le basi per una lettura dell'istituto che trovò successive conferme nella prassi dei tribunali. Da quel momento, infatti, le corti cominciarono a stabilire che l'ammontare dei *punitive damages* deve determinarsi sulla base della gravità delle condotte dei danneggianti e sull'entità dei loro patrimoni⁸⁰.

⁷⁸ La tesi in esame era quella di Greenleaf in "A Treatise on the Law of Evidence" Boston, 1883.

⁷⁹ Tesi patrocinata da Sedgwick in "The rule of damages in action ex delicto", 9 Law Rep. 1847.

⁸⁰ La funzione deterrente dei danni punitivi è ulteriormente sottolineata, in una prospettiva, però, non di analisi economica del diritto bensì di *corrective justice*, dal fatto che gli stessi venivano concessi soprattutto nei giudizi intentati nei confronti di persone

Ad oggi il sistema statunitense della responsabilità civile vede, pertanto, giustapposti i *compensatory damages*, aventi funzione risarcitoria (tanto dei danni patrimoniali quanto di quelli non patrimoniali) e i *non compensatory damages*, aventi finalità punitive ovvero di risarcimento simbolico⁸¹.

Ricondotta, in tal modo la funzione dei danni punitivi nell'ambito della finalità afflittivo-deterrente della *Law of Torts*, detto principio ricevette un espresso riconoscimento nel paragrafo 908 del *2nd Restatement of Torts* del 1978, secondo il quale: “*punitive damages may be awarded other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and other like him from similiary conduct in the future*”. E ancora: “*Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous because of the defentant’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*

molto ricche. È stato anche rilevato che la funzione deterrente dei *punitive damages* aumenta in presenza di elevati livelli di benessere (F. Benatti, op. cit., 30).

⁸¹ A loro volta, come già osservato, i *compensatory damages* si distinguono in *special e general*. I primi vengono liquidati unicamente dietro espressa domanda del danneggiato e solo se oggetto di specifica prova. Essi svolgono una funzione risarcitoria dei danni patrimoniali. I secondi, invece, sono irrogabili anche in mancanza di una precisa prova del danneggiato essendo, la sussistenza del danno, ritenuta presunta. È il caso ad esempio del *damages for pain and suffering*, corrispondente al nostro danno morale. Tra i *non compensatory damages* si collocano, invece, oltre ai *punitive damages*, anche i *nominal damages*, ossia i risarcimenti simbolici concessi in assenza di danno ed i *contemptous damages*, consistenti nella sanzione comminata alla parte che abbia abusato processualmente del proprio diritto. Vedi M. G. Baratella, “Le pene private”, Milano, 2006, p. 201 e ss..

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". Si noti come la funzione sanzionatoria dell'istituto sia sottolineata dall'enfasi con cui il legislatore richiama la "oltraggiosità" della condotta del danneggiante, ovvero la natura abietta delle sue motivazioni⁸².

Sicché, accreditata la tesi della natura punitiva, oggi la giurisprudenza dominante ritiene ammissibile il cumulo tra *punitive damages* ed il risarcimento dei danni non patrimoniali da *emotional distress*⁸³.

Con il superamento della tesi risarcitoria, i danni punitivi conobbero un periodo di intenso sviluppo e vennero considerati, anche alla luce delle acquisizioni dell'Analisi economica, come il solo strumento idoneo a garantire una reale portata deterrente alla sanzione civile.

La loro portata applicativa, inizialmente circoscritta alle sole ipotesi di illecito di *assult, battery, false imprisonment, malicious prosecution* e *defamation*, venne progressivamente allargandosi ad altre fattispecie lesive tra cui quelle in cui il profitto conseguito dal danneggiante supera in modo considerevole il danno inferto alla vittima.

⁸² Si rileva peraltro, che mentre alcune corti richiedono la prova della *malice*, altre la ritengono implicita o presunta nella stessa gravità della condotta.

⁸³ Seppure la risarcibilità dei *damages for emotional distress* sia espressamente riconosciuta dal *Restatement of tort*, alcune corti, inferendone la natura sostanzialmente punitiva negano la ulteriore condanna del convenuto ai *punitive damages*. V. Benatti, op. cit., p. 34 in nota 112.

Ma la fortuna che l'istituto conobbe in termini di notevole diffusione (e che determinò successivamente l'emersione delle sue stesse criticità) si deve alla sua applicazione, a far data dagli anni settanta del secolo scorso, nel settore della *product liability*.

CAPITOLO 5

I PUNITIVE DAMAGES NELLA PRODUCT LIABILITY E NELLA MASS TORT LITIGATION.

1. Un caso esemplare di condanna ai danni punitivi: il caso Grimshaw vs. Ford.

Uno dei casi più significativi in tema di applicazione dei *punitive damages* alla responsabilità civile del produttore è quello *Grimshaw vs. Ford Motor Company*, risalente al 1981⁸⁴.

Il giudizio, che vedeva nella qualità di parte convenuta la casa automobilistica, aveva ad oggetto il risarcimento dei danni causati dall'esplosione di una vettura Ford a seguito di un tamponamento. Come accertato nel corso del procedimento, l'esplosione (che causò la morte di tre persone) fu causata, tra l'altro, dalla scelta della casa costruttrice di collocare il serbatoio nella parte posteriore della vettura, consentendo un risparmio nelle spese di produzione di circa 15 dollari per ogni vettura prodotta. Si accertò, inoltre, in sede di giudizio, che la scelta industriale della casa costruttrice fu effettuata nonostante la consapevolezza dell'elevato rischio di esplosione cui venivano sottoposti i consumatori. Il

⁸⁴ Il caso è tratto da P. Gallo, "Pene private e responsabilità civile", cit., p. 150.

processo si definì con una condanna della società convenuta al pagamento dei danni punitivi per un valore di 3,5 milioni di dollari.⁸⁵

Le motivazioni poste alla base di questa pronuncia ne fanno un caso di scuola in materia di *punitive damages*.

Sotto un profilo di stretta “giustizia correttiva”, infatti, risulta evidente l’elemento psicologico della *malice* della società danneggiante, che ha agito nella piena consapevolezza dei rischi posti in essere e, in definitiva, con disprezzo e noncuranza per gli interessi altrui.

Inoltre anche da un punto di vista giuseconomico la condotta della casa costruttrice risulta ampiamente inefficiente. Essa, infatti, genera più danni (ossia un maggiore costo sociale) di quanta ricchezza produce, essendo la somma delle lesioni cagionate a clienti e passeggeri notevolmente superiore ai vantaggi economici conseguiti dal produttore.

E’ bene evidenziare, peraltro, che la condotta della Ford – se singolarmente considerata – potrebbe definirsi efficiente e razionale (ovviamente dal punto di vista della stessa casa costruttrice). E infatti, il calcolo che ha indotto la società convenuta ad optare per la collocazione del serbatoio nella parte posteriore delle vetture è basato su uno studio dei costi della responsabilità civile in assenza del correttivo rappresentato dai *punitive damages*. Le grandi imprese trattano, infatti, i costi dei risarcimenti al pari di ogni altra voce negativa di bilancio, orientando le scelte aziendali in

⁸⁵ In realtà la giuria stabilì i danni punitivi nella misura di 120 milioni di dollari, ma l’importo venne successivamente ridotto dalla corte.

relazione ai rapporti tra costi e benefici. È ovvio, pertanto, che in presenza di situazioni che rendono difficile l'accesso alla giustizia civile risarcitoria⁸⁶ si determinerà una cesura tra i danni inferti ai consumatori e quelli effettivamente risarciti. Ciò, in assenza di correttivi efficaci - quali sono, appunto, i danni punitivi - orienterà i produttori verso la scelta (singolarmente) meno dispendiosa ma (socialmente) più dannosa.

Se questo è, in linea di massima, il ragionamento seguito dalla Ford, risulta apprezzabile la dimensione esplicativa del caso in esame. In tema di responsabilità del produttore la funzione svolta dai *punitive damages* è quella di internalizzare nel patrimonio del produttore l'intero costo sociale che questi ha riversato sulla collettività.

Detto altrimenti, il caso *Grimshaw vs. Ford Motor Co.*, si presta a definire i *punitive damages* come uno strumento più risarcitorio che non punitivo. Ciò che unicamente muta rispetto alla visione classica del risarcimento del danno è solo la dimensione sociale che il risarcimento acquista nelle ipotesi di danni punitivi. Il momento cardine dell'istituto non è, infatti, la punizione, bensì il risarcimento di tutti i danni riversati sulla collettività: i danni punitivi altro non sono se non un risarcimento perfetto.

Come è stato già evidenziato, un idoneo strumento correttivo in termini di deterrenza può essere raggiunto in questi casi facendo ricorso al criterio del moltiplicatore di responsabilità (*multiplier principle*). L'ammontare dei

⁸⁶ Abbiamo già avuto occasione di evidenziare le difficoltà strutturali che il danneggiato incontra nel chiedere e ottenere una effettiva tutela risarcitoria.

danni punitivi dovrà essere, così, rapportato al prodotto del singolo danno cagionato, per le probabilità che il danneggiante sia effettivamente ritenuto responsabile di tutti gli altri incidenti riconducibili alla sua condotta.⁸⁷

⁸⁷ Abbiamo già osservato, però, come in un recente caso la Corte Suprema ha censurato l'adozione di detto criterio: v. p. 47.

2. *Product liability e responsabilità oggettiva. Un criterio di imputazione di tipo solidaristico.*

Inizialmente la *product liability* statunitense, analogamente a quella di *civil law*, veniva concepita alla stregua di una responsabilità strettamente colposa. In realtà era l'intero sistema della responsabilità civile, europeo e statunitense, che appariva imperniato, all'indomani della rivoluzione industriale, su criteri di imputazione fondati unicamente sulla colpa.

I condizionamenti storici di questa scelta furono, ad un tempo, bene evidenziati da R. von Jhering, il quale sottolineò l'influenza esercitata dal diritto romano sui modelli occidentali della responsabilità civile. In particolare Jhering rilevò come a fronte di una primigenia struttura del diritto romano che conosceva diverse forme di responsabilità oggettiva⁸⁸, il criterio di imputazione della responsabilità che si venne affermando, in via pressoché esclusiva, nell'età classica fu quello della colpa.⁸⁹

La ricostruzione storica consegnataci da Jhering ha rappresentato un utile contributo - data l'autorevolezza della fonte - rispetto al favore che dottrina

⁸⁸ Fattispecie di responsabilità oggettiva si rinvencono nella legge delle XII Tavole, ove è sanzionato il furto campestre dell'impubere e viene sancita la responsabilità incolpevole del proprietario di animali per i danni da questi cagionati. Altre ipotesi di responsabilità senza colpa si rinvencono nelle sanzioni processuali comminate alla parte soccombente nel giudizio, a prescindere dalla sua buona o mala fede.

⁸⁹ In realtà la ricostruzione storica consegnataci da Jhering è stata criticata in dottrina da Venezian (Danno e risarcimento fuori dei contratti, 1917), il quale ha contestato l'esclusività del criterio della colpa nel diritto romano dell'età classica (valga, per tutte, la responsabilità oggettiva per *effusum et dejectum* ed i casi di *culpa levissima*, figura questa, ai confini con le ipotesi di responsabilità oggettiva).

e prassi, lungo tutto il XIX secolo, manifestarono per il criterio colposo della responsabilità. Detto criterio venne, infatti, ritenuto oltre che più “giusto” sotto un profilo morale, anche maggiormente supportato da un punto di vista storico⁹⁰.

Contestualmente al contributo di Jhering anche l’esperienza statunitense teorizzò la superiorità morale del criterio colposo. L’autore di riferimento era Oliver Wendell Holmes e l’opera in questione era il celebre trattato *The Common Law*⁹¹. In un importante passaggio della sua opera, Holmes sostenne che costituisce un principio di *common law* quello per cui in assenza di valide giustificazioni il danno deve rimanere in capo a colui che lo ha subito. Un intervento dello Stato volto a ricollocare il danno nella sfera giuridica di chi lo ha provocato può essere giustificato solo da valide ragioni; tra queste figura la colpevolezza del danneggiante⁹².

Queste considerazioni, tanto in Europa quanto negli Stati Uniti, prosperarono alla luce di un contesto culturale assolutamente sensibile alle ragioni della nascente industria⁹³. Un sistema di responsabilità civile

⁹⁰ V. G. Smorto, “Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law”, in *Europa e diritto privato*, 2008, 2, p. 423 e ss.

⁹¹ Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881.

⁹² Altri sostenitori della responsabilità per colpa sono: Winfield, *The Myth of Absolute liability*, 1926 e Schwartz, *Tort law and the Economy in Nineteenth-Century America: A Reinterpretation*, 1980.

⁹³ Anche relativamente all’esperienza del *common law* si è, peraltro, posta in luce la non esclusività del criterio della colpa e la presenza di ipotesi di responsabilità oggettiva. V. Smorto, op. cit..

impennato esclusivamente sulla colpa, infatti, forniva molteplici occasioni di fuga dalla responsabilità per i soggetti che contribuivano a cagionare i sinistri.

Sarà solo nella seconda metà del XX secolo, con la fine dell'influenza culturale della Pandettistica e delle sue declinazioni fondate sulla signoria volontaristica dell'individuo, che il problema della responsabilità civile verrà affrontato in una misura radicalmente diversa. A partire dagli anni sessanta del secolo scorso si sviluppò, infatti, tanto in Europa quanto negli Stati Uniti, una vera e propria rivoluzione culturale che, portata avanti in nome della c.d. "istanza sociale,"⁹⁴ si pose in aperto contrasto con l'individualismo ottocentesco.

Nella nuova ed emergente prospettiva la società viene vista come una struttura formata da relazioni di individui e di interessi tra loro fortemente interdipendenti, in cui la soluzione di ogni conflitto transita necessariamente per un approccio solidaristico di tutte le istanze coinvolte. In questo mutato assetto culturale le funzioni della responsabilità civile vennero progressivamente ridisegnate ed emendate da quelle connotazioni etiche che portavano alla sovrapposizione dei concetti di colpa e di responsabilità. Si ritenne necessario leggere la responsabilità civile quale sistema di *welfare state* capace di offrire delle risposte efficaci rispetto al problema della allocazione dei danni che le attività sociali inevitabilmente

⁹⁴ Così G. Marini, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte I)*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2008, p. 23 e ss..

generano. Pertanto il problema ultimo della responsabilità civile non fu più quello di valutare la condotta del danneggiante in termini di minore o maggiore colpevolezza, ma divenne – prescindendo da ogni giudizio etico-giuridico – quello di individuare il soggetto che meglio può, e quindi deve, sopportare il costo del sinistro.⁹⁵

Si assistette, così, al passaggio da una responsabilità civile quale sanzione di un atto illecito, ad una responsabilità che perde la sua connotazione etico-valutativa, per divenire uno strumento di controllo sociale dei danni. Come è stato ben rilevato, infatti, il cuore dell'istituto risarcitorio cessa di essere l'illecito, e viene a coincidere col danno: esso, una volta verificatosi, chiede unicamente di essere ri-collocato secondo criteri di efficienza sociale anche diversi da quelli fondati sulla colpa.

Nell'ambito di questa rivoluzione del sistema della responsabilità civile, il soggetto naturalmente “vocato” a sostenere il costo dei danni in misura oggettiva, non poteva che essere l'imprenditore, ossia colui che trae profitto dal compimento di attività pericolose.

Se questo fu l'assunto di base - condiviso da quell'area di giuristi che si presentava come più sensibile alle istanze sociali - il problema ulteriore che venne a porsi fu quello di conferire razionalità all'intero impianto, ossia una argomentazione che giustificasse la scelta di una responsabilità oggettiva

⁹⁵ P. Trimarchi, “Rischio e responsabilità oggettiva”, Milano, Giuffrè, 1961.

incombente in via tendenzialmente assoluta sull'imprenditore. Le tesi elaborate in proposito furono molteplici.

Una prima impostazione teorizzò, sulla falsariga del brocardo latino *ubi commoda ibi incommoda*, il principio secondo il quale chi agisce a proprio rischio deve sopportare le conseguenze della propria attività.

Altro criterio fu quello della *deep pocket*, secondo il quale il costo deve essere sostenuto dal soggetto più ricco.

Tra detti criteri quello che più di tutti ha riscosso i favori della dottrina fu il criterio del rischio d'impresa il quale interpretava il costo del danno come un costo di produzione. La tesi fu proposta da Guido Calabresi il quale, contaminando lo studio della responsabilità civile con il metodo dell'analisi economica, giunse alla conclusione che la responsabilità del danno va addossata sull'imprenditore, poiché questi è il soggetto maggiormente in grado di verificare se sia preferibile predisporre misure cautelari a prevenzione del danno, oppure andare incontro alla condanna al risarcimento. Come abbiamo già osservato,⁹⁶ Calabresi sostenne che il danno deve essere valutato in termini di costo e che il detto costo deve ricadere su colui che può sostenerlo, ossia sul soggetto che meglio può valutare e scegliere se pagare il prezzo della sua prevenzione ovvero

⁹⁶ Vedi p. 33 e ss..

sopportare quello del risarcimento. Il danno deve essere sostenuto, dunque, dal *cheapest cost avoid*.⁹⁷

Sulla base di quanto esposto si assistette, quindi, ad un ribaltamento nella gerarchia dei criteri di imputazione, con l'ulteriore conseguenza che quello oggettivo - affiancandosi a quello della colpa - spinse la responsabilità civile verso inedite funzioni "assicurative" o "previdenziali", volte a parcellizzare e "socializzare" il costo degli incidenti.⁹⁸

Gli esiti di questa profonda rilettura della responsabilità civile vennero presto applicati alle tematiche più spinose presenti nell'arco del sistema risarcitorio. È il caso della responsabilità del produttore che divenne, negli anni settanta del secolo scorso, il nuovo banco di prova delle recenti acquisizioni in tema di responsabilità oggettiva. La nuova responsabilità oggettiva divenne lo strumento attraverso il quale fu possibile traslare il

⁹⁷ I criteri in base ai quali l'imprenditore viene individuato come il soggetto maggiormente in grado di evitare i costi del sinistro nel modo economico sono: la consapevolezza del rischio, la capacità di traslare i costi, i costi dell'assicurazione, e i costi amministrativi di ciascuna scelta. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit, p. 190 e ss.

⁹⁸ V. P. Gallo, op. cit., p. 7. Nel modello di Calabresi la responsabilità civile e l'assicurazione si coniugano e si contemperano in funzione del duplice obiettivo della distribuzione dei costi degli incidenti e della loro stessa prevenzione. È anzi, proprio nel concorso dell'istituto assicurativo con quello della responsabilità civile che si apprezza la superiorità del criterio della responsabilità oggettiva. La vera difficoltà insita nel coniugare prevenzione con distribuzione del rischio è data dalla necessità di costruire categorie di soggetti che siano sufficientemente differenziate al fine di evitare che il sistema assicurativo (naturalmente vocato alla distribuzione del rischio) vanifichi ogni finalità deterrente perseguita, invece dal sistema della responsabilità. V. sul punto G. Marini, op. cit., p. 234 e ss..

danno dal consumatore-vittima all'imprenditore-danneggiante, il tutto sotto la copertura di motivazioni al contempo solidaristiche ed economiche.

In questa rinnovata prospettiva la responsabilità del produttore venne ad assumere connotazioni non dissimili tra il sistema statunitense da un lato, e quelli europei ed italiano dall'altro⁹⁹. Particolarmente interessanti sono, ai fini del nostro studio, gli esiti raggiunti dall'esperienza giuridica nordamericana.

⁹⁹ Il sistema europeo è stato parzialmente armonizzato con la Direttiva 1985/374/CEE, recepita in Italia con D.P.R. 224/1988. Le norme italiane in materia sono ad oggi confluite nel codice del Consumo agli art. 102- 135.

3. *Product liability: responsabilità oggettiva e danni punitivi?*

La *product liability* nordamericana conosce una partizione tra fattispecie di *strict liability* (responsabilità oggettiva), fattispecie di *liability* fondata sulla *negligence* (colpa), e, infine, ipotesi di responsabilità da *breach of warranty*.¹⁰⁰ Occorre adesso valutare l'ammissibilità logico giuridica delle condanne ai *punitive damages*, in settori in cui vige un criterio di imputazione della responsabilità di tipo oggettivo.

Abbiamo già osservato, nella parte dedicata all'esame del metodo dell'analisi economica del diritto, che la condanna ai danni punitivi in ipotesi di colpa ovvero di semplice responsabilità oggettiva, conduce ad un equilibrio subottimale del costo sociale degli incidenti. Infatti, il rischio di condanne punitive indurrebbe i potenziali danneggianti a spendere in misure di prevenzione cifre superiori rispetto al valore dei danni attesi.¹⁰¹ Se la funzione della responsabilità oggettiva è quella di consentire una efficiente internalizzazione del costo sociale degli incidenti determinati dalle attività produttive senza il limite costituito dalla assenza di colpa del soggetto danneggiante, l'imposizione di ulteriori sanzioni pecuniarie produrrebbe un effetto di sovradeterrenza; e il risultato finale potrebbe

¹⁰⁰ Ipotesi, quest'ultima, particolarmente dibattuta in quanto fondata su una sintesi di responsabilità per *tort* e per *breach of contract*.

¹⁰¹ Vedi p. 38.

essere un disincentivo rispetto a determinate attività di impresa e quindi allo stessa crescita economica.

La difficoltà che si presenta all'interprete della *Law of Tort* nordamericana è quella di conciliare l'esigenza di sanzionare i comportamenti posti in essere con *malice* dal produttore, senza creare, però, fenomeni di iperdeterrenza, laddove il criterio di responsabilità adottato sia di tipo oggettivo.

La sezione 402/A del *Restatement 2nd of Torts*, è stata tradizionalmente intesa come fondante un principio di *strict liability*, ponendo diverse difficoltà alle corti, in sede di condanna ai *punitive damages*. Oggi il *3th Restatement*, intervenuto a riforma della menzionata sezione 402/A del *Restatement 2nd of Torts*, pur formalmente confermando la natura oggettiva della responsabilità del produttore, introduce alcuni temperamenti al suddetto principio, nella direzione di una responsabilità almeno in parte colposa. La nuova sezione 402/A prevede, infatti, una responsabilità del produttore nei casi di danni cagionati da: 1) difetti di manifattura o di fabbricazione; 2) difetti di progettazione; ovvero 3) da informazioni inadeguate fornite ai consumatori in relazione ai rischi che il prodotto o un suo improprio utilizzo possono causare. In tutti questi casi è stato ben posto in luce che il criterio di imputazione della responsabilità torna ad avvicinarsi a quello colposo¹⁰².

¹⁰² Owen, "Defectiveness Restated: Exploding the "Strict Product Liability Mith", in 3 *U. Ill. Rev.*, p. 743, 1996.

Coerentemente con tali acquisizioni, l'applicazione dei *punitive damages* nella responsabilità del produttore è ammessa dalla sezione 908 del *Restatement*, solo nei casi di condotte gravemente illecite ovvero nei casi di grave noncuranza o di indifferenza per la tutela dei diritti altrui, o nei casi in cui il danno siano commessi per futili motivi. In particolare una attenta analisi della giurisprudenza nordamericana condotta da Owen ha evidenziato che la casistica di danni punitivi comminati in ipotesi di responsabilità del produttore può essere ricondotta entro cinque fattispecie:

a) *Fraudulent misconduct*; ossia quando il produttore agisce specificamente al fine di ingannare il pubblico dei consumatori. Celebre è il contenzioso relativo alla commercializzazione del "Mer 29", un prodotto anticolesterolo rivelatosi particolarmente pericoloso. Tra il 1961 ed il 1967 vennero intentate una serie di cause contro la *Richardson Merrel Inc.*, tra cui la più significativa è *Toole vs Richardson Merrel Inc.* La condanna ai *punitive damages* fu motivata, in questo caso, in ragione del fatto che la società aveva continuato a vendere il prodotto pur conoscendo i rischi che una sua somministrazione poteva causare alla salute dei consumatori, ingannando oltretutto la *Food and Drugs Administration* attraverso la falsificazione dei dati sperimentali ottenuti.

b) *Knowing violation of safety standards*: ossia in caso di consapevole violazione degli standards minimi di sicurezza previsti nel settore. Questa fattispecie di responsabilità del produttore necessita della

prova che il danno sia diretta conseguenza della violazione di disposizioni di cui il produttore era a conoscenza. Pertanto risulta di difficile applicazione e a causa di ciò, nella prassi, la casistica viene ricondotta alla prima fattispecie (*fraudolent misconduct*).

c) *Inadequate testing or quality control*: questa ipotesi di responsabilità ricorre quando non vengono effettuati studi o controlli adeguati sul prodotto prima della sua commercializzazione. Presupposto per la concessione dei danni punitivi è la dimostrazione dell'assoluta incuria e del totale disinteresse per la sicurezza dei consumatori, i quali possono essere desunti dall'assenza di procedure interne sui controlli di qualità.

d) *Failure to warn of known danger*: questa categoria di responsabilità sussiste quando il produttore omette di segnalare ai consumatori la presenza di rischi noti insiti nel prodotto ovvero nel suo utilizzo. L'avviso, per avere carattere esimente deve essere chiaro, comprensibile e deve raggiungere il pubblico.

e) *Post-marketing failures to remedy known dangers*: è ipotesi che si verifica quando il produttore, resosi conto della pericolosità del prodotto non abbia fatto nulla per avvertire gli acquirenti o per evitare i danni. In tal caso i danni punitivi sono concessi solo se il produttore aveva il dovere di rimediare al vizio, mentre essi vengono negati se il produttore prova di

essersi comportato conformemente alle disposizioni di legge, di regolamenti, ovvero alla *best practice* industriale del settore.

Dall'esame della casistica¹⁰³ si evince che le condanne ai *punitive damages* in materia di responsabilità del produttore vengono comunque subordinate alla presenza di una condotta colposa (seppure riconducibile ad una colpa oggettivizzata) posta in essere dall'impresa, nell'arco del processo produttivo o di quello di commercializzazione del prodotto.

Nondimeno a partire dagli anni settanta del secolo scorso si è assistito ad un rilevante incremento delle condanne punitive nel settore della *product liability*, circostanza che ha riguardato sia il numero delle sentenze di condanna, sia l'aumento delle stesse poste risarcitorie.

Il fenomeno, pur prestandosi alla suesposta lettura che salvaguarda la coerenza interna della funzione punitiva con quella di una responsabilità che non può essere intesa come strettamente oggettiva, ha comunque dispiegato effetti dirompenti e negativi su tutto il sistema della responsabilità civile nordamericana, determinando il configurarsi delle prime posizioni critiche rispetto all'istituto in esame.

¹⁰³ Cfr. Benatti, op. cit. p. 35 e ss..

4. *Product liability: i problemi relativi ai mass tort litigations.*

Come abbiamo osservato nel corso dei paragrafi precedenti, l'introduzione di un regime di responsabilità oggettiva (seppure temperata) in materia di *product liability*, ha rappresentato un indubbio passo in avanti nella tutela dei consumatori. L'evoluzione ha toccato in misura non dissimile sia il sistema statunitense sia quello europeo, parzialmente armonizzato dalla Direttiva 1985/374/CEE.

Negli Stati Uniti, però, come già osservato, l'evoluzione non si è fermata a questo punto, ma è proseguita sul terreno delle condanne punitive le quali, applicate in settori ove vige il criterio della responsabilità oggettiva, hanno cominciato a rappresentare un vero e proprio disincentivo rispetto alle attività d'impresa su larga scala. Come è stato rettamente evidenziato: “*nel giro di poco più di cento anni da situazioni di sostanziale favore nei confronti della nascente industria si è passati a situazioni di eccessiva deterrenza.*”¹⁰⁴

I problemi generati da una diffusa e generosa applicazione dei danni punitivi sono molteplici e coinvolgono oltre al sistema stesso della responsabilità civile anche il sistema assicurativo.

Tralasciando per il momento l'esame di quest'ultimo aspetto, la problematica che occorre previamente analizzare è quella della compatibilità - in seno agli illeciti seriali (o *mass torts*) - delle condanne

¹⁰⁵ P. Gallo, op. cit., p. 153.

punitive con il principio del *ne bis in idem*. Il rischio è evidentemente quello di condannare più volte un medesimo soggetto al pagamento dei *punitive damages* per una medesima condotta lesiva (anche se foriera di molteplici sinistri). La concessione dei danni punitivi nell'ambito della responsabilità da prodotto difettoso si presta bene, dunque, ad uno studio sui rapporti tra *punitive damages* e controversie seriali (*mass torts litigation*).

Con l'espressione "illeciti seriali"¹⁰⁵ si intendono quei pregiudizi di natura omogenea, che accomunano il danneggiato a tutta una categoria di altri soggetti, i quali sono posti, rispetto al danneggiante, nella medesima situazione. L'isomorfismo¹⁰⁶ relativo alle posizioni dei danneggiati, rende la tutela risarcitoria dei loro diritti, soggetta alla risoluzione delle medesime questioni di fatto e di diritto. Ne deriva che gli esiti del primo tra i giudizi seriali, ben potranno risultare determinanti ai fini della definizione dell'intero contenzioso.¹⁰⁷

¹⁰⁵ L'espressione è tratta da A. Giussani, "Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma", in *Riv. Trim. di dir. e proc. Civ.*, 2005, p.526.

¹⁰⁶ L'espressione è di A. Giussani, op. cit. in introduzione.

¹⁰⁷ Si noti che la valenza assunta dalla prima tra le controversie seriali, è di rilievo sia negli ordinamenti che attribuiscono il ruolo di fonte del diritto al precedente giudiziario, sia in quelli di matrice romanistica. Anche se nei primi, l'importanza del precedente risulta comunque decisiva. V. Giussani, "Mass Torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica" in *Resp. civ.* 2002, 2, p. 315.

Ne consegue che mentre per il singolo danneggiato il valore della causa è rappresentato dal singolo danno subito, per la parte seriale il valore del giudizio tende ad avvicinarsi alla somma di tutti i risarcimenti che egli potrebbe essere chiamato a pagare.

Sulla base di questi presupposti i comportamenti delle parti in causa avranno un contenuto necessariamente diverso. Il soggetto danneggiante riterrà opportuno investire nel processo somme anche considerevoli (pagando i migliori avvocati ad esempio, ovvero assumendo una condotta strenuamente dilatoria), e ciò indipendentemente dal fatto che una pronuncia di condanna gli appaia già *ab initio* inevitabile. Le ragioni di un simile comportamento sono già state illustrate nella parte relativa allo studio dei comportamenti razionali degli individui, sotto il profilo dell'analisi economica. Il convenuto danneggiante, manifestando propensione a resistere in giudizio e avvalendosi delle difficoltà probatorie cui va incontro il danneggiato (difficoltà relative in particolare all'accesso alle prove e, tra queste, a quella relativa al nesso causale), profittando delle lunghe tempistiche di definizione del procedimento, oltre che delle fisiologiche incertezze relative agli esiti dello stesso, impone all'attore dei costi che non sono integralmente ripetibili. Il singolo danneggiato, invece,

tenderà ad investire nel giudizio somme non troppo superiori rispetto al valore che per lui assume la controversia.¹⁰⁸

A fronte di una tale asimmetria di forze, lo strumento della *class action* può ben rappresentare e di fatto rappresenta, negli ordinamenti di *common law*, un utile correttivo in grado di ricomporre il suddetto squilibrio.

¹⁰⁸ La regola del *victus victori*, comportante l'attribuzione alla parte soccombente delle spese di giudizio, serve solo ad attenuare gli effetti di detta asimmetria, giacché essa non copre tutte le spese, alcune delle quali non sono ripetibili; Cfr. Giussani, op. cit., p. 317.

5. Origine e funzioni delle class actions e rapporti con i punitive damages.

L'istituto nasce nella giurisdizione inglese di *equity*, la quale viene tradizionalmente descritta come lo strumento attraverso il quale si cercò di porre rimedio alle ingiustizie derivanti dalla tipicità delle azioni *at law*.¹⁰⁹

In realtà le origini delle *class actions* riposano su vicende politiche risalenti alla fine del potere baronale nell'Inghilterra del secolo XV.

La monarchia, sotto la dinastia dei Tudor, accentrò in sé i poteri e rese di applicazione generale la giurisdizione regia (di *equity*) a discapito delle antiche giurisdizioni manoriali, prima esercitate a livello locale dalle baronie (*manorial court*). Lo strumento che venne utilizzato dalla corona per conseguire questo obiettivo fu quello di istituire *ex novo* un giudice, la *Court of Chancery*, avente la funzione di supplire in via residuale alle vecchie corti di *common law*¹¹⁰ al fine prevalere, quindi, su tutte le corti locali. L'aspetto innovativo della mutata struttura istituzionale fu rappresentato dal fatto che la Corte di Cancelleria disponeva di poteri

¹⁰⁹ Le prime forme di azione di classe riguardavano ipotesi di responsabilità solidale tra gli appartenenti ad una medesima comunità contadina e relativi al pagamento di balzelli sulla produzione. In caso di mancato pagamento da parte del gruppo il creditore poteva convenire in giudizio per l'intero importo, anche solo alcuni dei soggetti obbligati i quali poi avevano una azione di regresso nei confronti degli altri soggetti obbligati. V. Giussani "Studi sulle class actions", Padova, 1996.

¹¹⁰ Le giurisdizioni di *common law* e quelle di *equity* vennero successivamente ricondotte ad unità, configurandosi, ad oggi, il potere di decidere secondo *equity* come un potere di tutte le corti.

decisori ampiamente discrezionali che rendevano la sentenza il frutto dell'esercizio di poteri ad un tempo giurisdizionali e politico-amministrativi. Venne in tal modo configurandosi una generale ed atipica giurisdizione di *equity* che, funzionale alle esigenze di controllo politico della corona, si caratterizzava per una spiccata flessibilità. Nell'ambito di questa nuova giurisdizione trovarono origine le prime forme di *class actions*, denominate *representative suit*¹¹¹.

Oggi la *class action*¹¹² si presenta come un istituto di carattere processuale volto a far valere, in un solo giudizio gli interessi di un elevato numero “*di persone, senza il concorso della loro volontà, quando è sicuro che ciascuna di esse è titolare di un tale diritto e il configurarle come classe, in sede processuale, a cagione della prevalenza della questione comune alla intera class, sugli interessi e profili strettamente individuali dei suoi membri (...) ritorna efficiente ed utile*”¹¹³.

Attraverso la *class action* si pone in essere un incentivo all'azione in giudizio in favore di soggetti che si presentano “deboli”, rispetto al maggiore potere economico del convenuto seriale.

¹¹¹ Per una compiuta analisi storica dell'istituto si veda A. Giussani, “Studi sulle class actions”, cit..

¹¹² Il modello di riferimento ai fini della presente ricerca è quello statunitense che costituisce il frutto di ben tre modifiche poste in essere nel corso del XX secolo: quella del 1912 (*Federal equity Rule 38*); quella del 1938 (*Federal Rule 23*, nota anche come *Moore Rule*); e quella del 1966 modificativa della *Rule 23* del *Federal Rule of Civil Procedure*.

¹¹³ Consolo, “Class action fuori dagli USA?” in *Riv. dir. civ.* 1993, p. 613.

L'elemento caratteristico dell'azione di classe è dato dal fatto che la facoltà di avviare il giudizio è riconosciuta ad un membro “adeguatamente rappresentativo” del gruppo. Nella realtà applicativa si riscontra che l'iniziativa giudiziaria viene presa direttamente da uno studio legale il quale, dopo aver individuato la fondatezza della domanda e dunque la convenienza economica di portare avanti il relativo giudizio, provvede al reclutamento dei potenziali *class representatives*.

Una volta individuati i membri rappresentativi della classe, e senza necessità di mandato (se non da uno di essi), lo studio legale procederà ad anticipare le spese di giudizio, assumendosi un rischio di tipo imprenditoriale relativamente alla fondatezza della pretesa dedotta. Infatti, in caso di esito positivo e dunque di vittoria, la controparte seriale (ad esempio il produttore danneggiante) verrà condannata al pagamento, in favore dello studio, delle spese di difesa degli attori, calcolati però, in ragione non delle spese effettivamente sostenute, bensì dell'ampiezza complessiva del gruppo e della tutela a questi prestata.

Si prescinde, pertanto, nel calcolo degli onorari spettanti alla parte vincitrice, dal numero degli attori presenti in giudizio, avendosi riguardo all'entità dell'intera classe. Occorre precisare, peraltro, che l'avvocato potrà ottenere dette somme solo dalla parte soccombente e non già direttamente dal danneggiato suo assistito¹¹⁴.

¹¹⁴ Non vanno omissi, peraltro, gli esiti distorsivi che un tale sistema può generare. Tra questi, solo esemplificativamente, si ricorda il rischio che il processo venga definito con

Si configura così, un sistema asimmetrico di responsabilità per la soccombenza, che riequilibra i rapporti di forza tra le parti e rende razionale la scelta di intraprendere la via del giudizio nei confronti del danneggiante seriale. La parte economicamente “debole” viene incoraggiata a portare avanti un procedimento anche dispendioso, nella consapevolezza che le spese, in caso di vittoria, saranno sostenute dalla controparte. I difensori (spesso grossi studi legali) d'altra parte saranno indotti ad anticipare le spese di giudizio, che in caso di esito positivo si vedranno largamente compensate.

Alla luce di questa breve disamina si può concludere che le *class actions* rappresentano,¹¹⁵ nell'ordinamento statunitense, un incentivo - seppur tenue¹¹⁶ - per indurre il singolo consumatore (ed ancor più per il suo avvocato), ad intraprendere un'azione risarcitoria, nei confronti di un danneggiante seriale.

procedure transattive caldegiate dallo stesso studio legale, ed anche in completa antitesi rispetto agli interessi dei componenti del gruppo. Si rileva che tale rischio appare ancora più grave laddove la pretesa risulti astrattamente fondata e se si considera che gli esiti della conciliazione sono opponibili a tutti i membri del gruppo che non abbiano optato per l'uscita dalla *class action*.

¹¹⁵ Le *class actions* che si rinvengono nella *Rule 23* sono di due tipi: *le mandatory* e *le opt-out*. Le prime si caratterizzano perché vincolanti per tutti i potenziali attori indipendentemente dal loro accordo e dalla loro conoscenza del procedimento (anche se spesso le corti richiedono che venga data notizia della stessa a tutti i soggetti potenzialmente interessati). Le seconde si connotano per la possibilità, riconosciuta ai singoli attori, di staccarsi dall'azione collettiva e di agire in proprio. In dottrina si sottolinea la preferibilità del primo istituto, il quale consente una maggiore efficienza economica ed un'ottimale deterrenza, evitando altresì il rischio di *overkill* dell'impresa convenuta.

¹¹⁶ A. Giussani, op. cit., 531.

La tenuità dell'incentivo è rappresentata dal fatto che, in caso di vittoria nel merito, il soggetto danneggiato non otterrà comunque, nulla di più rispetto a quanto gli spetta a titolo di danno compensativo. Sarà semmai il suo avvocato che potrà lucrare una maggior somma.

Una volta chiarita la funzione della *class action* nel sistema statunitense della responsabilità civile è possibile affrontare il connesso problema dei rapporti tra *mass torts* e *punitive damages*. Le questioni attualmente sul campo sono principalmente due.

La prima attiene al rischio che di fronte ad un illecito seriale diversi soggetti agiscano in giudizio ottenendo ciascuno una condanna ai danni punitivi in proprio favore ed in danno del medesimo soggetto danneggiante (il fenomeno è definito come *multiple punishment*). Ciò può determinare un rischio di sovradeterrenza (*overkill*) per l'impresa danneggiante che ben può portare a gravi dissesti finanziari ed infine allo stesso fallimento dell'impresa.

La seconda concerne il differente rischio che i primi danneggiati ottengano somme elevate a titolo anche di *punitive damages*, impedendo a coloro che agiscono successivamente di vedersi risarcire anche semplicemente i danni compensativi¹¹⁷.

¹¹⁷ Si noti, peraltro, che i danni punitivi non formano oggetto di un diritto soggettivo, e pertanto si accetta che il più rapido a conseguirli incameri una somma tale da raggiungere il limite della sanzione applicabile. D'altra parte, però, l'utilizzo dell'azione collettiva garantisce una parità di trattamento ai diversi danneggiati anche dal punto di vista della ripartizione dei *punitive damages*.

A fronte di questo pericolo in dottrina e in giurisprudenza sono state proposte diverse soluzioni:

a) la proposta di fissare un *aggregate cap*, cioè un ammontare massimo di danni punitivi complessivamente risarcibili.

b) Quella di obbligare le corti a comunicare alle giurie i precedenti verdetti di condanna ai danni punitivi, al fine di evitare condanne multiple; soluzione che allo stato non trova applicazione per mancanza di un coordinamento informativo efficiente a livello federale, oltre che per il timore che così facendo si rischia di influenzare la giuria che si vedrebbe incoraggiata, dal precedente verdetto di condanna, a comminare ulteriori danni punitivi.

c) Affidare solo alla prima giuria il compito di comminare condanne al pagamento di punitive damages, con il rischio di determinare, però, fenomeni di *windfall*¹¹⁸.

d) Autorizzare il convenuto ad utilizzare lo strumento processuale del *collateral estoppel*, volto ad impedire la trattazione di questioni già esaminate in un altro giudizio.

e) Assegnare la trattazione dei risarcimenti compensativi e di quelli punitivi a giudizi separati (*bifurcated trials*)¹¹⁹.

¹¹⁸ Tecnicamente: “colpo di fortuna”, ovvero “guadagno inatteso”.

¹¹⁹ In particolare, quest'ultimo correttivo (recepito a livello normativo dalla *Rule 42(b)* delle *Federal Rules of civil Procedure*) prevede che in caso di richiesta di condanna ai danni punitivi il giudizio subisca una “biforcazione”: un primo procedimento sarà volto all'accertamento della responsabilità del convenuto e alla condanna al risarcimento dei

Ad oggi la soluzione ritenuta più razionale in dottrina (proposta, però, che non ha suscitato l'entusiasmo delle corti), è quella che suggerisce di risolvere preliminarmente tutte le questioni relative ai danni compensativi e, quindi, di affrontare in un'unica sede processuale la quantificazione e allocazione dei danni punitivi: si propone in definitiva la configurazione di una *punitive damages class action*¹²⁰. In caso di sentenza di condanna - si sostiene - i *punitive damages*, saranno distribuiti proporzionalmente a tutti gli attori risultati vincitori nella *class action*.

Evidenti sono i benefici derivanti dalla introduzione di questo tipo di *class action*: i danneggiati ricorrenti potranno ottenere in loro favore la condanna della controparte ai *punitive damages*, il cui ammontare sarà pari all'intero valore dei danni cagionati dal convenuto e non risarciti (*multiplier principle*) ovvero, a seconda dei casi, all'ammontare dell'intero profitto ricavato dal danneggiante stesso. In ogni caso la condanna ai danni punitivi ristabilirà un equilibrio di risarcimenti perfetti e dunque pienamente efficienti dal punto di vista della deterrenza.

danni compensativi; in caso di condanna, la giuria sarà chiamata a ripronunciarsi – ma sulla base di nuovi elementi di prova – in ordine alla determinazione dei danni punitivi da comminare. Il rimedio in questione, però, non è sembrato realmente efficiente in quanto la giuria dopo aver condannato ai danni compensativi è apparsa sempre incline a concedere anche quelli punitivi.

¹²⁰ In uno dei primi casi di *mass product litigation* (*Roginsky vs Merrel Inc.*) il giudice dopo aver evidenziato i rischi derivanti da condanne multiple, auspicava un'unica procedura con cui venisse determinato l'ammontare complessivo dei danni punitivi da distribuirsi poi, proporzionalmente tra gli attori.

La parte danneggiante, invece, eviterà il rischio di condanne punitive plurime.

Ad oggi, però, sembra che la tesi in esame sia recepita con molta prudenza dalle corti le quali enfatizzando la necessità della presenza di tutti i requisiti per la certificazione dell'azione di classe, ne negano l'ammissibilità sottolineando di volta in volta la mancanza di alcuni di detti presupposti¹²¹.

Nella prassi applicativa si è spesso evidenziata la mancanza del requisito della "comunanza delle questioni legali e di fatto", fra i diversi attori che agiscono per i *punitive damages*. In particolare nell'ambito delle *Tobacco litigation* le corti avevano ritenuto che nei casi di danno alla salute, il requisito della *commonality* mancasse, "per la prevalenza delle problematiche individuali su quelle comuni"¹²². Si è rilevato, infatti, che i danni dipendono da quanto il singolo soggetto fuma, dalle sue condizioni di salute, nonché dai tentativi effettuati di smettere.

L'orientamento delle corti, in merito alla *punitive damages class action* per danni da tabacco risulta ad oggi consolidato.

Ulteriore requisito necessario per la certificazione della *class action* è quello della sua tipicità.

¹²¹ Presupposti per il ricorso all'azione di classe sono quattro: 1) il rilevante numero dei soggetti interessati; 2) l'omogeneità delle questioni legali e di fatto; 3) la tipicità delle domande e delle difese; 4) l'adeguata rappresentatività.

¹²² F. Benatti, "Danni punitivi e class action nel diritto nordamericano", in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, p. 234.

Tra i vari tipi di *class action* previsti, la Rule 23 b 1 b stabilisce che una azione di classe è ammissibile se la prosecuzione di diversi giudizi individuali volti ad ottenere la condanna ai *punitive damages* possa creare il rischio di fallimento per l'impresa convenuta, con conseguente frustrazione delle pretese anche semplicemente risarcitorie degli altri danneggiati (si tratta delle *limited fund class action*, appartenente al tipo *mandatory di class action*).

Al fine di valutare la consistenza di questo rischio la giurisprudenza nordamericana è solita fare ricorso al concetto di *limited fund*, ovvero di patrimonio limitato del convenuto. Due sono in particolare le letture interpretative che trovano applicazione in tema di *limited fund* (si parla di *limited fund theory*).

Secondo una prima tesi l'ammissibilità della *class action* in tema di danni punitivi, è subordinata alla verifica della semplice probabilità che le diverse condanne individuali ai danni punitivi possano determinare il fallimento della convenuta.

La tesi maggioritaria in tema di *limited fund* sostiene, invece, la necessità di una prova certa in ordine al fatto che l'esiguità del patrimonio dell'impresa in una alle molteplici e separate condanne ai danni punitivi, possa determinare il fallimento dell'impresa.

Un terzo orientamento, infine, ritiene di prescindere, nel giudizio sulla certificazione della *punitive damage class action*, dalla valutazione in

merito alla capienza del patrimonio del convenuto. Secondo detta tesi è preferibile fare riferimento ai limiti insiti nella stessa quantificazione dei danni punitivi. Secondo detta tesi (*limited generosity fund theory*) l'azione di classe per i danni punitivi è ammissibile in tutti i casi in cui vi sia un rischio di sovradeterrenza per l'impresa convenuta, rischio che non deve necessariamente coincidere con il rischio del fallimento.

La tesi ha trovato accoglimento nel caso *Exxon Valdez*, relativo al disastro ambientale causato dalla dispersione nei mari dell'Alaska di diverse tonnellate di petrolio. Nell'occasione la corte ha ritenuto ammissibile la *class action*, evidenziando i molteplici rischi che la separate condanne ai *punitive damages* potevano causare. Rischi di inadeguata distribuzione degli stessi fra i vari attori, nonché rischi, per alcuni di essi, di non ricevere ristoro neanche a livello compensativo. Infine la corte sottolineava il rischio di *multiple punishment* per il danneggiante.

Secondo la teoria del *limited generosity fund*, pertanto, la tipicità e la conseguente (in presenza degli altri requisiti) certificazione della *class action* sussistono laddove vi sia il rischio che azioni punitive individuali possono condurre ad un eccesso di deterrenza e di sanzione per l'impresa convenuta. La tesi si richiama espressamente a quei limiti costituzionali e legislativi che buona parte della dottrina e della giurisprudenza caldeggiavano, a contenimento dei danni punitivi.

Ad oggi sembra che la questione interpretativa in ordine al concetto di *limited fund* sia stata risolta dalla Suprema Corte Federale con accoglimento della seconda tra le tesi esposte.

Nel caso *Ortiz vs Fireboard* la tipicità delle *limited fund class action* è stata interpretata in senso letterale e restrittivo, escludendosi l'ammissibilità delle azioni collettive nei casi in cui non sia stata fornita la prova certa dell'incapienza del patrimonio del convenuto, rispetto a tutte le potenziali domande individuali¹²³.

Un ulteriore tipo di *class action* astrattamente ammissibile ai fini delle condanne ai danni punitivi è quella di tipo *opt-out*. Essa è configurabile nei casi in cui gli aspetti comuni relativi alle molteplici potenziali controversie risultano prevalenti rispetto alle questioni individuali dei singoli membri del gruppo, risultando più efficiente trattare le questioni con una azione collettiva (Rule 23 b 3).

In questo caso, però, la stessa natura della *class action* di tipo *opt-out* pone il rischio che i soggetti che si siano sottratti all'azione collettiva possano agire successivamente in via individuale, chiedendo ed ottenendo ulteriori danni punitivi. Il risultato sarebbe ancora una volta un eccesso di deterrenza nei confronti del danneggiato.

Parte della dottrina suggerisce, pertanto, di rendere inammissibili le domande di *punitive damages* per i membri del gruppo che si siano sottratti

¹²³ V. Benatti, "Danni punitivi e class action nel diritto nordamericano", in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, p. 231 e ss..

alla *class action*, anche se ciò sembra frustrare – secondo altra parte della dottrina - lo stesso spirito della *class action* di tipo *opt out*, che consiste proprio nella facoltà di scelta lasciata al singolo se agire in gruppo o individualmente.

Nelle più recenti decisioni in materia di *punitive damages* la Suprema Corte ha assunto posizioni ulteriormente restrittive.

Nel caso *State Farm Automobile Insurance Co. vs. Campbell* ha stabilito che i danni punitivi non possono superare “*a singole digit multiple*” dei danni compensativi, e che inoltre, “essi non possono essere attribuiti per sanzionare condotte lesive realizzate al di fuori dell’ambito territoriale dello stato la cui legge sostanziale sia applicata per determinarne l’ammontare”¹²⁴.

Ulteriormente, la Suprema Corte, nel caso *Philip Morris USA vs Williams* ha posto il diverso principio secondo il quale è vietato quantificare i danni punitivi sulla base del danno potenziale cagionato a soggetti diversi da quelli presenti in giudizio. La sentenza, però, lascia aperta la possibilità per le corti, di tenere quantomeno in considerazione la gravità della condotta del danneggiante rispetto ai danni cagionati ai terzi, il tutto al fine di calcolare i danni punitivi in favore delle sole parti presenti in giudizio.

In dottrina si è osservato come entrambe le decisioni si prestino ad una lettura contraria all’applicazione di una *class action* in materia di danni

¹²⁴ A. Giussani, “Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell’illecito”, in “*Riv. dir. proc.*”, 2008, p. 249.

punitivi. Di contro si è anche rilevato che la sentenza Williams non fu emessa nell'ambito di una azione di classe. E poiché essa dispone il divieto di quantificare i danni punitivi facendo riferimento alle parti estranee al giudizio, la pronuncia lascia aperta la possibilità che proprio nelle *class action* (dove anche colui che non agisce, se è membro del gruppo, può definirsi “parte” del processo) possano trovare applicazione i danni punitivi.¹²⁵

Nel complesso si può comunque affermare che l'atteggiamento attuale delle corti in merito alla *punitive damages class action* rimane di chiusura. Emblematico è il caso *Simon vs Philipp Morris Inc.* ove la corte di primo grado aveva certificato l'ammissibilità di una *class action* per danni da fumo di sigarette, argomentando sulla base della comunanza delle questioni di fatto e di diritto.

Nel 2005, però, la corte d'appello del Secondo Circuito ha decertificato la *class action*, richiamandosi ai principi della *limited fund theory* intesi in senso letterale (necessità ai fini dell'ammissibilità della *class action* della prova certa dell'insufficienza del patrimonio del convenuto).

¹²⁵ A. Giussani, ID. p. 131.

6. Il problema della costituzionalità dei danni punitivi.

la letteratura nordamericana sin qui esaminata sembra disegnare un sistema risarcitorio fortemente affezionato all'istituto dei *punitive damages*, spesso inteso come un irrinunciabile rimedio di giustizia posto a garanzia dei diritti di cittadini e consumatori.

La stessa genesi storica dell'istituto, ci consegna – almeno secondo alcuni orientamenti – un fondamento in qualche misura “democratico” ovvero politico dei *punitive damages* e, talvolta (almeno di fronte alle c.d. *deep pocket*), connotato da finalità latamente redistributive. Abbiamo già avuto occasione di osservare, infatti, che parte della dottrina ritiene di scorgere nel ruolo della giuria, una delle ragioni poste alla base della fortuna dei danni punitivi, e tanto in ossequio al principio che vede demandata l'amministrazione della giustizia “in nome del popolo”, al popolo stesso¹²⁶. Al di là di ogni suggestione demagogica è importante, nondimeno, comprendere l'importanza del ruolo della giuria all'interno del processo civile statunitense, con particolare riferimento alla liquidazione delle condanne. L'esito di questa parte della ricerca ci tornerà utile per approfondire le ulteriori problematiche relative alla eccessività di alcune condanne punitive, e a meglio orientarci nell'ambito della riflessione intorno ai limiti di costituzionalità che l'istituto oggi incontra.

¹²⁶ Tocqueville, in proposito, ha definito la giuria come un'istituzione politica, in “La Democrazia in America”, 1835.

Storicamente la giuria ha rappresentato l'esito di un compromesso tra due opposte letture del sistema giuridico statunitense.

Da una parte si poneva un'ideologia antifederalista e repubblicana, preoccupata di garantire il rispetto dei diritti dei cittadini dinnanzi al potere dei singoli giudici, talvolta vicini agli interessi della classe politica ovvero degli stessi ceti dominanti¹²⁷. Secondo questa impostazione l'amministrazione della giustizia si sarebbe dovuta demandare direttamente al popolo, senza la mediazione di avvocati o di aule di tribunali, ed il suo oggetto sarebbe dovuto essere un diritto chiaro ed inequivoco, come tale non necessitante di interpretazione¹²⁸. Secondo questa impostazione la garanzia di una applicazione non arbitraria del diritto, da parte dei giudici, passava per l'attribuzione alla giuria del potere di decidere direttamente sui "fatti", interpretati alla stregua di ogni altro fatto umano non giuridicamente rilevante. Il diritto si sarebbe dovuto attuare, così, in modo meramente deterministico.

In una prospettiva diametralmente opposta, si poneva, invece, la logica federalista, favorevole alla creazione di un'autorità giudiziaria forte,

¹²⁷ Nel caso *Edmonson vs. Leesville Concrete* la Corte ha affermato che ruolo della giuria è quello di vigilare sui diritti delle parti e di assicurare la continua accettazione della legge da parte del popolo". La citazione è tratta da Benatti "Correggere e punire dalla law of tort all'inadempimento contrattuale", cit., p. 57.

¹²⁸ S. Landsman *The History and Objectives of the Civil Jury System*, in *Verdict: Assessing the Civil Jury System*, 1993 p. 22, citato in ibdem.

tecnicamente specializzata e competente, capace di innovare, tramite l'interpretazione della norma, l'ordinamento stesso.

La struttura del processo nordamericano oggi imperniata sul binomio giudice-giuria rappresenta, quindi, l'esito di un compromesso tra le due prospettate soluzioni.

Nonostante le difficoltà relative alla delimitazione delle sfere di competenza della corte e della giuria, è possibile affermare che di regola la corte valuta la sussistenza della prova sulla concedibilità dei danni punitivi, mentre alla giuria spettano le valutazioni concernenti la liquidazione del loro ammontare¹²⁹.

In particolare, tra le funzioni di quantificazione delle condanne risarcitorie spettanti alla giuria rientrano quelle relative ai danni punitivi, secondo un'interpretazione estensiva del contenuto del settimo emendamento della Costituzione Federale¹³⁰.

Quale conseguenza dell'attribuzione di tale potere alle giurie si è avuta, nel tempo, una considerevole lievitazione delle poste risarcitorie dei *punitive damages*. Si è evidenziato, infatti, che i giurati sono generalmente poco

¹²⁹ Si precisa, però, che la decisione della giuria potrebbe essere riformata dal giudice, al quale la parte soccombente potrebbe ricorrere per la riduzione dei *punitive damages* eccessivi.

¹³⁰ Nelle cause che dovranno essere giudicate a norma del common law, il diritto al giudizio a mezzo di giuria sarà mantenuto ogni volta che l'oggetto della controversia superi i venti dollari e nessun fatto giudicato da una giuria potrà essere sottoposto a un nuovo esame in qualsiasi altra corte degli Stati Uniti se non secondo le norme della common law".

preparati ed ostili nei confronti di convenuti ricchi e potenti, e in ogni caso inclini ad orientarsi sulla base di valutazioni spiccatamente emotive. Ciò determina, nei fatti, una generale propensione delle giurie a concedere ingenti danni punitivi laddove la controparte sia un soggetto ritenuto “forte”.

Il fenomeno ha assunto, con il passare del tempo, dimensioni e proporzioni tali da indurre parte della dottrina e della giurisprudenza a dubitare della costituzionalità delle condanne punitive di ammontare eccessivo, con riferimento, in particolare, all’VIII e al XIV emendamento della Costituzione Federale.

L’VIII emendamento dispone, che “non si dovranno esigere cauzioni esorbitanti, né imporre sanzioni pecuniarie eccessive, né infliggere pene crudeli e inusitate”.

Discussa è l’applicabilità della clausola dell’*Excessive Fines Clause* di cui al citato VIII emendamento alle sanzioni civili ed in particolare ai *punitive damages*.

Nel celebre caso *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. vs. Kelco Disposal Inc.*¹³¹ del 1988 la Corte Suprema dichiarò che le condanne al pagamento dei danni punitivi, ancorché volte a realizzare finalità

¹³¹ Il caso riguardava la condanna di un’impresa di raccolta e gestione dei rifiuti al pagamento di danni punitivi per la somma di 6 milioni di dollari a titolo di danni punitivi per aver deliberatamente assunto comportamenti volti ad escludere dal mercato un’impresa concorrente.

pubblicistiche di deterrenza, non rientrano nell'ambito di applicazione della clausola sull'eccessività delle sanzioni pecuniarie di cui all'VIII emendamento della Costituzione Federale, qualora l'azione non sia promossa dallo Stato.¹³²

In quella occasione l'iter motivazionale posto dalla Corte Suprema a fondamento del rigetto della questione di legittimità costituzionale dell'istituto venne costruito principalmente su un argomento di tipo storico e secondariamente su uno di tipo letterale.

La Corte Suprema esaminò doviziosamente le origini dell'VIII emendamento pervenendo alla conclusione che lo stesso trovò storicamente applicazione solo nell'ambito dei processi penali e delle relative sanzioni (multe, ovvero *bails*).

In particolare la Corte, osservo che l'VIII emendamento della Costituzione Federale, ed in particolare la *Excessive Fines Clause*, mutuava il proprio contenuto dall'art 1 § 9 della Dichiarazione dei Diritti della Virginia del 1776, a mezzo della quale lo stato della Virginia dichiarava la propria indipendenza dalla corona inglese. Nell'intenzione dei redattori, lo scopo della *Virginia Declaration of Rights* era quello di assicurare ai cittadini del nuovo stato gli stessi diritti garantiti agli Inglesi. Ed infatti già l'art. 10

¹³² Vedi M.S. Romano "Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali", in *Foro it.* 1990, IV, p. 174.

della Carta dei diritti (*Bill of Rights*) emanata dal Parlamento inglese nel 1689, prevedeva che “*excessive bail ought not to be required nor excessive fine imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted*”.

La versione inglese era finalizzata, a sua volta, a reprimere gli eccessi compiuti dai giudici sotto il regno di James II, durante il quale erano state comminate contro i nemici del sovrano multe così pesanti, che alcuni di essi furono costretti a restare in prigione in quanto non in grado di pagarle. Gli stessi compilatori della *Bill of Rights* avevano avuto esperienza diretta di quelle sanzioni ed avvertirono l'esigenza di codificare un espresso divieto rispetto alle condanne “eccessive”.

Va osservato, peraltro, che benché i redattori del *Bill of Rights* avessero intenzione di arginare l'arbitrio dei giudici in campo penale, nella versione definitiva del testo abbandonarono ogni espresso riferimento alle fattispecie penali, offrendo l'occasione per una lettura del principio in esame, allargata anche alla materia delle sanzioni civili.

Questo dato viene oggi fortemente valorizzato da quella tesi che pur avvalendosi dell'argomento storico, ricostruisce la *Excessive Fines Clause*, come non limitata esclusivamente all'ambito penale.

Nondimeno nella pronuncia del 1988 la Suprema Corte osservò che tanto nella Costituzione Federale, quanto nella Carta dei Diritti inglese il termine “bail”, interpretato letteralmente, indica propriamente la multa, ossia la sanzione pecuniaria di natura penale. Il dato letterale, unitamente a quello

storico vengono utilizzati dalla Corte al fine di escludere l'operatività del divieto di sanzioni eccessive, rispetto alle sanzioni civili e, tra queste, ai *punitive damages*.

In realtà, in occasione della citata sentenza la Corte Suprema diede conto anche di una diversa ricostruzione storica della *Excessive Fines Clause*, secondo la quale le origini di tale divieto sono da rinvenirsi nell'ambito dei limiti posti agli *amercements*, nel XIII secolo¹³³.

Nell'antico sistema legale sassone dell'Inghilterra pre-normanna, alle vittime di un illecito era riconosciuta la facoltà di scegliere tra una vendetta personale nei confronti del danneggiante, e una riparazione economica dell'offesa. Inoltre, sul presupposto che il fatto illecito cagiona un pregiudizio anche all'intera collettività, il suo autore poteva essere condannato a pagare ulteriori somme anche al re o ai suoi rappresentanti.

Col tempo lo sviluppo e la crescente complessità del sistema feudale determinarono un aumento dei soggetti legittimati a pretendere dette somme, con un conseguente aumento del valore complessivo delle stesse e in definitiva dello stesso onere economico gravante sul reo.

La soluzione che si venne consolidando, nel periodo successivo alle conquiste normanne del 1066, per far fronte alla eccessiva lievitazione di tali

¹³³ Si segnala, in proposito, l'importante contributo, reso nella citata pronuncia, dalla *dissenting opinion* del giudice O'Connor, il quale si pone in linea di continuità con la tesi – sostenuta dalla dottrina maggioritaria – della applicabilità del VIII emendamento anche in materia di *punitive damages*.

condanne, fu quella di consentire all'autore dell'illecito di consegnare se stesso e i propri beni al re, in modo da non dover soddisfare tutte le pretese risarcitorie alle quali sarebbe altrimenti andati incontro. Questi si poneva in tal modo "alla mercé del re" (da qui il termine *amercement*) e, al fine di ottenere clemenza, era poi tenuto a versare alla corona una somma di denaro detta, appunto, *amercement*.

La quantificazione di dette somme era, però, spesso arbitraria ed oggetto di abusi. A fronte degli eccessi cui l'istituto concretamente si prestava, il capitolo 20 della Magna Carta introdusse il divieto di far luogo ad *amercement* che risultassero sproporzionati all'offesa o che fossero tali da privare l'autore dell'illecito dei mezzi di sussistenza.

È importante evidenziare, ai fini dello studio relativo alle origini dell'VIII emendamento, che la nascita dell'*amercement* si colloca in un periodo in cui la distinzione tra diritto civile e diritto penale non era ancora molto chiara.

In particolare se inizialmente una differenza tra multe (sanzioni penali) ed *amercement* (sanzioni civili) era rinvenibile nel carattere volontario delle prime,¹³⁴ la perdita del carattere convenzionale o pattizio delle multe generò nei fatti una progressiva sovrapposizione tra i due rimedi, al punto che il termine *amercement*, infine, scomparve.

¹³⁴ Istituite nel XIII secolo le multe consistevano in sanzioni pecuniarie pagate volontariamente alla corona al fine di evitare una condanna detentiva a tempo indefinito

La conseguenza della caduta in disuso dell'istituto dell'*amercement* ebbe rilevanti conseguenze sul piano della quantificazione delle altre sanzioni pecuniarie rimaste in vigore. Infatti il limite posta dall'art 20 della Magna Carta, previsto a contenimento dei soli *amercement*, non poteva trovare applicazione per le multe. Sicché approfittando del vuoto normativo, le corti inglesi, sotto il regno di James II, comminarono pesantissime sanzioni pecuniarie (stavolta di natura penale) agli oppositori della corona.

Al fenomeno, come sappiamo, pose fine la redazione nel 1689 della *Bill of Rights*, che espressamente sancì il divieto di condanne "eccessive" ed "esorbitanti", nonché di pene "crudeli e inusitate".

Secondo la tesi in esame, l'ambito applicativo della *Excessive Fines Clause*, recepisce la tradizione dell'art 20 della Magna Carta, relativo al divieto di *amercement* eccessivi, estendendo tale principio anche alle sanzioni pecuniarie di natura penale. A tal proposito parte della dottrina rilevò che la genericità del termine "*finis*" - indicante tutte le sanzioni pecuniarie - rende ragione di una portata applicativa del principio anche oltre il limite delle sole sanzioni di tipo penale.

Ma, come già anticipato, la tesi esposta non trovò accoglimento in seno alla lontana pronuncia della Suprema Corte del 1988.

In quell'occasione il giudice delle leggi concluse per l'inoperatività della *Excessive Fines Clause* nell'ambito delle sanzioni pecuniarie di natura

per un reato. Con il passare del tempo venne eliminato il carattere volontario della multa, risolvendosi il contenuto della condanna nel pagamento di una sanzione pecuniaria.

civile escludendone l'applicazione, quindi, anche relativamente alle condanne ai *punitive damages*.

La sentenza in esame è stata oggetto di numerose critiche tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, venendo a collocarsi in seno al dibattito sulla natura sostanzialmente penale dei *punitive damages* che già era stata oggetto di numerosi e importanti approfondimenti.

Nel caso *Kennedy vs. Mendoza Martinez*¹³⁵ del 1963, si esaminarono analiticamente i tratti tipici delle sanzioni penali al fine di definire la portata applicativa delle garanzie costituzionali poste a presidio dei diritti dell'imputato.

Con la citata pronuncia la Corte Suprema chiarì che al fine di comprendere se una sanzione abbia o meno natura "penale", occorre esaminare la stessa alla luce dei seguenti criteri: 1) se la sanzione comporti una qualche limitazione di capacità; 2) se la sanzione sia storicamente qualificata in termini di pena; 3) se la sua applicazione sia collegata alla prova dell'intenzionalità della condotta, da parte dell'agente; 4) se la stessa sia inflitta con finalità punitiva e deterrente; 5) se la condotta sanzionata sia rilevante anche sotto un profilo penale; 6) se la sanzione persegua finalità diverse rispetto a quelle della semplice punizione; 7) se risulta sproporzionata rispetto al perseguimento di tale eventuale diversa finalità.

¹³⁵ Il caso riguardava una legge federale che privava della cittadinanza americana coloro che avevano lasciato gli USA per evitare il servizio di leva.

Nel caso *Kennedy vs. Mendoza-Martinez* è stato evidenziato che le sanzioni comminate a titolo di *punitive damages* pur essendo sanzioni civili, presentano una natura sostanzialmente penale, trovando, i suddetti quesiti, tutti una risposta affermativa¹³⁶.

Sulla base di queste valutazioni parte della dottrina nordamericana ritiene che il riconoscimento di una natura quasi penale in capo ai danni punitivi, determina ulteriori profili di incostituzionalità anche alla luce del IV, del V, nonché del VI emendamento della Costituzione Federale.

In particolare il IV emendamento vieta le perquisizioni e i sequestri ingiustificati, ossia non supportati da un mandato giudiziario a sua volta fondato su supposizioni ragionevoli.

Il V emendamento pone, invece, due distinti principi: quello che vieta la *Self Incrimination*, secondo il quale nessuno può essere obbligato a deporre contro se stesso, e quello espresso dalla *Double Jeopardy Clause*, secondo il quale nessuno può essere sottoposto due volte a processo per uno stesso fatto.

Il VI emendamento stabilisce, infine, che in ogni processo l'accusato avrà diritto ad essere giudicato in tempi rapidi, pubblicamente e da una giuria imparziale dello stato del distretto in cui il reato è stato commesso.

¹³⁶ Le argomentazioni sulla natura sostanzialmente penale dei *punitive damages* sono riprese anche dalla *dissenting opinion* del giudice O'Connor, contenuta nelle motivazioni del citato caso *Browning- Ferris vs. Kelco*.

Sebbene tutti gli emendamenti citati facciano espresso riferimento, quanto al loro ambito applicativo, al processo penale, la natura sostanzialmente penale dei danni punitivi, riscontrata in *Kennedy vs. Mendoza*, ha posto il problema della applicazione delle relative garanzie costituzionali anche ai processi per *punitive damages*.

In particolare, però, va osservato che con riferimento al IV e al V emendamento (sub specie di divieto di *Self-Incrimination*) la giurisprudenza maggioritaria si è dimostrata contraria ad una loro applicazione nell'ambito del giudizio civile di risarcimento. E ciò in ragione del fatto che sia i sequestri e le perquisizioni, sia le dichiarazioni rese dal convenuto contro se stesso, si rivelano necessarie ai fini della prova circa la responsabilità del colpevole e ai fini della liquidazione del danno.

Anche il processo civile nordamericano è, infatti, basato sulla regola probatoria del “più probabile che non”, essendo lo scopo del giudizio non tanto l'accertamento della responsabilità del danneggiante “oltre ogni ragionevole dubbio”, bensì la riparazione del danno posto in essere. Per tale ragione le corti ritengono inapplicabili ai *punitive damages* le garanzie di cui agli emendamenti IV e V.

Diverse considerazioni vengono svolte, invece, dalla giurisprudenza in tema di applicazione della *Double Jeopardy Clause* – anch'essa contenuta nel V emendamento - ai danni punitivi.

In ben tre precedenti la Corte Suprema ha dichiarato l'applicabilità del suddetto principio anche ai processi civili. Sicché si è esclusa la possibilità per lo Stato di chiedere la condanna ai *punitive damages* laddove sia già stata comminata una precedente sanzione penale¹³⁷. Ciò che viene valorizzato dalla Corte nelle pronunce in questione è il carattere sostanzialmente penale dei danni punitivi, evincibile dalla loro finalità spiccatamente sanzionatoria.

Si noti, però che l'applicabilità dei danni punitivi non è in alcun modo limitata dal V emendamento nei casi in cui non sia lo Stato ad agire per i danni punitivi, ma l'azione venga promossa da uno o più privati cittadini. In tal caso la sanzione penale ben può convivere con la sanzione civile, in quanto, come abbiamo già avuto modo di osservare, i *punitive damages*, se incamerati dal soggetto privato, svolgono funzioni che non sono esclusivamente punitive¹³⁸.

Venendo, infine, al sesto emendamento, la Corte Suprema ne ha sancito l'applicazione anche in sede civile, stante la natura sostanzialmente penale dei *punitive damages*.

¹³⁷ I casi in questione sono: *United States vs Chouteau*; *Murphy vs United States*; e *One Lot Emerald Cut Stone vs United States*.

¹³⁸ Si è già detto della loro funzione anche risarcitoria rispetto ai danni morali, nonché di quella compensatoria relativa alle spese di giudizio che nel sistema processuale nordamericano non seguono il principio della soccombenza.

Ma è con riferimento alla *Due Process Clause* (principio dell'adeguato - o giusto – processo di legge) espressa dal XIV emendamento che vengono in rilievo i più importanti ed attuali profili di incostituzionalità dei *punitive damages*.

La norma prevede che “nessuno possa privare un soggetto della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito ad un regolare processo”¹³⁹.

Il tema della incompatibilità dei danni punitivi di ammontare eccessivo con il principio del *Due Process of Law* era già stato sollevato nel 1988 in seno al caso *Browning-Ferris Industries of Vermont vs Kelco Disposal Inc.*¹⁴⁰.

Nell'occasione, oltre ai citati rilievi di incostituzionalità dei danni punitivi eccessivi per contrasto con l'VIII emendamento, si pose anche la questione della loro compatibilità con il XIV emendamento della Costituzione Federale.

Secondo i rilievi promossi dai ricorrenti, il principio dell'adeguato processo di legge, imporrebbe da una parte dei limiti di natura sostanziale rispetto ai *quantum* risarcitori o punitivi comminabili dalle giurie, e dall'altra precluderebbe ogni forma di condanna che sia dettata solo da pregiudizi di carattere emotivo dei giurati stessi.

¹³⁹ “Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of law”.

¹⁴⁰ La violazione del XIV emendamento era stata contestata anche in *Pacific Mutual life Insurance Co. vs Cleopatra Haslip* del 1991 e, successivamente, anche in *TXO Production Corp. vs. Alliance Resources Corp.*, nei quali si definì la condanna ai danni punitivi eccessivi come una arbitraria privazione della proprietà senza un *due process of law*. Entrambe le eccezioni vennero respinte.

Nella citata pronuncia la Corte Suprema non si spinse sino all'esame della questione sostanziale sollevata dai ricorrenti e relativa alla possibilità che la *Due process of law* possa operare quale strumento di controllo della discrezionalità delle giurie nella liquidazione dei danni punitivi, ritenendo assorbente il preliminare vizio processuale relativo alla mancata proposizione dell'eccezione in oggetto nell'ambito dei precedenti gradi di giudizio.

Nondimeno la Corte affermò la non infondatezza della questione sostanziale rinviandone, però, l'approfondimento ad altra occasione.

In particolare nelle opinioni concordi dei giudici Brennan e Marshall si riscontra il favore della Corte per una lettura del XIV emendamento in funzione limitativa delle condanne punitive eccessive. I giudici evidenziano che già in numerose occasioni la Corte Suprema ha utilizzato la *Due process* in funzione limitativa dei danni punitivi, nei casi in cui vi era la presenza di una norma che poneva espressi limiti edittali alla sanzione. Si trattava, però, in questi casi di un'applicazione della norma costituzionale in via solo mediata.

Il problema sollevato dai ricorrenti nel caso *Browning-Ferris vs. Kelco*, riguardava, invece, la possibilità di applicare in via immediata il XIV emendamento, utilizzando la norma in funzione direttamente precettiva rispetto alla discrezionalità delle giurie, e ciò in tutti i casi in cui non fosse rinvenibile una espressa norma di legge in tal senso.

Si è infatti rilevato – anche nelle opinioni contrarie espresse in sentenza dai giudici O’Connor e Stevens – che le condanne ai danni punitivi stanno “prendendo il largo” minacciando la ricerca e lo sviluppo di nuovi prodotti, in numerosi settori industriali, da quello farmaceutico a quello automobilistico e aerospaziale, dove diversi progetti vengono abbandonati per il timore di incorrere in esorbitanti condanne punitive.

Dinnanzi a detto fenomeno appare giustificata l’esigenza di porre un freno a risarcimenti smodati capaci di mettere in crisi interi settori produttivi, ed in questa direzione, un’interpretazione della *Due Process of Law* come norma primaria immediatamente precettiva sembra rappresentare un utile strumento limitativo degli arbitri delle giurie.

Ciò che si pone in rilievo è l’esigenza di individuare delle linee guida chiare ed oggettive che consentano alle giurie di orientarsi nella determinazione dei danni punitivi, secondo criteri razionali scientificamente misurabili.

La questione ritornò all’esame della Corte Suprema nel 1993 con il caso *Txo Production Corp. Vs. Alliance Resources Corp.*¹⁴¹ Anche in questo caso¹⁴² la Corte confermò la legittimità costituzionale dei danni punitivi

¹⁴¹ G. Ponzanelli “Non c’è due senza tre: la Corte suprema USA salva ancora i danni punitivi”, in *Foro it.*, 1994, IV, p. 92 e ss..

¹⁴² Il caso riguardava la stipulazione di un contratto tra la società Txo e la Alliance, con il quale la prima si assicurava, dietro pagamento di un ingente corrispettivo, lo sfruttamento delle risorse petrolifere di un terreno della seconda. Resasi conto dell’eccessiva generosità delle *royalties* riconosciute alla controparte, la Txo tenta di rinegoziare il contratto, ma non riuscendovi, chiama temerariamente in giudizio la Alliance al fine di far accertare il difetto di legittimazione della stessa rispetto al terreno di cui in contratto. Una volta accertata la pretestuosità dell’azione di Txo, questa viene condannata al

nonostante il loro ammontare fosse sorprendentemente elevato, giacché in rapporto di centoventisei a uno rispetto ai danni compensativi. In particolare la Corte argomentò sulla base della condotta fraudolenta della Txo, sul valore dell'affare, sul grave danno che la condotta di Txo - se il suo tentativo fosse andato a buon fine - avrebbe potuto cagionare, e sull'entità del patrimonio della società convenuta.

La sentenza riveste una particolare importanza per le *opinions* del giudice Scalia e del giudice O'Connor i quali rispetto all'opinione maggioritaria della Corte esprimono rispettivamente pareri concorrente e dissenziente. Il primo pur riconoscendo la natura anche sostanziale alla *Due process*, nega che la stessa possa essere utilizzata come un espediente per la creazione – in via giurisprudenziale – di un numero indefinito di norme giuridiche attributive di diritti sostanziale sempre nuovi¹⁴³. In particolare secondo il giudice Scalia costituisce un diritto federale la determinazione giudiziale della ragionevolezza dei danni punitivi e non anche quello di una corretta determinazione della loro ragionevolezza. Sicché il principio della *Due Process of Law* va inteso in senso restrittivo per evitare la creazione di dubbi diritti federali, quale sarebbe quello relativo alla ragionevolezza di una scelta giudiziaria.

pagamento dei compensatory damages per la somma di 19.000 dollari e ai danni punitivi per 10 milioni di dollari.

¹⁴³ Secondo l'*opinions* di Justice Scalia "Non può essere accettata la tesi per cui la clausola sarebbe il ripostiglio segreto di ogni sorta di altro non menzionato diritto sostanziale (*the secret repository of all sorts of other, unenumerated, substantive rights*)".

È evidente l'escamotage giuridico utilizzato dal Decidente per salvare da censura le condanne punitive *grossly* eccessive. Egli attribuisce rilevanza costituzionale alla sola determinazione per via giudiziale delle condanne, senza estendere la portata garantistica della norma alla loro intrinseca correttezza o alla loro ragionevolezza.

Diverso è il contenuto della *dissenting opinion* del giudice Sandra O'Connor il quale pone in evidenza le diverse criticità presenti nei *punitive damages*.

Innanzitutto si censura il carattere arbitrario dei verdetti delle giurie, spesso condizionate da fattori emotivi e da pregiudizi, i quali assumono una valenza determinante laddove il convenuto sia un soggetto economicamente forte. Afferma Justice O'Connor che "*influences such as caprice, passion, bias, and prejudice are antithetical to the rule of law*".

Inoltre, secondo O'Connor, nei casi in cui la parte convenuta sia una società con una rilevante posizione patrimoniale, sembra che la finalità dei danni punitivi venga piegata verso logiche meramente redistributive, piuttosto che deterrenti.¹⁴⁴ Si auspica, pertanto, l'utilizzo di criteri più rigidi relativi alla determinazione dei *punitive damages*, criteri al cui utilizzo le giurie devono essere ben istruite.

¹⁴⁴ Le stesse opinioni vennero espresse da Justice O'Connor nel caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. vs. Haslip* del 1991, avente ad oggetto la questione di costituzionalità della legislazione dello stato dell'Alabama la quale si limita a stabilire criteri molto generici rispetto alla determinazione dei danni punitivi da parte delle giurie.

La prima pronuncia di incostituzionalità dei danni punitivi irragionevolmente eccessivi (*grossly excessive*) si avrà solo nel 1996 con il caso *BMW of North America Inc. vs. Gore*.¹⁴⁵

Per la prima volta la Corte Suprema dopo ben tre questioni di costituzionalità sottoposte al suo giudizio, censura l'espansione incontrollata delle condanne ai danni punitivi, attribuendo - contrariamente a quanto affermato dal giudice Scalia in *Pacific Ltd* e, quindi, ulteriormente confermato nella sua *dissenting opinion* resa nella stessa sentenza *Gore* - natura sostanziale alla *Due process clause* di cui al XIV emendamento.

Sul presupposto della immediata precettività della norma la Corte Suprema giunge a stilare un breve elenco di criteri da utilizzare per la determinazione dei danni punitivi.

Essi sono: 1) la gravità della condotta del convenuto, posta in relazione al tipo di danno causato e a tutte le circostanze del caso concreto. 2) l'esistenza di un rapporto ragionevole tra i danni compensativi ed i danni punitivi. In tal caso, però, la Corte non individua un preciso criterio matematico relativo al rapporto tra i due valori ma si limita ad una generica petizione di proporzionalità tra gli stessi. 3) terzo ed ultimo criterio, individuato dalla Corte è quello di un ragionevole rapporto tra i danni punitivi ed il *quantum* sanzionatorio previsto dalla legge per condotte analoghe.

¹⁴⁵ Ponzanelli "L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive" in *Foro it.* 1996, IV, 42.

Nonostante la portata rivoluzionaria della sentenza, i criteri in essa stabiliti, non furono pienamente condivisi dalla giurisprudenza successiva. Di essi, quello che riscosse i maggiori favori fu, com'era prevedibile, quello della gravità della condotta del convenuto, restando, invece, di difficile interpretazione e applicazione i criteri nn. 2) e 3).

Per un più approfondito esame della questione si dovrà attendere il caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell* del 2003.

In pronuncia la Corte Suprema, ridimensiona l'ammontare dei danni punitivi concessi, utilizzando lo strumentario fornito dal caso Gore, ma in una versione più aggiornata e precisa. La Corte evidenzia che il criterio della gravità della condotta va a sua volta commisurato alla luce di ulteriori elementi: 1) la natura fisica o morale del danno cagionato; 2) la condizione di debolezza della parte lesa, rispetto al danneggiante; 3) l'elemento soggettivo che ha informato la condotta di quest'ultimo e cioè la presenza di dolo o colpa, o l'indifferenza da questi manifestata per i diritti altrui (*malice*).

Venendo al rapporto tra danni compensativi e punitivi la Corte Suprema stabilisce che i secondi per essere costituzionali non devono essere superiori ad un *single-digit multiple* (un multiplo ad una sola cifra) dei danni compensativi.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Una eccezione a questa regola può ravvisarsi laddove i danni compensativi siano particolarmente esigui e la condotta del danneggiante sia particolarmente grave.

Infine la Corte stabilisce la completa autonomia dei *punitive damages*, rispetto alle sanzioni penali e coglie l'occasione per porre l'ulteriore principio che ai fini della determinazione dei danni punitivi non può assumere rilevanza l'entità del patrimonio del convenuto.

La pronuncia si colloca nel solco di quelle sentenze volte a contenere l'ammontare dei danni punitivi e fornisce ulteriori criteri razionali per la liquidazione delle condanne da parte delle giurie.

Un'ulteriore occasione di approfondimento la Corte Suprema l'ha avuta con il caso *Phillip Morris vs. Williams*¹⁴⁷ del 2008, relativo ad una richiesta di risarcimento avanzata dalla vedova di un uomo morto di cancro ai polmoni dovuto al consumo di sigarette Marlboro. Le ragioni poste a fondamento della domanda erano individuate nella mancanza di un'adeguata informazione da parte della Phillip Morris sui rischi prodotti dal fumo di sigarette. Ciò che, in particolare, venne contestato alla parte convenuta fu una vera e propria frode consistente nella intenzionale omissione della divulgazione dei rischi per la salute imputabili al fumo. Notizie, assumevano i ricorrenti, che, se rese note ai consumatori, avrebbero ridotto considerevolmente l'utilizzo di tabacco e di conseguenza anche il volume d'affari dell'impresa produttrice.

La Corte Suprema nel pronunciarsi sull'ammontare dei danni punitivi stabiliti dalla giuria, trovò modo di confermare per la terza volta,

¹⁴⁷ Ponzanelli "I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Phillip Morris della Corte suprema americana", in *Foro it.*, 2008, III, p. 180.

l'operatività del principio della *Due Process of Law* in tema di danni punitivi. In particolare la Corte, pur nel ribadire la legittimità in sé dell'istituto dei *punitive damages*, ribadisce la necessità di una loro corretta e ragionevole determinazione, secondo criteri oggettivi che pongano l'istituto al riparo da condizionamenti emotivi o di politica redistributiva da parte delle giurie.

Ancora una volta, i rilievi di incostituzionalità vengono ad appuntarsi non tanto sull'eccessività della pena e dunque sul contrasto rispetto all'VIII emendamento, quanto piuttosto sugli stessi criteri adottati per la determinazione del *quantum* della pena. La censura mossa dalla Corte è rivolta all'individuazione di quel multiplo dei danni compensativi che già nel caso Gore era stato individuato come il criterio del rapporto che deve sussistere tra danni punitivi e compensativi.

La Corte Suprema sottolinea in particolare, che nella individuazione di quel multiplo non si può tenere in considerazione il pregiudizio subito da tutti coloro che pur avendo subito un danno a seguito della condotta del convenuto, non hanno agito in giudizio per il risarcimento. Ed infatti, attribuire all'attore in giudizio, danni punitivi per un ammontare pari a tutti i danni subiti dalle altre vittime ma a questi non risarciti, equivarrebbe ad una sorta di espropriazione, in danno di costoro, del loro legittimo diritto al risarcimento. Situazione che si porrebbe in insanabile contrasto con la *Due process of law clause* di cui al XIV emendamento.

Pur nondimeno, il riferimento al danno cagionato a terzi, anche se non può assumere rilevanza ai fini dell'individuazione del moltiplicatore dei danni compensativi, può essere rilevante ai fini del giudizio sulla gravità della condotta del convenuto, giudizio che come già osservato nel caso Gore, costituisce il primo dei tre criteri per la determinazione dei danni punitivi.

Appare chiaro come nella sentenza in questione la Corte abbia avuto quale obiettivo principale quello di evitare che i danneggiati che hanno agito in giudizio possano ricevere un *windfall* (colpo di fortuna) a discapito di altri soggetti che seppur parimenti danneggiati, siano rimasti inerti rispetto alle azioni risarcitorie. La condanna a danni punitivi che attribuiscono all'attore, anche gli importi dei risarcimenti potenzialmente spettanti ad altri soggetti, equivale ad un esproprio delle somme spettanti a costoro. Esproprio che, peraltro, avviene senza il rispetto delle dovute garanzie sostanziali e processuali previste dalla *due process clause* del XIV emendamento.

Ma se la Corte Suprema, da un lato bacchetta l'eccessiva generosità dei criteri di liquidazione sino ad allora adottati, giacché lesivi dei diritti dei terzi, dall'altra non fornisce adeguate spiegazioni in relazione alle esigenze poste dall'analisi giuseconomica. In particolare, risulta dagli atti di giudizio che illustri rappresentanti della *Law and Economics*, tra cui lo stesso Shavell, avevano espresso le loro *opinions* in merito all'esigenza di non vulnerare, nel ridimensionamento dei danni punitivi, le esigenze di deterrenza cui l'istituto è finalizzato.

In particolare detta finalità secondo i giuristi può essere perseguita attraverso l'utilizzo di due tecniche: 1) tramite la quantificazione dei danni punitivi nella misura del costo aggregato di tutti i risarcimenti che il danneggiante avrebbe dovuto corrispondere alle vittime se tutte queste avessero agito in giudizio e fossero risultate vincitrici; 2) tramite la quantificazione dei danni punitivi nella misura del guadagno lucrato dal danneggiante quale conseguenza dell'illecito commesso.

Su nessuna di queste opzioni la Corte Suprema prende posizione. In realtà il problema giuridico della deterrenza sembra essere stato completamente obliato dalla pronuncia in esame, preoccupandosi la Corte solo di contenere i fenomeni di *windfall* cui va incontro l'attore e i pregiudizi "espropriativi" degli altri danneggiati.

Nel complesso la sentenza non sembra essere una censura di incostituzionalità dei danni punitivi, semmai può essere letta come una ulteriore conferma della loro legittimità. Il pregio della pronuncia riposa, però, sull'abbandono di quell'atteggiamento di indifferenza che per decenni ha caratterizzato le logiche di internalizzazione dell'analisi economica: non è più irrilevante che l'intera posta risarcitoria dei danni cagionati dal convenuto venga incamerata da un solo danneggiato; occorre, invece tutelare anche il diritto al risarcimento degli altri soggetti lesi. Ciò che unicamente la Corte non spiega è come conciliare questa esigenza con l'eventualità che i terzi danneggiati non agiscano per ottenere i loro

risarcimenti. In tal caso, infatti, il danneggiante finirebbe per trattenere quella parte residua e non risarcita del profitto ingiusto, con buona pace per le esigenze di deterrenza segnalate dalla *Law And Economics*.

7. Punitive damages e assicurazione.

Un problema di rilevante importanza, rispetto al quale difettano ad oggi soluzioni univoche è quello della assicurabilità del rischio relativo alle condanne punitive.

Si rinvengono in dottrina due diversi orientamenti. Uno di segno negativo il quale esclude l'assicurabilità dei *punitive damages*, in quanto in tal modo si verrebbe a perdere la valenza deterrente che è tipica dell'istituto. In particolare la tesi in questione paventa il rischio che attraverso la detta assicurabilità si finirebbe per assicurare anche tutti gli illeciti dolosi, che come sappiamo sono compresi nella più ampia nozione di *malice*.

A ben vedere, però, la legislazione degli stati che ammettono la possibilità di copertura assicurativa sui danni punitivi, limita la stessa ai soli casi di colpa grave, escludendo espressamente quelli di illecito doloso.

Altra obiezione mossa all'assicurabilità dei danni punitivi è quella che attraverso detta copertura si verrebbe a snaturare la complessiva finalità dell'istituto anche relativamente ai casi di semplice colpa grave.

Questa tesi, in verità, non trova ampi riconoscimenti nella giurisprudenza delle Corti, che sembra incline a conferire il sigillo della legittimità ad ogni tipo di copertura assicurativa. Si osserva, infatti, che tanto il pagamento di ingenti premi assicurativi, quanto la perdita di reputazione che indefettibilmente accompagna la condanna, assolvono, seppure in misura indiretta alle suddette esigenze di sanzione e deterrenza¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Inoltre nel settore della *product liability* la funzione deterrente sarebbe ulteriormente assicurata dall'aumento dei prezzi, determinando così un fenomeno di avversione al rischio di condanne per le società assicurate. Così Owen in "Punitive damages" in *Product Liability Litigation*, p. 1212 e ss..

CAPITOLO 6
IL “DISGORGEMENT”.

Origini e funzioni dell’istituto.

Una breve trattazione nell’ambito dello studio dei danni punitivi deve riservarsi necessariamente all’istituto del *disgorgement*.

il termine indica, in particolare, una tecnica rimediale che prevede un risarcimento del danno basato non già sulla perdita subita dal danneggiato, bensì sul profitto che il danneggiante ha realizzato quale conseguenza ulteriore del suo illecito.

È evidente la natura *quasi-punitiva* dell'istituto¹⁴⁹, il quale nel compensare la vittima, è chiamato a svolgere, altresì, un'importante funzione deterrente rispetto ad analoghi comportamenti illeciti.

Le origini del *disgorgement* risalgono alla partizione del diritto inglese, in norme di *common law* da un lato, volte alla tutela dei *rights*, e nei *remedies* approntati dall'*equity* dall'altro¹⁵⁰. La fusione procedurale risalente al 1875 permise a tutte le corti superiori di giudicare sia secondo *equity*, sia secondo legge, ma non eliminò le contraddizioni insite in tale dualismo. Si ha, pertanto, ancora ad oggi, che a fronte di una medesima situazione

¹⁴⁹ V. P. Pardolesi *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento 2005.

¹⁵⁰ Fino al compromesso giurisdizionale del *Judicature Acts (1873- 1875)* il diritto inglese costituiva il frutto di due separate giurisdizioni: quella di *common law*, posta dalle Corti di Westminster e quella di *equity*, frutto della elaborazione della *Court of Chancery*. In particolare, a seguito della crisi delle corti locali (*manorial court*) le loro funzioni giurisdizionali vennero progressivamente acquisite dalla Corte di cancelleria, la quale subì una progressiva trasformazione da organo amministrativo ed ausiliare delle corti di *common law*, a giurisdizione a se stante. La Corte di Cancelleria, peraltro, cominciò, a giudicare non già *at law* (secondo *form of action* tipiche e nominate, come le *legis actiones* romane), bensì secondo *equity*, e cioè, con la più ampia discrezionalità, seppur conclusa da strette finalità di giustizia del caso concreto. Con il *Judicature acts*, il legislatore attribuì ad entrambe tutte le corti superiori di decidere al contempo secondo diritto e secondo *equity* (v. A. Giussani "Studi sulle class action", Padova 1996, p. 4 e ss.; e Paolo Pardolesi, op. cit. p. 15 e ss.).

giuridica le soluzioni approntate *at law*, si presentano, spesso, diverse rispetto a quelle frutto di una pronuncia secondo equità.

Il *disgorgement* si inserisce nel novero dei rimedi, creati dall'*equity*,¹⁵¹ volti a realizzare diverse finalità: compensativa, sanzionatoria rispetto alla realizzazione dei profitti illeciti, e al contempo preventiva (generale e speciale).

L'istituto si colloca, pertanto, nell'ambito della dialettica che involge, nello studio della responsabilità civile, l'analisi economica del diritto e la *corrective justice*.

Secondo l'impostazione classica della *law and economics*, basata unicamente su prospettive di maggiore efficienza economica nell'allocatione delle risorse, il profitto (al netto delle poste risarcitorie) dovrebbe restare nelle mani del soggetto che lo ha generato.

Questo assunto è contestato dai fautori di un approccio basato sulla *corrective justice*, i quali ritengono, invero, che le esigenze di certezza e di stabilità nei rapporti giuridici debbano prevalere sulle ragioni dell'economia, suggerendo la sanzionabilità (in ottica anche preventiva) dei comportamenti illeciti.

¹⁵¹ Sebbene una parte della dottrina ritenga che le origini dell'istituto riposino nell'*account of profits*, a sua volta, risalente alla *action of account* di *common law*; v. P. Pardolesi, op. cit., p.19.

In verità, si può osservare sin d'ora, come gli esiti cui giungono le due diverse metodologie sono suscettibili di essere ricondotti ad unità se solo vengono correttamente individuati gli interessi in gioco.

Infatti se nel calcolo dell'efficienza complessiva dell'illecito - cui guarda la *Law and economics* - si considerano non solo il profitto strettamente economico che deriva al danneggiante (e in definitiva, quindi, alla stessa società), ma anche tutti gli ulteriori e indiretti pregiudizi, si avrà che pure in una prospettiva giuseconomica il saldo sociale complessivo dell'illecito risulterà di segno negativo. Tanto risulta evidente sol che si considerino tutti costi sociali (in termini di conflitto, ovvero di misure preventive rispetto ai potenziali conflitti) che un sistema giuridico basato sull'incertezza del diritto comporta: 1) aumento, ovvero nel lungo periodo, drastica diminuzione, del contenzioso; 2) adozione di tecniche di tutela dei propri diritti di natura metagiuridica; 3) disincentivo all'innovazione e al risparmio; 4) aumento dell'insicurezza nei traffici.¹⁵²

Dalle suesposte considerazioni si ricava che anche secondo una prospettiva giuseconomica non dovrà essere concesso al danneggiante illecitamente arricchitosi di ritenere per sé i proventi dell'illecito¹⁵³.

La tesi, come già osservato nel corso della trattazione, è stata sostenuta in dottrina anche da Guido Calabresi il quale ha posto in luce la necessità di

¹⁵² V. P. Gallo, "Pene private e responsabilità civile" cit., p. 70.

tutelare i diritti mediante lo strumento dell'inibitoria al fine di convogliare gli spostamenti di ricchezza verso l'utilizzo dello strumento contrattuale.¹⁵⁴

L'utilizzo dei danni punitivi a fronte di comportamenti dolosi volti all'illecita appropriazione di diritti altrui, costituirebbe, infatti, un ottimo disincentivo rispetto agli "scambi non desiderati" (appropriazione del diritto altrui contro la corresponsione del mero risarcimento).

Come è stato ben evidenziato, difatti, lo strumento dei danni punitivi (ovvero in questo caso del *disgorgement*) avrebbe una funzione analoga a quello della inibitoria. Con la sola differenza che questa, opera *ex ante*, mentre i danni punitivi operano *ex post*, e nondimeno pure in funzione generale e special preventiva nei confronti di tutti coloro che si prefiggono di utilizzare il risarcimento del danno come un surrogato del contratto. Attraverso il *disgorgement*, si corregge un uso distorto della responsabilità civile, evitando che il meccanismo consensualistico su cui si basa il negozio giuridico, venga posto sullo stesso piano (ovvero anche su un piano inferiore) dell'illecito civile,¹⁵⁵ e che quindi si possa ritenere preferibile sottrarre un diritto e pagarne il risarcimento, piuttosto che cercare il consenso della controparte al fine di acquistarlo tramite contratto.¹⁵⁶

¹⁵³ "The costs of the market are lower than the costs of a coercitive transaction with compensation, enforced by a legal sistem"; vedi Posner e Landes, "An economic Theory of intentional torts", 1, int. *Rev. Law and econ.*, 1981, 135.

¹⁵⁴ Cfr. Paolo Gallo, op. cit., p. 67.

¹⁵⁵ " Posner, "Economic Analysis of the law", Boston-Toronto, 1972, p.77 e ss..

¹⁵⁶ V. Paolo Gallo, op.cit., p. 68.

Si rileva, peraltro, che queste conclusioni, almeno per come originariamente formulate sono valide, da un punto di vista giuseconomico, in presenza di costi transattivi (o di negoziazione) relativamente contenuti. Giacché se i costi di negoziazione dovessero essere proibitivi, potrebbe in qualche misura risultare conveniente, l'utilizzo dello strumento risarcitorio. Se queste sono le premesse, occorre adesso interrogarsi con maggiore precisione sulla funzione che il *disgorgement* è chiamato a svolgere nell'ambito della responsabilità civile degli ordinamenti di *common law*.

Nel diritto inglese la *Law of restitution* costituisce ormai una componente distinta del diritto civile, accanto al diritto del contratto (*contract*) e dell'atto illecito (*tort*)¹⁵⁷.

Essa ha quale precisa finalità quella di riversare l'ingiustificata locupletazione ottenuta dal danneggiante, in capo al soggetto danneggiato. In particolare la dottrina ha evidenziato i presupposti dell'*unjust enrichment* individuandoli come segue: 1) un beneficio conseguito dal convenuto; 2) che il beneficio sia stato conseguito a spese dell'attore; 3) che le circostanze siano tali da far ritenere ingiusto, che il primo, trattenga il vantaggio conseguito.

I *disgorgement damages* possono essere collocati tra i rimedi della *Law of restitution*, e si distinguono in *account of profits* e *disgorgement*.

¹⁵⁶ P. Sirena "La restituzione del profitto ingiustificato", in riv. *Dir. civ.* 2006, 306.

Il primo trova applicazione nei casi di violazione di un dovere fiduciario derivante da contratto. L'*account*, consente in tali casi, all'attore fiduciante (ad esempio il mandante) di ottenere la restituzione di quanto costituisce oggetto del rapporto rimasto inadempito.

Il *disgorgement*, invece, è istituto che assume, nel diritto inglese, portata residuale e generale, e si applica anche al di fuori dei casi di *fiduciary*. Esso prevede che chi ha commesso un atto illecito sarà chiamato a restituire i propri profitti in tutti i casi (ormai tassativamente previsti dalla sentenza *Rookes vs Barnard*) in cui si applicano gli *exemplary damages*.¹⁵⁸ Tra detti casi, come abbiamo avuto modo di osservare, figura il caso di illecito intenzionalmente commesso e finalizzato al conseguimento di un profitto di ammontare superiore rispetto al danno cagionato. In particolare, conformemente a tutti gli *exemplary damages*, anche la restituzione del profitto ingiustificato viene subordinata, negli ordinamenti di *common law*, alla sussistenza di una condotta intenzionale del soggetto agente, mentre, nei casi di buona fede il profitto spetta a chi è stato in grado di realizzarlo¹⁵⁹.

Ne consegue che la portata applicativa del *disgorgement* è circoscritta, come quella degli *exemplary damages*, inglesi alle sole ipotesi di *malice*.

In dottrina si sono in realtà contese il campo, due diverse ricostruzioni relative alla funzione del *disgorgement*.

¹⁵⁸ Mc Gregor, "On Damages", London 2003, p. 365.

¹⁵⁹ V. P. Gallo, "L'arricchimento senza causa", 1990, p. 418 e ss..

Una prima tesi, attribuisce natura esclusivamente risarcitorio- compensativa all'istituto. Questa impostazione si basa sul fatto che nella maggior parte dei casi l'ammontare del profitto del danneggiante è pari allo stesso danno cagionato.

Una seconda tesi, invece, risultata successivamente maggioritaria¹⁶⁰ - e consacrata definitivamente con la pronuncia *Rookes vs Barnard (House of Lord, 1964)* – colloca il *disgorgement* tra gli istituti con finalità sanzionatorio-deterrente.¹⁶¹

Peraltro in dottrina si è evidenziato che la funzione dei *disgorgement damages* non è propriamente riconducibile a quella punitiva, essendo volto l'istituto non già ad “alterare *in peius* la consistenza quantitativa del patrimonio del soggetto responsabile, bensì solo a rimuovere il plus-valore creato dall'illecito, riportando così tale patrimonio nella sua consistenza originaria”.¹⁶²

In tal senso si parla di funzione restitutoria del *disgorgement*, la quale esplica una funzione deterrente, poiché scoraggia il compimento di condotte illecite (efficienti e) intenzionali.

¹⁶⁰ P. Pardolesi, “Profitto illecito e risarcimento del danno”, cit..

¹⁶¹ Celebre è l'espressione usata da Lord Devlin nel motivare la pronuncia: “*tort must not pay*”.

¹⁶² P. Sirena “Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi”, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, 842.

CAPITOLO 7

DANNI PUNITIVI DA INADEMPIMENTO EFFICIENTE.

1.Introduzione.

Una delle tematiche più complesse ed attualmente discusse nell'area del *common law*, è quella relativa alla ammissibilità dei *punitive damages* nei casi di inadempimento contrattuale.

Tradizionalmente nell'esperienza giuridica nordamericana i danni punitivi trovano applicazione nella *Law of Torts*, avendo il risarcimento del danno da *breach of contract* natura prettamente compensativa.

Tale impostazione ha radici storiche antiche e si rinviene già nelle decisioni delle corti di *equity* che negavano l'ammissibilità dei *penal bonds*.

Nondimeno negli ultimi anni il dibattito intorno all'applicazione dei *punitive damages* in seno alla responsabilità da inadempimento contrattuale ha visto l'emergere di posizioni meno preclusive.

Uno dei primi e più risalenti casi di concessione dei danni punitivi in materia contrattuale fu il citato *Coryell vs. Collbough*, relativo alla rottura ingiustificata di una promessa di matrimonio (*breach of contract to marry*).

L'inadempimento di una promessa di matrimonio, si configura, nell'ordinamento statunitense, come fonte di responsabilità contrattuale, ma nondimeno, in ragione della natura strettamente personale degli interessi protetti, esso può anche dar luogo ad una responsabilità extracontrattuale riconducibile alla *Law of Tort*.

Nel caso in questione, la particolare afflittività della condotta censurata, fu causa di gravi danni emozionali per la abbandonata nubenda, danni che la corte ritenne di risarcire attraverso la concessione dei *punitive damages*.

Due furono le ragioni della condanna ai danni punitivi per il *breach of contract to marry*. Obiettivo della corte fu, infatti, da una parte quello di compensare, attraverso i danni punitivi, l'*emotional distress* ossia il danno

morale (ovvero anche biologico, laddove la sofferenza avesse causato un pregiudizio psichico permanente) patito dalla donna. Contestualmente, però, essa si prefiggeva lo scopo di dissuadere i consociati dal compimento di condotte analoghe. Questo fu in particolare il tenore delle motivazioni: “*The essential idea seems to be that some contract clearly have what might be called personal rather than pecuniary purpose, and that the purpose of such contract is utterly frustrated until mental distress damages are awarded for the breach*”.

Ai fini della condanna ai danni punitivi in caso di *breach of contract to marry*, le corti ritennero, comunque, sempre necessaria la presenza di una condotta *fraudolent, malicious, cruel o motivated by evil motives*.

Inoltre fu sempre ritenuta necessaria la prova di un danno alla reputazione, ovvero di una particolare sofferenza o disagio causati dalla rottura della promessa.

Dal tenore della motivazione risulta evidente, pertanto, che la funzione dei *punitive damages* in ipotesi di *breach of contract to marry* era anche di tipo compensativo, ossia risarcitorio di danni non patrimoniali difficilmente quantificabili.

I numerosi abusi riscontrati nella prassi¹⁶³, nonché l'eccessiva generosità con cui le giurie quantificavano i risarcimenti punitivi, fece, con il passare del tempo, cadere in disuso l'istituto sino alla sua completa abolizione.

¹⁶³ L'azione era suscettibile di venir utilizzata dalle donne come mezzo di ricatto, con conseguente frustrazione della libertà matrimoniale.

Nondimeno la fattispecie risulta ancor oggi significativa per almeno due aspetti.

Innanzitutto essa è testimone di una natura anche compensativa dei *punitive damages*, i quali, almeno inizialmente costituivano uno strumento risarcitorio dei danni non patrimoniali, di per sé difficilmente liquidabili.

Sotto altro punto di vista, l'istituto rappresenta un primo caso di apertura della *law of contract* ai danni punitivi.

Altre fattispecie applicative dei *punitive damages* in materia contrattuale riguardano le ipotesi di *breach of a public service contract*, ossia i casi di violazione da parte di una società esercente un pubblico servizio di regole assunte nei confronti del pubblico.

La fattispecie fu elaborata in Inghilterra per offrire tutela ai cittadini nei confronti di quei soggetti privati (i c.d. *common calling*) che svolgevano servizi pubblici, in situazioni di monopolio o di quasi monopolio.

Nell'ambito di tali rapporti la violazione del dovere di contrattare in modo non discriminatorio, determina la possibilità di una condanna al pagamento dei danni punitivi. Merita di essere posto in luce, però, il meccanismo attraverso il quale le corti motivano questo tipo di pronunce.

Analogamente a quanto disposto nei casi di responsabilità da *breach of contract to marry*, le corti, infatti, hanno argomentato la concessione dei

danni punitivi, sottolineando come la portata lesiva degli inadempimenti sia assimilabile a quella derivante da un illecito extracontrattuale¹⁶⁴.

Infatti la violazione ha, in questo caso, ad oggetto un obbligo che non rinviene la sua fonte esclusivamente nel contratto, configurandosi, bensì, quale “dovere indipendente” avente ad oggetto la tutela di un interesse che è diverso da quello dedotto in contratto e che rinviene la sua fonte direttamente nella legge (*independent tort*).

La concessione dei danni punitivi si giustifica allora alla luce di finalità di deterrenza e di repressione degli abusi di una posizione dominante, che è idonea a ledere interessi anche non patrimoniali dell’utente. Peraltro, in questo caso, i danni punitivi svolgono una funzione anche compensativa, essendo il danno di difficile liquidazione.

Le corti richiedono, però, quale presupposto della condanna, la necessaria presenza di una condotta *malicious, oppressive o fraudulent*, anche se per esigenze di tutela degli utenti è spesso considerata sufficiente la mera negligenza.

La casistica più significativa in tema di applicazione dei danni punitivi in materia di responsabilità contrattuale è, comunque, quella in cui l’inadempimento costituisce anche un *independent tort (independent tort theory)*.¹⁶⁵

¹⁶⁴ F. Benatti, op. cit. p. 231 e ss..

¹⁶⁵ P. Gallo, op. cit. 162 e ss..

In dette situazioni è possibile ravvisare un cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, rappresentando, il medesimo fatto un inadempimento ed un illecito aquiliano.

La fattispecie è prevista dallo stesso Restatement 2nd il quale contempla, come già osservato, la possibilità che “...*the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are awarded when after a particular aggravated breach, the injured party has difficulty in proving all of the loss that has suffered...*”

Per comprendere a fondo la natura del problema occorre brevemente considerare le funzioni ed i limiti della responsabilità da *breach of contract*, oggetto di disciplina della *Contract Law*.

2. Le misure di determinazione del danno: *expectation, reliance e restitutory interest*.

Occorre premettere che i rimedi risarcitori posti a tutela della parte contrattuale non inadempiente si dividono in danni da *expectation interest*, da *reliance interest* e da *restitutory interest*¹⁶⁶.

¹⁶⁶ V. Benatti, op. cit., p. 135 e ss.

I primi (danni da aspettativa ovvero, secondo la giurisprudenza di *civil law*, danni da interesse positivo¹⁶⁷) sono quelli in forza dei quali la vittima dell'inadempimento viene risarcita nella misura idonea a ricollocarla nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto avesse avuto una pronta esecuzione. In tal modo il promissario viene a ricevere, a mezzo del risarcimento, lo stesso vantaggio che avrebbe ricavato dall'adempimento del contratto. Questa misura dei danni è quella usata anche nei sistemi di *civil law* (e da quello italiano) nei casi di responsabilità contrattuale.

I danni da *reliance interest* (ovvero danni da affidamento, corrispondenti, nella tradizione di *civil law*, ai danni da interesse negativo) sono quelli subiti dalla parte non inadempiente che abbia sostenuto delle spese in vista della esecuzione del contratto¹⁶⁸. Attraverso il risarcimento di detti danni, la vittima dell'inadempimento viene posta nella medesima situazione in cui si trovava nel momento antecedente alla conclusione del contratto. Come è stato osservato “*con danni da affidamento perfetti, per le potenziali vittime è indifferente non concludere un contratto o subire le conseguenze dell'inadempimento*”¹⁶⁹. È bene evidenziare che, attraverso il *reliance interest*, il promissario deluso si vedrà risarcito non solo il costo delle spese sostenute in vista della stipulazione ed esecuzione del contratto, ma anche

¹⁶⁷ V. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, “Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile”, Bologna 1999, p. 311 e ss.

¹⁶⁸ Il criterio dell'interesse negativo è adottato nel nostro ordinamento nei casi di responsabilità precontrattuale.

¹⁶⁹ V. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, op. cit. p.313.

le perdite rappresentate dalle opportunità rifiutate (costo opportunità). Sicché, mentre l'*expectation interest* pone la parte adempiente nella medesima situazione in cui essa si sarebbe trovata se il contratto fosse stato eseguito, il *reliance interest*, la colloca nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato stipulato, o meglio, se le trattative non fossero state neppure avviate.

In alcune circostanze, però le corti hanno risarcito – e tuttora risarciscono – un terzo tipo di danni da inadempimento e segnatamente quelli a tutela del *restitutory interest*.

Detto rimedio assume quale punto di riferimento dell'ammontare del danno risarcibile, non già la perdita subita dal danneggiato, bensì il guadagno che la parte inadempiente ha lucrato quale conseguenza del proprio inadempimento. Attraverso il *restitution interest* la parte inadempiente riversa al promissario deluso l'intero guadagno ottenuto dal suo inadempimento, venendo a trovarsi, così, nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato se l'inadempimento non fosse stato posto in essere.

Il *restitutory interest* svolge, pertanto, una funzione deterrente rispetto al c.d. inadempimento efficiente, con funzione preventiva rispetto al c. d. *unjust enrichment*, assumendo, così una natura *quasi-punitive*, riconducibile all'istituto del *disgorgement*.

I rapporti tra i detti criteri di determinazione del danno (*expectation, reliance e restitutory interest*) sono disciplinati dal *Restatement 2nd of*

Contract, il quale nella sua pur complessa formulazione, prevede la possibilità per le corti di decidere discrezionalmente in ordine alla adozione dell'uno o dell'altro criterio, essendo questi, posti, tra loro, in rapporto di reciproca alternatività e concorrenza.¹⁷⁰

In particolare il *reliance interest* viene applicato quale misura del danno soprattutto nei casi in cui la parte non inadempiente non riesce a provare l'ammontare dell'*expectation interest*. La vittima dell'inadempimento viene così ricollocata nella situazione in cui si trovava prima della stipulazione del contratto. Altra circostanza in cui trova applicazione il criterio del *reliance interest* è quello della promessa effettuata per errore. In tali casi la tutela dell'affidamento del promissario e l'interesse del promittente vengono bilanciati attraverso il riconoscimento di una responsabilità più contenuta in capo al promittente (e che non si spinge sino alla tutela dell'interesse positivo). Infine ulteriori casi di applicazione del *reliance interest* sono quelli di inadempimento di promesse unilaterali prive di *consideration*. In tali casi è richiesto ai fini della condanna risarcitoria, che la promessa - seppur priva di causa – sia idonea, in quanto ragionevole, a generare affidamento nella controparte.

¹⁷⁰ P. Pardolesi, "Profitto illecito e risarcimento del danno", Trento, 2005, p. 88; F. Benatti, op. cit., p. 145.

Ciò che, però, appare significativo ai fini della nostro studio¹⁷¹ è che la funzione compensativa della responsabilità da *breach of contract*, lascia aperta anche la possibilità di accordare risarcimenti superiori rispetto al danno patito dalla parte non inadempiente,¹⁷² consentendo l'ingresso, in seno alla responsabilità da inadempimento, alle condanne punitive.

Le corti nordamericane, infatti, argomentando sulla base dell'elasticità del termine *tort*, lo ritengono configurabile anche a seguito di inadempimenti particolarmente gravi e intenzionali, che oltre a dar luogo al *breach of contract* pongano in essere anche una autonoma lesione di un ulteriore diritto.

Un caso particolarmente significativo di condanna ai danni punitivi a seguito di inadempimento fu quello *Texaco vs. Pennzoil*.

A seguito dell'instaurazione di trattative tra la Pennzoil e la Getty Oil, aventi ad oggetto la cessione di rilevanti quote azionarie della seconda,

¹⁷¹ Oltre che innovativo rispetto alla precedente disciplina del *breach of contract*, contenuta nel *Restatement (1st) of Contract*, e oggetto di una importante lettura ad opera di Fuller & Perdue ("The Reliance Interest in Contract Damages", in 46 *The Yale L. J.* 52, 1936, p. 373).

¹⁷² Questo il testo del *2nd Restatement of Contract*, par. 355: "*The purpose of awarding contract damages is to compensate the injured party... For this reason courts in contract cases do not award damages to punish the party in breach, or to serve as an example to others, unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are awarded when after a particularly aggravated breach, the injured party has difficulty in proving all of the loss that has suffered ... but the purpose of awarding damages is still compensation and not punishment, and punitive damages are not appropriate*".

intervenne la società Texaco, che tramite la formulazione di un'offerta più vantaggiosa si assicurò il contratto.

Nel caso di specie i giudici ravvisarono gli estremi di una interferenza illecita nell'attività della Texaco e la condannarono oltre che al pagamento dei danni compensativi, anche ai *punitive damages*.

La decisione non mancò di destare le perplessità della dottrina ed in particolare di quella corrente giuseconomica che sottolineò l'inefficienza di una soluzione giuridica che sanziona a mezzo dei danni punitivi l'adozione di comportamenti generatori di un maggior profitto.

Si rilevò, infatti, che il caso di specie integrava un'ipotesi di inadempimento efficiente, in cui le risorse confluivano nelle mani del soggetto che le valutava di più. Sicché venne contestata, sotto il profilo dell'efficienza economica, la scelta di sanzionare una condotta che, anche tenuto conto del risarcimento spettante alla controparte, si rivelava comunque efficiente, in quanto produttiva di un maggiore *surplus* economico.

Nonostante le dette critiche, un espresso riconoscimento della tutela del *restitution interest* è normativamente previsto all'interno dei *Comments* al § 344 del *Restatement 2nd of Contract*: “*In some situation courts will recognise yet a third interest to prevent unjust enrichment. This may be done if a party has not only chanced his own position in reliance on the contract, but has also conferred a benefit on the other party by, for example*

making a part payment or finishing services under the contract. The court may then require the other party to disgorge the benefit that he has received by returning it to the party who has conferred it. The interest of the claimant protected in this way is called restitution interest"¹⁷³.

È bene precisare, però, che le ipotesi in cui possono trovare applicazione i *punitive damages* in materia di responsabilità contrattuale sono state compiutamente definite e circoscritte dalla giurisprudenza nordamericana, trovando applicazione, in tutti gli altri casi, la regola generale della tutela del solo *expectation interest*, ossia del mero risarcimento compensativo, commisurato all'interesse positivo.

In particolare l'istituto del *disgorgement* viene utilizzato, in ambito contrattuale, solo a fronte di inadempimenti molto gravi ovvero nei casi di notevoli guadagni della parte inadempiente, ritenendosi in queste ipotesi che solo la restituzione del profitto possa risultare realmente efficace ai fini della prevenzione dell'illecito.

Tra queste eccezionali fattispecie (e oltre a quelle sinora menzionate) si rinviene quella relativa ai rapporti fiduciari (*breach of fiduciary duty*). In

¹⁷³ Questa la traduzione del commento al § 344 del 2nd Restatement of Contracts: "In alcuni casi le corti tuteleranno anche un terzo interesse, finalizzato a prevenire ingiustificati arricchimenti. Ciò può avvenire laddove la parte non ha solo cambiato idea in ordine al contratto, ma ha altresì conseguito un vantaggio, e ciò si avrà ad esempio qualora abbia effettuato un altro accordo ovvero sia rimasta inadempiente rispetto a servizi cui era obbligata contrattualmente. La corte potrà imporre alla parte di riversare questi vantaggi alla parte in danno della quale si è arricchita. L'interesse in tal modo protetto prende il nome di restitution interest".

tali casi la concessione di *punitive damages* trova giustificazione nella necessità di scoraggiare in misura efficace gli inadempimenti intenzionali. Spesso, infatti, la mera condanna al pagamento dei danni compensativi non rappresenta un rimedio realmente efficiente, se si considera che i guadagni dell'inadempiente fiduciario possono di gran lunga superare il danno causato alla controparte¹⁷⁴.

Tra le pronunce maggiormente significative sul punto, si ricordano i casi *Earthinfo vs Hydrosphere*, ed il caso *Blake*.

Ad oggi, i danni punitivi in presenza di inadempimento di un rapporto fiduciario vengono concessi in misura estensiva, in tutti i casi di asimmetria di potere contrattuale, con funzione ad un tempo deterrente e compensativa.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Si consideri che sono state formulate quattro diverse teorie in ordine alla nozione di *fiduciary relationship*. La prima è la *status theory*, elaborata sul modello del *trust*, e secondo la quale gli interessi del beneficiario devono essere posti dal fiduciante al di sopra dei propri. La seconda è la *reliance theory*, che definisce il rapporto fiduciario sulla base del considerevole affidamento che una parte ripone nell'altra. Una terza tesi, anch'essa disegnata sul modello del *trust*, individua la fiducia nel conferimento di un potere da esercitarsi discrezionalmente nell'interesse del fiduciante (*entrustment theory*). Quarta teoria è la *assumption theory* che subordina l'attribuzione del potere in capo ad un soggetto, all'assunzione, da parte di questi, di un serie di obblighi nei confronti di un altro soggetto.

3. L'indipendent tort tra contract e tort. Prime valutazioni conclusive.

Dottrina e giurisprudenza hanno cercato di definire in misura chiara i confini tra *tort* e *breach of contract*, distinguendo in particolare tra ipotesi di *nonfeasance* ed ipotesi di *misfeasance*.

La prima indica i casi di totale inadempimento del contratto e dà luogo al risarcimento del solo *expectation interest*.

¹⁷⁵ V. Benatti, op. cit. 229.

La *misfeasance* concerne i casi di invasione dell'altrui sfera giuridica ed è tipica del *tort*, ma può sussistere anche laddove l'inadempimento del contratto si configuri sotto forma di cattivo adempimento.

In tal caso, accanto alla responsabilità contrattuale, tutelata secondo il criterio generale dell'*expectation interest*, può configurarsi anche una responsabilità per *tort*, risarcibile con i danni punitivi. Il cattivo adempimento può, infatti, ledere interessi protetti dalla legge che vengono indirettamente dedotti in contratto.

La conclusione del contratto, infatti, implica la nascita di obbligazioni autonome e collegate a quelle espressamente convenute dalle parti, il cui inadempimento viene configurato dalle corti nordamericane come fonte di responsabilità da fatto illecito. Tra tali obbligazioni vi è infatti quella di adempiere con ragionevole attenzione al fine di tutelare la persona del debitore. In caso di inadempimento la sola tutela dell'*expectation interest* non può ritenersi, pertanto, un rimedio sufficiente¹⁷⁶.

Altri criteri volti a distinguere la responsabilità contrattuale da quella extracontrattuale sono quelli della natura patrimoniale o non patrimoniale del danno provocato dall'inadempimento.

Alcune corti ritengono sussistere una responsabilità per *tort* nei casi in cui il danno derivante dall'inadempimento sia di natura non patrimoniale

¹⁷⁶ Nel nostro ordinamento il problema viene superato attraverso la configurazione di una responsabilità contrattuale estesa anche agli obblighi di protezione della sfera giuridica del creditore.

(*personal injury*), finendo in tal modo per attribuire ai danni punitivi una funzione solo compensativa.

In altri casi a fronte di una formale adesione all'*independent tort theory*, rilevanza decisiva viene attribuita alla gravità dell'inadempimento. Sicché, nei fatti, il criterio discretivo in ordine alla concessione o meno dei danni punitivi non è rappresentato dalla sussistenza di un illecito extracontrattuale autonomo, ma dalla stessa gravità o oppressività dell'inadempimento.

In particolare alcune giurisdizioni subordinano la condanna ai *punitive damages* anche all'esigenza di tutela di un interesse pubblico rilevante, posto in pericolo da una condotta gravemente oppressiva o intenzionale. Ciò che emerge è, quindi, la necessità, oltre alla gravità della condotta, anche della rilevanza dell'interesse tutelato. Così, in alcuni precedenti, le condanne ai *punitive damages per breach of contract* vengono argomentate con ragioni di tutela della parte debole del contratto e quindi, ad esempio nei casi di contratti conclusi con i consumatori.

Si rileva, peraltro, come al di fuori delle fattispecie consumeristiche le motivazioni in ordine alla concessione di danni punitivi per gravità della condotta della parte inadempiente non risultino troppo chiare né omogenee.

In talune giurisdizioni si è giunti ad identificare lo stesso inadempimento doloso con l'illecito extracontrattuale (*tort*), con conseguente applicazione incondizionata dei *punitive damages* e superamento gli stessi esiti della *independent tort theory*.

In ogni caso a fronte di una diffusa esigenza sanzionatorio- deterrente, sembra che le corti non abbiano ancora evidenziato criteri univoci di applicazione, adottando di volta in volta motivazioni diverse.

Ciò ha determinato la proliferazione, in taluni stati, delle condanne punitive da *breach of contract*.

La dottrina ha, peraltro, manifestato la sua contrarietà rispetto all'adozione del criterio della gravità ovvero della stessa intenzionalità dell'inadempimento. Si è evidenziato, infatti, richiamando il *2nd Restatement of contract* che la responsabilità contrattuale, tranne che in limitati casi, svolge una funzione solo compensativa, e ciò, a prescindere dalla natura dolosa della condotta della parte inadempiente.

Pertanto, in mancanza di un *independent tort*, l'inadempimento dovrebbe essere tutelato con il semplice criterio dell'*expectation interest*.

Ad analoghe conclusioni pervengono anche i giuristi, i quali sostengono che a prescindere da ogni elemento di gravità o di intenzionalità, l'inadempimento del contratto non dovrebbe essere mai sanzionato con la condanna ai *punitive damages*.

Parzialmente diversa è la teoria dell'*efficient breach*, elaborata da Posner¹⁷⁷ che distingue gli inadempimenti in *involuntary*, *opportunistic* ed *efficient*.

Gli *involuntary breach* si caratterizzano per la loro non volontarietà e la

¹⁷⁷ Posner *Economic Analysis of Law*, 1978. Ma tra i primi studi sul punto, v. J. H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*.

comminazione di danni punitivi, in ipotesi di questo tipo viene pacificamente esclusa.

Gli *opportunistic breach* ricorrono quando l'inadempimento della parte è finalizzato solo ad abusare di della debolezza contrattuale della controparte. L'*opportunist breach* consisterebbe in particolare nell'inadempimento giustificato dalla sola volontà di trarre illecitamente vantaggio da una circostanza di posizione dominante. In tal caso la sanzione efficacemente deterrente viene identificata nel *disgorgement*, ossia nella condanna al risarcimento del *restitutory interest*¹⁷⁸.

Gli *efficient breach* ricorrono, invece, nei casi in cui risulti economicamente più conveniente non adempiere. Ciò può verificarsi in due ordini di circostanze.

Innanzitutto per il verificarsi di una “circostanza fortunata”. È il caso della sopravvenienza che rende “più vantaggioso un impiego alternativo delle risorse richieste per l'adempimento”¹⁷⁹. In tal caso l'impiego alternativo della risorsa dedotta in contratto determina al contempo un vantaggio sia per l'inadempiente, sia per la controparte rimasta delusa. Il primo beneficio è di tutta evidenza, ma in presenza di un risarcimento anche solo compensativo (che tuteli l'*expectation interest*) anche la controparte ne risulterà avvantaggiata, conseguendo il valore che essa già si attendeva da

¹⁷⁸ Invero parte della dottrina ha criticato la sanzionabilità degli *opportunistic breach* a mezzo dei danni punitivi, evidenziando che un una prospettiva meramente economica, anch'essi al pari degli *efficient breach* possono risultare complessivamente efficienti.

un normale adempimento. Un risarcimento perfetto, infatti, renderà indifferente per la controparte, l'adempimento stesso ovvero il risarcimento. In tal modo, secondo la teoria dell'*efficient breach*, la circostanza fortunata collocherà le parti in un livello di benessere complessivamente superiore.

Occorre, sin d'ora rilevare, che questa tesi è esatta solo in presenza di costi transattivi, o meglio, di costi processuali, molto bassi. È evidente, infatti, che ove il costo di un giudizio civile (quello volto ad ottenere il risarcimento) risulti troppo elevato, il costo sociale dell'inadempimento tornerà ad essere superiore rispetto al costo (in termini di perdita della circostanza fortunata) dell'adempimento stesso.

Altra ipotesi di inadempimento efficiente è rappresentata dall'avvento della "circostanza sfortunata". Essa indica quel tipo di sopravvenienze che determinano un aumento dei costi che la parte deve sostenere per adempiere. La conseguenza economica che si produce è che le risorse da impiegarsi per l'adempimento potrebbero trovare una più efficiente allocazione nell'ambito di altre operazioni negoziali.

Sulla base delle menzionate premesse la teoria giuseconomica di Posner giunge, pertanto alla paradossale conclusione di incoraggiare¹⁸⁰ gli inadempimenti efficienti, quelli cioè, in cui il vantaggio conseguito dall'inadempiente risulti maggiore del pregiudizio patito dalla controparte.

¹⁷⁹ Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, op. cit, p. 335.

¹⁸⁰ Così, P. Pardolesi, op. cit., p. 92.

A fronte di *efficient breach*, infatti, la misura più efficiente dell'ammontare del risarcimento coincide con la tutela dell'*expectation interest* che pone la parte non inadempiente nella posizione in cui si sarebbe venuta a trovare se il contratto fosse stato adempiuto. Sicché la comminazione di danni punitivi sotto forma di condanna ai *restitution interest*, avrebbe, in tal caso l'inefficiente conseguenza di reprimere le allocazioni di risorse, economicamente più produttive.

La tesi ha trovato largo seguito in giurisprudenza, al punto che ad oggi costituisce il più importante fondamento teorico su cui si fonda la natura compensativa¹⁸¹ della responsabilità contrattuale da inadempimento.

Essa, in particolare, se letta congiuntamente con il principio della non risarcibilità dei danni da *emotional distress* in caso di inadempimento,¹⁸² porta a concludere per una limitata applicabilità dei danni punitivi in materia contrattuale, circoscritta alle sole ipotesi in cui l'inadempimento

¹⁸¹ V. *2nd Restatement of contract*.

¹⁸² Negli States il risarcimento avviene, salvo limitate ipotesi, per equivalente. Esso viene determinato secondo la regola di Hadley la quale ammette la risarcibilità delle perdite che sono conseguenza naturale e diretta dell'inadempimento oppure delle perdite che le parti potevano ragionevolmente prevedere come conseguenza dell'inadempimento. "La regola di Hadley, interpretata rigorosamente può determinare risarcimenti sottocompensativi. Essa non permette ad esempio, il risarcimento dei danni da *emotional distress*, salvo i casi ricordati dal *Restatement 2nd of Contract* e le ipotesi di inadempimento da *personal contract*. Così Benatti, op. cit. p. 341. La regola di Hadley è però ritenuta superata da una parte della dottrina la quale non la ritiene, più adeguata al sistema economico attuale, né conforme al criterio dell'*expectation interest*. Nondimeno essa continua a trovare ancora ad oggi larga applicazione. V. Benatti, op.cit. p. 201.

costituisce anche un *independent tort*. Al di fuori di detti casi l'applicazione di danni punitivi avrebbe effetti solo negativi sul mercato.

Ciononostante parte della dottrina giuseconomica ha continuato a sostenere l'utilità della concessione di *punitive damages* a fronte di determinati tipi di inadempimento. Per comprendere le ragioni di questa tesi si richiamano le considerazioni già formulate nella prima parte di questo capitolo. La teoria economica che identifica il rimedio più efficiente nel risarcimento compensativo si fonda sui presupposti meramente teorici dell'assenza di costi transattivi ovvero processuali; della medesima avversione al rischio delle parti, nonché della piena valenza satisfattiva dell'*expectation interest*.

In concreto, però, le variabili che si riscontrano sono di segno contrario. I processi hanno un costo elevato, presentano esiti incerti (se non altro in ragione del difficile accesso alla prova) e non tutti i danneggiati ricorrono in giudizio. Le parti non presentano tutte la medesima avversione rispetto al rischio. In genere la parte economicamente più forte è meglio disposta a sopportare gli oneri di giudizio in vista di un vantaggio superiore a quello rappresentato dall'adempimento.

L'*expectation interest* non è sempre pienamente compensativo in quanto non tiene conto né dell'*emotional distress*, né dei danni consequenziali e non prevedibili. In tal caso il costo sociale dell'inadempimento non viene del tutto reinternalizzato.

Sulla base di queste considerazioni, Polinsky e Shavell¹⁸³ hanno sottolineato l'efficacia della funzione deterrente rappresentata dai *punitive damages*, in tre circostanze: 1) a fronte di impossibilità della parte non inadempiente di provare il danno; 2) quando il costo dell'azione in giudizio sarebbe per la parte troppo oneroso; 3) quando la parte non è nelle condizioni di poter immediatamente percepire l'inadempimento stesso. È il caso della prestazione effettuata in un luogo diverso da quello in cui si trova il creditore. In presenza delle menzionate circostanze, infatti, la teoria dell'*efficient breach* risulterebbe vanificata dalla presenza di variabili che concretizzano la possibilità per la parte inadempiente di sfuggire alle sue responsabilità (*escape liability*).

In questi casi la funzione svolta dai danni punitivi è meramente deterrente, e la loro quantificazione deve essere effettuata a mezzo del criterio del moltiplicatore, ossia moltiplicando il valore del danno per le probabilità che l'inadempiente venga riconosciuto responsabile del danno causato.

Da quanto sopra esposto si rileva come gli esiti dell'analisi economica del diritto in materia di *punitive damages* da inadempimento siano alquanto diversificati. Dalla tesi dell'*efficient breach* che nella sua formulazione più radicale nega *tout court* l'applicabilità dei danni punitivi, alla tesi di Polinsky e Shavell che li ammette in funzione deterrente nei casi in cui può verificarsi una possibilità di *escape liability*.

¹⁸³ M. Polinsky, S. Shavell, "Punitive Damages" in *Encyclopedia of Law and Economics* cap. I, § 14.

Ma come abbiamo già avuto modo di osservare, anche fuori dagli studi dell'analisi economica si rinvengono aperture della *law of contract* ai danni punitivi. La più significativa tra queste è la *independent tort theory*. Occorre ricordare come la regola secondo la quale un inadempimento può anche essere costitutivo di un *tort* viene interpretata in misura estensiva dalla giurisprudenza, rinvenendosi negli inadempimenti più gravi, sempre nuove fattispecie di illecito extracontrattuale. Questa tendenza si coniuga con l'ulteriore prassi di rinvenire *torts* in tutti i casi in cui le esigenze di tutela della parte economicamente debole giustifichino sanzioni maggiormente deterrenti.¹⁸⁴

Peraltro, occorre precisare che i danni punitivi da inadempimento vengono concessi solo in Canada e negli Stati Uniti ma non anche in Inghilterra.

In chiusura di questa prima parte della ricerca possiamo trarre alcune brevi e parziali conclusioni sulle funzioni e sulla struttura dei *punitive damages*. Innanzitutto le ragioni giustificatrici dell'istituto riposano su un approccio metodologico - che informa, peraltro, l'intero settore della responsabilità civile - consistente nella ricerca continua delle soluzioni giuridiche concretamente più efficaci¹⁸⁵ e non solo astrattamente più corrette. Il punto di partenza nello studio dei danni punitivi è rappresentato dalla funzione

¹⁸⁴ Il caso tipico è quello relativo ai contratti assicurativi.

¹⁸⁵ Si rimanda, per approfondimenti, alle considerazioni sul metodo dell'analisi economica del diritto, svolte a p. 23 e ss..

non solo riparatoria della responsabilità civile, ma anche di deterrenza rispetto agli illeciti. L'attenzione rivolta dal metodo giuseconomico verso l'efficienza della responsabilità civile consente però, di affrontare lo studio sui risarcimenti del danno in una dimensione non meramente individuale, bensì anche collettiva e sociale. Questo approccio permette al giurista dell'area di *common law* di considerare, nella ricerca dei rimedi più efficaci in chiave di deterrenza, anche i problemi relativi al momento applicativo della sanzione civile. Vengono in tal modo in rilievo tutte le questioni relative alla effettività della tutela giurisdizionale (in termini ad esempio, di costi di accesso alla giustizia) e alle difficoltà che l'attore danneggiato incontra nel far valere in giudizio il proprio diritto.¹⁸⁶ L'attenzione per queste tematiche determina in definitiva una maggiore sensibilità del giurista angloamericano per la dimensione collettiva dei risarcimenti, e dischiude orizzonti inediti (per il giurista continentale) verso uno studio maggiormente analitico della responsabilità civile.

In definitiva se qualcosa è possibile apprendere dall'esperienza dei *punitive damages*, è proprio la maggiore scientificità del metodo con cui lo studio della responsabilità civile viene condotto; essa appare orientata al contempo verso l'effettività della sanzione giurisdizionale e, conseguentemente, verso una dimensione collettiva del benessere

¹⁸⁶ Si è già dato conto del fenomeno della c.d. *escape liability* (fuga dalla responsabilità) che determina una complessiva inefficienza dell'intero settore della responsabilità civile sotto il profilo della sua funzione deterrente. Si veda in proposito p. 43 e ss..

economico. Entrambi gli obiettivi vengono perseguiti attraverso un sistema di disincentivi per le attività socialmente dannose.

Un'ultima considerazione, infine, ci sembra doverosa. Lo studio dell'esperienza giuridica nordamericana ci ha portato ad analizzare le numerose questioni di legittimità costituzionale che l'istituto dei *punitive damages* incontra. In quella sede abbiamo evidenziato come le condanne punitive, pur essendo formalmente sanzioni civili, scontano una natura sostanzialmente penale e, pertanto, devono conformarsi ai principi costituzionali in materia di sanzioni penali. Questo dato appare significativo se considerato alla luce delle più moderne riflessioni sui rapporti tra diritto civile e diritto penale e sulle loro interazioni in termini di controllo (rispettivamente diffuso o accentrato) dei comportamenti illeciti.¹⁸⁷ Queste osservazioni ci saranno utili nella parte finale della presente ricerca, ove verranno prese in considerazione differenze e analogie tra sanzione civile e sanzione penale.

¹⁸⁷ In realtà, come si avrà modo di osservare più avanti, queste riflessioni erano già presenti nelle opere – tra gli altri – di Guido Calabresi e dello stesso Carnelutti. Per approfondimenti si rinvia al capitolo conclusivo.

CAPITOLO 8

PENA PRIVATA E DANNI PUNITIVI NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO.

A) LE PENE PRIVATE DA INADEMPIMENTO.

1. La clausola penale.

La figura della clausola penale rappresenta il referente più significativo in seno al codice civile per quegli autori che guardano con favore all'ammissibilità delle pene private nel nostro ordinamento¹⁸⁸.

Essa può essere definita come l'accordo con cui le parti determinano in via preventiva e forfettaria il risarcimento del danno per il ritardo o per l'inadempimento dell'obbligazione¹⁸⁹.

Dal punto di vista della struttura la clausola penale rappresenta una clausola o negozio accessorio e collegato al contratto principale, rispetto al quale esso esplica una funzione di rafforzamento della posizione creditoria¹⁹⁰.

Attraverso la predeterminazione forfettaria del danno, le parti realizzano, infatti, un disincentivo all'inadempimento, consentendo una tutela più

¹⁸⁸ G. Ponzanelli "Pena privata" in *Enc. Giur. XXII*, Roma, 1990; A. Zoppini, "La pena contrattuale", Milano, 1991; S. Patti, "Pena privata", in *Digesto civ. VI ed.*, 1995, Torino, Utet.; Pardolesi, "Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto", in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, I, 522; Mattei, "Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti", in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1996, p. 603; E. Moscati, "Pena privata e autonomia privata", in AA.VV. "Le pene private" a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985, p. 238.

¹⁸⁹ Bianca, "Diritto civile, la responsabilità", Milano, 1994, p. 221.

¹⁹⁰ Mirabelli "Dei contratti in generale" in Commentario del codice civile Utet, Torino, 1980, p. 332. Trimarchi, "La clausola penale", Milano, 1960, p. 23 e ss.. Zoppini, op. cit. p. 209 e ss. *"le parti nello stipulare una clausola penale vogliono conseguire un risultato diverso anche se talvolta parallelo rispetto a quello perseguito dal contratto principale, risultato che si sostanzia nel fatto che il debitore inadempiente sia tenuto ad una prestazione determinata nei confronti del creditore [...] La clausola penale costituisce un contratto autonomo con un proprio schema causale che va individuato nella posizione di un patto a struttura sanzionatoria"*. La considerazione della penale quale negozio autonomo implica che essa non sarà soggetta ai requisiti di forma eventualmente richiesti

agevole e spedita della parte creditrice, la quale potrà chiedere il pagamento della penale stessa senza dover provare né l'ammontare, né tantomeno l'esistenza di un pregiudizio. Per tale ragione la clausola penale viene collocata, in una con la caparra confirmatoria, tra le c.d. "misure rafforzative dell'esecuzione" del contratto¹⁹¹.

In ordine alla funzione della clausola penale si riscontra in dottrina una diversità di opinioni tra chi vi ravvisa uno strumento di mera liquidazione del danno risarcibile (utile a deflazionare il contenzioso relativo all'accertamento del danno), e coloro che individuano negli artt. 1382 e ss. del codice civile una fattispecie tipica di pena privata.

Il primo e più consolidato orientamento¹⁹² ritiene che attraverso la clausola penale le parti tendono unicamente a rafforzare il vincolo giuridico derivante dall'obbligazione principale, predeterminando in via convenzionale il risarcimento del danno da inadempimento. Attraverso la pattuizione della penale le parti sottraggono, infatti, il risarcimento stesso all'alea di un giudizio di accertamento che attiene all'esistenza del danno ed alla sua quantificazione, definendo *ex ante* l'ammontare di un'obbligazione (quella risarcitoria) che è per sua natura incerta¹⁹³. Secondo la tesi in oggetto, pertanto, la clausola penale avrebbe il fine di rafforzare la cogenza

per il contratto principale. Inoltre la natura solo unilaterale del collegamento negoziale implica che sulla prima si rifletteranno i vizi del secondo, ma non viceversa.

¹⁹¹ V. Bocchini-Quadri, "Diritto privato", Torino, Giappichelli, 2008, p. 774.

¹⁹² C. M. Bianca op. cit. p. 221 e ss.. De Cupis, "Il danno", Milano, 1980, p. 520 e ss.. Messineo "Dottrina generale delle obbligazioni"; Milano, 1964, p.131.

del vincolo giuridico che lega il debitore al creditore, dispensando quest'ultimo dall'onere processuale di provare il danno e sollevandolo dai costi e dai disagi che sono inevitabilmente connessi al giudizio¹⁹⁴.

Molteplici sono gli argomenti su cui si fonda l'orientamento in questione.

Innanzitutto il dato dell'art. 1384 c.c., secondo il quale “*la penale può essere diminuita equamente dal giudice se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*”. La norma, nel sottoporre la determinazione pattizia ad un controllo giudiziale avrebbe perciò il fine di evitare che la penale eccessiva si risolva in uno strumento sanzionatorio per il debitore e al tempo stesso di arricchimento per il creditore.

Secondo questa tesi il sindacato giudiziale sull'equilibrio economico dell'accordo sarebbe funzionale al mantenimento di un corretto rapporto tra il valore della penale e l'entità del danno che il creditore può effettivamente subire ad esito dell'inadempimento.

Questo argomento troverebbe oggi conferma in una pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁹⁵ in cui si afferma che il potere riduttivo del giudice può essere esercitato anche d'ufficio, in quanto espressione del più generale dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.. Secondo la

¹⁹³ Bianca, op. cit. p. 222.

¹⁹⁴ Bianca, op. cit.; De Cupis, op. cit; Gazzoni, “Manuale di dir. privato”, XII ed., 2006, p. 647.

Corte il potere in oggetto è considerato una forma ordinaria di controllo dell'ordinamento sugli atti di autonomia negoziale, a tutela dell'interesse generale all'equità nei rapporti contrattuali ¹⁹⁶.

Con detta pronuncia la Suprema Corte sembra voler circoscrivere l'ammontare della penale entro i confini di un giusto equilibrio tra danno e risarcimento, ripudiando letture meramente sanzionatorie dell'istituto, che si risolvano in ingiustificati arricchimenti per il creditore.

Nel solco di questo orientamento non si è mancato di rilevare¹⁹⁷ che la funzione prettamente liquidatoria della penale potrebbe in astratto, ridondare anche a vantaggio del debitore, in tutti i casi in cui l'ammontare

¹⁹⁵ Sez. Un. 13 settembre 2005 n. 18128.

¹⁹⁶ Le Sezioni Unite, sul rilievo che l'art 1384 c.c. non prevede la necessità dell'impulso di parte e facendo applicazione del dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi, oltre che del principio di buona fede oggettiva, ha stabilito che la penale fissata dalle parti può essere ridotta d'ufficio anche in assenza di domanda di parte. Occorre, peraltro, rilevare che, secondo la tesi in oggetto, le stesse norme comunitarie intervenute sulla disciplina consumeristica e poi recepite con il Codice del consumo di cui al D. lgs. N. 205/2006, devono essere intese quale limite all'autonomia negoziale volto a prevenire fenomeni di abuso nelle contrattazioni, in danno dei consumatori. La disciplina comunitaria ha previsto, infatti, che si presume vessatoria fino a prova contraria la clausola che imponga a questi ultimi *"in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale, o altro titolo equivalente, d'importo manifestamente eccessivo"*.

In definitiva l'interesse generale al divieto di abuso del diritto, conosce un regime differenziato in materia di clausola penale, per cui se la stessa viene inserita in un contratto stipulato tra soggetti di pari forza contrattuale trovano applicazione gli artt. 1382 e ss. c.c., laddove, nel caso di penale stipulata in danno di un consumatore, la disciplina sarà quella della nullità parziale di cui agli artt. 33 comma 2 e 36 del Codice del Consumo.

¹⁹⁷ Gazzoni, op. cit. p. 648.

della stessa risulti inferiore al danno realmente subito dal creditore. In ipotesi siffatte (e salvo che non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore) la penale assolverebbe in concreto a una funzione anche limitativa della responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1229 c.c.¹⁹⁸.

La tesi della natura unicamente risarcitoria della clausola penale riposa ulteriormente su un argomento di tipo storico rappresentato dall'art. 1212 del codice civile del 1865 il cui contenuto era il seguente: *“la clausola penale è la compensazione dei danni che il creditore soffre per l'inadempimento dell'obbligazione principale”*. Conformemente, la Relazione al codice civile del 1942 n. 632 precisava che *“il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art 1382 c.c. è quello di limitare il danno, salvo che le parti ne abbiano convenuto il risarcimento integrale”*.

Dalla lettura congiunta della citate disposizioni emergerebbe una perdurante volontà del legislatore di attribuire alla penale una funzione unicamente limitativa e/o liquidatoria del danno risarcibile, con esclusione di ogni profilo sanzionatorio, la cui estraneità al sistema della responsabilità civile è, peraltro, costantemente ribadita.¹⁹⁹

Occorre, infine, evidenziare che la disciplina codicistica ammette la risarcibilità del danno ulteriore ove questa sia stata espressamente

¹⁹⁸ Bianca op. cit., p. 235.

¹⁹⁹ Bianca, op. cit., p. 225: *“la liceità della pene private non può essere desunta dalla previsione normativa della clausola penale. Quella che la norma prevede è infatti una clausola che attiene al risarcimento del danno il cui effetto è quello di limitare il*

convenuta dai contraenti. In tal caso, però, il risarcimento del maggior danno sarà subordinato alla prova del creditore circa l'*an* ed il *quantum* del pregiudizio effettivamente sofferto. Resta comunque esclusa la possibilità di cumulo tra l'adempimento della prestazione principale e la penale stessa, salvo che questa sia stata convenuta per il semplice ritardo²⁰⁰. L'espressa previsione normativa in ordine alla possibilità per le parti di convenire la risarcibilità del danno ulteriore, rappresenterebbe, secondo la tesi in oggetto, un argomento ulteriore a conferma della natura risarcitoria della clausola penale²⁰¹.

risarcimento nella misura della prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore”.

²⁰⁰ La dottrina maggioritaria propende per una lettura del rapporto tra penale e risarcimento, in termini di alternatività. Così Marini, “La clausola penale”, Napoli, 1984, secondo il quale “*il rapporto tra obbligazione penale e quella risarcitoria è disciplinato dalla legge non già quale concorso cumulativo delle due obbligazioni, bensì nel senso di un rapporto alternativo, per cui in linea generale [...] la sanzione penale si sostituisce ad una diversa sanzione (a carattere risarcitorio)*”. Alla luce di questi rilievi, la possibilità per le parti di convenire la “risarcibilità del danno ulteriore” deve essere intesa non come cumulo della penale con il risarcimento, bensì come adeguamento dell'ammontare della penale stessa al valore dell'intero danno subito dal creditore. In senso conforme Zoppini, op. cit. p. 100.

²⁰¹ Occorre richiamare inoltre un diverso orientamento che pur non discostandosi da una lettura in chiave risarcitoria dell'istituto, ritiene che la clausola penale opererebbe in ambito più strettamente processuale, atteggiandosi quale strumento di inversione dell'onere probatorio, con conseguente possibilità per il debitore di liberarsi dalla penale, dimostrando in giudizio la mancanza di un danno in capo al creditore. Così Marini op.cit. p. 11 “*la clausola penale non inciderebbe sul problema dell'esistenza del danno e pertanto ... dovrebbe essere sempre ammessa la prova da parte del convenuto dell'inesistenza del danno*”. *Contra* Zoppini, op. cit. p. 240, il quale rileva che “*non può considerarsi clausola penale il patto con cui si determini anticipatamente il risarcimento, condizionato, tuttavia, alla prova dell'esistenza o dell'ammontare del danno*”, essendo

A questa ricostruzione dell'istituto, altra parte della dottrina muove, però, taluni rilievi.

In ordine alla natura e alla funzione dell'istituto, infatti, alcuni autori, valorizzano il fatto che la somma pattuita a titolo di penale è dovuta anche a prescindere dall'effettiva sussistenza di un danno (il quale, appunto, non deve essere provato) e attribuiscono così alla penale una valenza sanzionatoria dell'inadempimento. Secondo tale prospettiva la clausola penale rappresenterebbe una fattispecie tipica di pena privata²⁰².

Secondo questa diversa impostazione, la natura eventualmente risarcitoria della penale non escluderebbe una funzione anche sanzionatoria. In particolare, il momento sanzionatorio si atteggierebbe in maniera differente a seconda che si assuma la prospettiva del debitore, ovvero, quella del creditore. Nel primo caso la penale dispiega un rafforzamento della cogenza

questo tipo di accordo, meglio qualificabile come *“una vera e propria liquidazione anticipata del danno”*.

²⁰² Così, Barassi, *“La teoria generale delle obbligazioni”*, III ed., Milano, 1946, p. 480: *“in ciò sta... la caratteristica della clausola penale, che... cumula le due funzioni di pena e di indennizzo, in essa, però fuse o indistinte”*; Mazzaresse, *“Le obbligazioni penali”* Padova, 1986, p. 163: *“le funzioni forfettariamente risarcitoria e meramente afflittiva si coniugano nella complessiva funzione penale [...] l'ordinamento positivo non esclude [...] la possibilità di orientare la funzione penale sia in senso risarcitorio sia in senso meramente punitivo”*. E conformemente Zoppini, op. cit., p. 160: *“la clausola penale rappresenta una sanzione in senso tecnico [...]. Ma attraverso la penale le parti possono determinare , altresì, una prestazione di natura satisfattiva... Pena e riparazione non sono alternative perché hanno punti di incidenza soggettivamente diversi: il momento della coazione incide sul debitore, quello satisfattivo attiene alla sfera soggettiva del creditore”*. Tra gli altri autori, in senso conforme: Ponzanelli, op. cit.. Pardolesi, op. cit.. Mattei, op.cit..

del vincolo giuridico che lega il debitore al creditore, attraverso la prospettazione della certezza di un risarcimento non subordinato a un accertamento giudiziale sul danno.

Dal punto di vista del creditore, invece, la penale garantisce la certezza di un risarcimento anche a prescindere dal verificarsi di un danno che sia conseguenza dell'inadempimento del debitore²⁰³. Inoltre, ove sia convenuta una penale di valore superiore rispetto al danno effettivamente subito la sanzione sarà ravvisabile nell'eccedenza.

L'accoglimento della tesi in questione non sembra trovare ostacolo nella previsione normativa (art. 1384 c.c.) che riconosce al giudice il potere di ridurre la penale manifestamente eccessiva, e tanto per due ordini di ragioni. Innanzitutto si rileva che nell'esercizio del potere riduttivo, il giudice deve avere riguardo esclusivamente *“all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”*, con ciò intendendosi - secondo opinione

²⁰³ Sul punto si veda Galgano “Degli effetti del contratto sub artt. 1372- 1386 in Comm. al codice civile” a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1993, p. 166, il quale evidenzia che in tema di violazione dei patti parasociali di sindacato di voto o di blocco *“l'estrema difficoltà se non impossibilità di fornire la prova di un danno per l'inadempimento altrui scoraggerebbe qualsiasi reazione alla violazione del patto assicurando l'immunità a chi lo abbia violato e finendo per il togliere al patto stesso ogni carattere di giuridica vincolatività”*. Inoltre attraverso la previsione di una penale le parti possono assicurare una più agevole risarcibilità ai pregiudizi di natura non patrimoniale. Emblematico è l'esempio del musicista, assunto per esibirsi nel corso di una cerimonia, il quale non si presenti all'orario stabilito. Anche in tal caso è evidente che la mancanza di un danno di tipo morale non pregiudica il diritto del creditore alla corresponsione della penale, e tanto a conferma della natura anfibia (risarcitoria e sanzionatoria) dell'istituto on esame.

pressoché unanime in dottrina²⁰⁴ - l'interesse del creditore all'adempimento, valutato nel momento cui è sorta l'obbligazione, non venendo, di contro, in rilievo l'entità del pregiudizio effettivamente occorsogli a seguito dell'inadempimento.

Nella citata disposizione, che sembra svincolare il valore della "prestazione promessa" dal danno effettivamente subito dal creditore, parte della dottrina ritiene perciò di individuare una funzione (quantomeno anche) punitiva in seno alla clausola penale, il cui ammontare piuttosto che al danno sembra essere commisurato all'interesse che il creditore "*aveva*" alla prestazione²⁰⁵.

Ulteriore argomento addotto a favore della natura sanzionatoria della clausola penale si trae dall'art. 1384 c.c. il quale circoscrive l'esercizio del potere riduttivo del giudice ai soli casi di penale "manifestamente" eccessiva (oltre che a quelli di adempimento parziale dell'obbligazione). E pertanto la delimitazione del potere riduttivo del giudice sembra non ostare alla ammissibilità di una penale che sia semplicemente (e non "manifestamente") "eccessiva" rispetto al danno eventualmente a subirsi da parte del creditore.

²⁰⁴ Bianca, op. cit. 232, e Zoppini, op. cit., p. 270.

²⁰⁵ Vedi Baratella "Le pene private", cit. Milano, p. 31. *Contra*, Bianca, op. cit. p. 232, secondo il quale il riferimento all'interesse del creditore che poteva prevedersi al momento della stipulazione e che esclude le rilevanza del maggiore o minore pregiudizio effettivo, serve a evitare "un carico risarcitorio manifestamente superiore al danno prevedibile" (cfr. art. 1225 c.c.).

Peraltro si evidenzia ulteriormente che, anche a seguito dell'intervento riduttivo del giudice, è ben possibile che residui una eccedenza ulteriore rispetto al valore del danno, *“essendo impossibile pensare ad un ripristino di una rigida correlazione tra riparazione e danno.”*²⁰⁶

La tesi della funzione anche sanzionatoria (ovvero di pena privata) della clausola penale sembra trovare, a nostra opinione, un ulteriore suffragio nella natura della prestazione deducibile come oggetto della penale, ai sensi dell'art. 1382 c.c..

Nonostante la norma contenga un generico riferimento ad una “determinata prestazione”, la dottrina maggioritaria ritiene che le uniche prestazioni che le parti possono convenire a titolo di penale siano quelle di tipo pecuniario, in quanto un diverso accordo che prevedesse l'attribuzione al creditore di un bene determinato, sarebbe colpito da nullità sulla base del divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.)²⁰⁷.

²⁰⁶ G. Ponzanelli, voce “Pena privata”, cit..

²⁰⁷ In tal senso C. M. Bianca “Diritto Civile, la Responsabilità”, Giuffrè, 1994, p. 236, e Marini, op. cit. p. 132. I quali ulteriormente rilevano che le prestazioni di dare fare o non fare non sarebbero suscettibili di riduzione ex art. 1384 c.c.. In senso conforme anche la Resolution 78/3 del Consiglio d'Europa che limita l'oggetto della clausola penale alle sole obbligazioni pecuniarie. All'opposto orientamento aderiscono, invece Trimarchi, “La clausola penale cit. p. 93; De Nova, “Le clausole penali e la caparra confirmatoria” in Trattato di dir. priv. Diretto da P. Rescigno vol. X Torino 1988 p. 305; Zoppini, op. cit. p. 219. Si precisa che il carattere pecuniario della penale conferisce alla relativa obbligazione la natura di debito di valuta, come tale sottoposto al principio nominalistico. Ne consegue l'insuscettibilità di rivalutazione economica, ma l'attitudine alla produzione di interessi moratori ex art 1224 c.c..

La natura solo pecuniaria della prestazione oggetto di penale sembra essere in linea con la nozione di pena privata che abbiamo tratteggiato in apertura della presente ricerca. Ed infatti la pena privata, pur collocandosi nell'ambito della più ampia categoria delle sanzioni civili, se ne distingue per l'elemento di specialità rappresentato dal suo contenuto di tipo esclusivamente pecuniario. Diversamente, una lettura dell'istituto in esame in chiave risarcitoria lascerebbe aperta, se non altro, la possibilità di un risarcimento in forma specifica avente ad oggetto un *facere* del debitore²⁰⁸. In conclusione, secondo la tesi in esame la clausola penale si attergerebbe quale strumento, oltre che eventualmente liquidatorio e dunque risarcitorio del danno, anche come mezzo di autotutela del creditore rispetto all'inadempimento della controparte; specularmente la penale, nella prospettiva del debitore, assolverebbe ad una funzione anche "coercitiva",

²⁰⁸ Pertanto, anche in questo caso l'attribuzione a titolo di risarcimento di un bene diverso dal denaro incorrerebbe nel divieto di cui all'art. 2744 c.c. In ordine alla ammissibilità di un risarcimento in forma specifica per inadempimento, la dottrina è divisa tra quanti sostengono la non applicabilità dell'art. 2058 c.c. nelle ipotesi di inadempimento contrattuale, argomentando sulla base della assunta sovrapposibilità tra l'azione *de qua* e quella di esatto adempimento; e quanti osservano, in contrario che mentre l'azione di esatto adempimento presuppone un adempimento ancora possibile, quella di risarcimento in forma specifica presuppone un danno cagionato in conseguenza dell'inadempimento e i cui effetti siano nondimeno rimuovibili, con ripristino della situazione *ex ante*. A sostegno della tesi da ultimo citata (maggioritaria in giurisprudenza) si richiama l'art. 1519-bis c.c. (oggi artt. 128-138 Cod. cons.) che impone al venditore di beni viziati, l'obbligo di sostituzione ovvero di riparazione della cosa venduta. Sul punto occorre, peraltro, ricordare che anche i sostenitori della tesi risarcitoria della penale, aderiscono ad una lettura limitativa del 1382 c.c., evidenziando che una prestazione

in quanto rendendo certa l'obbligazione risarcitoria (sottratta alle incognite dell'accertamento giudiziale) avrebbe una funzione deterrente rispetto all'inadempimento.

È bene rilevare che in seno al suddetto orientamento è possibile distinguere una diversità di indirizzi tra coloro che ritengono di identificare il momento punitivo della penale nella sola (ed eventuale) differenza tra il valore della penale ed il minore valore del danno patito dal creditore²⁰⁹, e coloro che qualificano le funzioni risarcitoria e punitiva della penale quali attributi immanenti all'istituto, e pertanto entrambi compresenti a prescindere dal concreto rapporto tra la posta effettivamente risarcitoria e quella sanzionatoria. Questa tesi valorizza in particolare la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1382 c.c. che scinde la penale dalla prova del danno in una prospettiva di superamento delle inefficienze della sanzione risarcitoria²¹⁰. Le parti cioè, dispiegando la loro autonomia negoziale, tutelano in misura più energica l'interesse creditorio all'adempimento

diversa da quelle pecuniarie sarebbe difficilmente riducibile dal giudice nelle ipotesi di cui all'art. 1384 c.c..

²⁰⁹ Così Mazzaresse "Clausola penale e pena privata" in AA. VV. *Le pene private* a cura di Busnelli Scalfi, Milano 1986, p. 259 e ss.. De Nova, voce "Clausola penale", in dig. Disc. Priv., Torino, 1988, p. 377 e ss.. In particolare la penale assolverebbe ad una funzione punitiva unicamente ove superiore al danno risarcibile e limitatamente a quella porzione di ammontare che supera il valore del danno, svolgendo negli altri casi (cioè di penale di valore uguale al danno) una funzione solo risarcitoria, ovvero limitativa della responsabilità, (nei casi di penale di valore inferiore al danno).

²¹⁰ Di penale come strumento volto a superare le "inefficienze" o "ineffettività" della sanzione risarcitoria, parla Zoppini, op. cit., p. 305 e ss.. Così anche Gorla "Il contratto", Milano, 1955, p. 340.

rafforzando il momento della coazione attraverso la previsione di una sanzione che è alternativa al risarcimento e comunque più efficace, in quanto dovuta a prescindere dalla prova del danno.

Dal punto di vista del creditore, peraltro, la penale oltre a svolgere una funzione “assicurativa” rispetto all’adempimento della prestazione²¹¹ (e ciò in misura speculare rispetto alla coazione esercitata sul debitore), può assumere una valenza anche risarcitoria (o meglio satisfattiva) in relazione ai danni effettivamente subiti a seguito dell’inadempimento.

Inoltre (e fermo il potere riduttivo del giudice in caso di “manifesta” eccessività) la funzione coercitiva della penale potrà variare in relazione all’entità della prestazione dedotta per i casi di inadempimento, modulandosi in tal modo (entro i limiti suddetti) il profilo della deterrenza che è insito nell’istituto.

Sulla base delle superiori considerazioni ed in aderenza alla tesi in esame si ritiene di poter configurare la clausola penale come un istituto capace di incidere sul dispiegarsi stesso del rapporto giuridico principale e non già nella sola fase del suo inadempimento. Infatti attraverso la penale il creditore è in grado di conformare in misura più stringente il comportamento del debitore, prospettandogli la certezza di una sanzione

²¹¹ Zoppini, op. cit. p. 151 e ss. *“Alla luce dell’analisi economica si sostiene la tesi che l’assicuratore più efficiente della prestazione sia lo stesso debitore che in cambio di un corrispettivo, può pattuire una penale per l’inadempimento”*.

²⁰³ V. anche M.G. Baratella, op. cit. p. 39.

sostitutiva rispetto al risarcimento e di ammontare prefissato, in caso di suo inadempimento²¹²

In definitiva, secondo una parte della dottrina, la funzione punitiva della clausola penale, se è ravvisabile nelle ipotesi di minor danno (o di assenza di danno) per il creditore, è sempre presente - nella prospettiva del debitore - per il fatto che questi è tenuto a pagare quanto pattuito, senza il previo accertamento giudiziale dell'esistenza del danno.

2. La potestà punitiva dei privati in ambito negoziale. A) La clausola di cui all'art. 1526 comma 2 c.c. e gli interessi moratori.

A seguito della disamina svolta, parte della dottrina ritiene che la potestà punitiva dei privati non sia estranea al nostro ordinamento,²¹³ a condizione che essa venga esercitata entro i limiti posti dall'ordinamento stesso.

Occorre adesso passare in rassegna le diverse fonti del potere punitivo dei privati, al fine di verificare se la disciplina della clausola penale rappresenti

²¹³ Così E. Moscati, "Pena privata e autonomia privata" cit..

una eccezione rispetto al più generale divieto di autotutela privata, ovvero se essa possa essere interpretata come espressione di un più ampio potere punitivo riconosciuto ai privati in via generale,²¹⁴ e, in particolare, in settori diversi rispetto a quello contrattuale.

La risposta a questo interrogativo richiede naturalmente una disamina della singole fattispecie cui può riconoscersi natura di pena privata.²¹⁵

Innanzitutto viene in rilievo la clausola di cui all'art. 1526 comma 2 del codice civile. La norma in oggetto attribuisce la facoltà, alle parti di un contratto di compravendita con riserva di proprietà, di prevedere che in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore il venditore possa ritenere, a titolo di indennità, le rate rimosse.

La clausola in questione, in quanto rimessa all'autonomia negoziale delle parti viene interpretata, da alcuni autori, come una specifica ipotesi di

²¹⁴ Secondo Moscati, op. cit. p. 242, *“per la sua stessa collocazione la clausola penale vale certamente a coprire tutto il settore dei contratti. Ma l'elasticità dello schema ha indotto larga parte della dottrina ad affermare che una clausola penale può essere pattuita anche per rafforzare l'adempimento di un'obbligazione non contrattuale o garantire l'osservanza del generale dovere di non ledere gli interessi altrui”*.

²¹⁵ Un inventario delle fattispecie riconducibili alla pena privata (da inadempimento e da illecito aquiliano) è stato redatto in passato, ed ha condotto ad evidenziare la presenza di una estrema varietà di fattispecie, riconducibili ad una idea “elastica” di pena privata, presente non solo nel codice civile ma anche nella legislazione speciale, ed in settori anche diversi dal tradizionale diritto civile: si è riscontrata l'esistenza di pene private, infatti, anche nel diritto del lavoro, nella legislazione valutaria, nel diritto agrario ed in quello urbanistico. I risultati della ricerca sono confluiti nel volume “Le pene private” a cura di F. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, in particolare p. 3.

clausola penale, della quale condividerebbe la struttura e la stessa disciplina, con particolare riferimento a quel potere riduttivo dell'*indennità* che è riconosciuto al giudice dalla norma citata e che evoca l'analogo potere di cui all'art. 1384 c.c.²¹⁶

Trattasi in particolare di penale non già determinata, bensì determinabile: caratteristica, questa, non incompatibile con la struttura della clausola penale²¹⁷.

La norma ulteriormente prevede che “la stessa disposizione si applica nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione e sia convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti (art. 1526 III comma c.c.). Pertanto, secondo la tesi in esame, lo schema della clausola penale troverebbe applicazione anche nelle ipotesi di leasing finanziario o di godimento ed ulteriormente anche nelle ipotesi di leasing traslativo.²¹⁸

Occorre peraltro rilevare l'esistenza di un diverso orientamento, fatto proprio anche dalla giurisprudenza di legittimità, il quale nega ogni valenza sanzionatoria all'istituto in esame, attribuendo, invece, alla divisata

²¹⁶ In tal senso M. G. Baratella, op. cit. p. 49; Gorla “La compravendita e la permuta”, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1937, VII p. 322; Rubino “La compravendita”, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Milano 1962, XXIII, p. 443; Luminoso “La compravendita”, Torino, 1991, p. 146; Marini “La clausola penale”, Napoli, 1984, p. 123.

²¹⁷ In tal senso Facchiano, “L'art. 1526 I cpv. c.c. e la clausola penale”, in *Giur. Cass. civ.*, 1954, V, 595.

²¹⁸ Bianca “La vendita e la permuta” in *Trattato di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1993.

indennità la natura di equo compenso per il temporaneo godimento del bene²¹⁹.

Tra le altre misure volte a perseguire un preciso inadempimento (ed in particolare l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria) e riconducibili entro la schema della clausola penale, vanno collocati gli interessi moratori di cui agli artt. 1224 cc. e 1282 cc.. Essi decorrono in via automatica dal giorno della mora del debitore (c.d. mora *ex re*) e sono dovuti a titolo di risarcimento del danno derivante dal ritardato adempimento, indipendentemente dal verificarsi di un effettivo danno nella sfera giuridica del creditore.

Il loro ammontare, in mancanza di una espressa determinazione delle parti, è stabilito nella misura del tasso legale, ma resta comunque salva la facoltà, per il creditore che provi di aver subito un maggior danno, di ottenere il risarcimento ulteriore. È ben possibile, peraltro, che le parti convengano un tasso degli interessi moratori superiore a quello legale. In tal caso, però, la predeterminazione degli interessi moratori esclude l'esercizio dell'azione volta al risarcimento del maggior danno.

²¹⁹ In tal senso Mazzaresse "Clausola penale" in *Il codice civile: commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999, p. 299.; e così anche Cass. civ. sez. I, 7266/1995 in *Giust.civ. Mass.* 1995, p. 1320, ove si precisa che "nella disposizione di cui al comma II dell'art 1526 c.c. [...] il ricorso al termine indennità [...] sta a indicare che il legislatore ha inteso riferirsi ai casi in cui la liquidazione anticipata concerne unicamente il credito all'equo compenso per il temporaneo godimento del bene di cui al comma I del medesimo articolo".

In ragione dell'operatività di detti interessi indipendentemente dalla prova del danno, parte della dottrina ha attribuito agli stessi, siano essi di fonte legale oppure convenzionale, una natura quantomeno anche sanzionatoria.²²⁰

Si è, tuttavia, correttamente rilevato che, data la natura fruttifera del denaro, la cui indisponibilità rappresenta in sé un danno per il creditore, gli interessi moratori di fonte legale assolverebbero ad una funzione unicamente risarcitoria, ed in particolare di predeterminazione forfettaria del danno, determinato in misura generale dal legislatore. Detta funzione risarcitoria sarebbe oltretutto confermata dal tenore della norma, la quale lascia impregiudicata al creditore la possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno, ove ne fornisca la relativa prova²²¹.

Differenti valutazioni si impongono, invece, in relazione agli interessi moratori convenuti dalle parti in una misura superiore al tasso legale. In tal caso parte della dottrina ritiene di poter configurare un accordo simile per struttura e funzioni allo schema della clausola penale, la quale, come già osservato, risponde ad una duplice esigenza: risarcitoria e ad un tempo coercitivo - punitiva.

²²⁰ Mazzaresse, "clausola penale" cit., p. 236; Marini, "La clausola penale" cit., p., 55.

²²¹ In verità questa ricostruzione sembra prestare il fianco al rilievo che ogni danno risarcibile deve essere sempre un danno conseguenza, non trovando accoglimento nel sistema della responsabilità civile ipotesi di danno *in re ipsa*; si necessiterebbe, quindi, in ogni caso, di una prova quantomeno in ordine alla sussistenza del danno stesso.

La natura “anfibia” degli interessi moratori convenzionali superiori al tasso legale sembrerebbe confermata, oltretutto, dall’ultimo comma dell’art 1224 c.c. il quale esclude la risarcibilità del danno ulteriore nei casi di interessi moratori fissati pattiziamente dalle parti. La norma evoca, per la sua funzione e fondamento, la regola dell’alternatività tra risarcimento e clausola penale, tratteggiata dall’art. 1382 c.c., la cui *ratio* riposa sul presupposto, già esaminato, del rapporto di continenza tra la maggiore sanzione e la minor somma risarcitoria; rapporto, che rende inammissibile ogni duplicazione.

Sulla base delle riscontrate affinità tra clausola penale ed interessi moratori convenzionali, parte della dottrina ha ritenuto di poter applicare in via analogica anche la disposizione di cui all’ultimo periodo dell’art 1382 c.c. che prevede la possibilità per le parti di convenire la risarcibilità del danno ulteriore²²².

In tal modo si consente al creditore di garantirsi l’integrale risarcimento in tutti i casi in cui la predeterminazione degli interessi moratori, effettuata secondo lo schema della clausola penale, risulti insufficiente a coprire il maggior danno subito.

²²² Sul punto Marini, “La clausola penale” cit. p. 55 ritiene che “in sede di determinazione degli interessi moratori le parti possono introdurre, ex art. 1382 c.c. il patto di risarcibilità del danno ulteriore”.

3. B) Le sanzioni endoassociative.

Quanto alle penali di fonte negoziale, occorre menzionare innanzitutto le pene private comminabili nell'ambito dei rapporti associativi, ed in particolare in seno alle associazioni non riconosciute²²³.

²²³ Le fonti normative che vengono in rilievo sul punto, sono, per le persone giuridiche gli artt. 23 e 24 comma 3 c.c. e per le associazioni non riconosciute, gli artt. 36 c.c. e 2, 3 e

Il codice civile, con l'art. 36, ha inteso demandare la regolamentazione dei rapporti endoassociativi alle scelte interne del gruppo, il quale può individuare, in via statutaria, le sanzioni da applicare a fronte degli inadempimenti dell'associato (esclusione del socio, sanzioni pecuniarie, sospensioni e privazioni dei diritti, ovvero sanzioni c. d. "moralì")²²⁴.

Sulla riconducibilità delle sanzioni in oggetto nel novero delle pene private non sembrano esservi molti dubbi in dottrina²²⁵, essendo unicamente in discussione la loro natura "contrattuale" ovvero "non contrattuale".

Le soluzioni cambiano a seconda che si valorizzi la natura "contrattuale", dello stesso fenomeno associativo ovvero si aderisca alla tesi c.d. "istituzionale"²²⁶.

Ed infatti, secondo la tesi contrattuale²²⁷ le sanzioni associative sarebbero da intendersi alla stregua di clausole penali di fonte negoziale (approvate dal singolo socio in sede di stipulazione del contratto associativo) la cui applicazione è prevista dallo statuto, quale conseguenza

18 Cost.. Vedi F. G. Bosetti "L'autonomia punitiva nei rapporti tra associazione e singolo associato", in "Le pene private" cit., p. 157.

²²⁴ La classificazione delle pene endoassociative è riportata F.G. Bosetti, in idem.

²²⁵ S. Patti, voce "Pena privata", in *Enc. Giur.* XXII, Roma, 1990, p. 357.

²²⁶ Secondo la concezione istituzionale formulata da Santi Romano ogni corpo sociale darebbe origine ad un proprio ordinamento giuridico, sicché gli ordinamenti giuridici possibili sono tanti quanti sono i gruppi sociali o le istituzioni (c.d. "pluralismo giuridico").

²²⁷ Tesi condivisa dalla dottrina maggioritaria. Tra gli autori favorevoli ad una lettura in termini contrattuali delle sanzioni endoassociative: Galgano "Delle persone giuridiche. Disposizioni generali. Delle associazioni e delle fondazioni", in *Comm. al c.c. Scialoja Branca*, Bologna- Roma, 1972; Rubino "Le associazioni non riconosciute", Milano, 1952.

dell'inadempimento del socio rispetto alle determinazioni dell'ente²²⁸. In senso contrario si è, però, rilevato che sarebbe improprio riferire l'accordo sulla clausola penale ad un momento (la sottoscrizione del contratto associativo) che è anteriore rispetto alla nascita delle obbligazioni sociali, il cui inadempimento è presupposto della penale²²⁹.

Diversamente, la tesi c.d. "istituzionale", ad oggi minoritaria²³⁰, valorizza la originarietà del gruppo e la sua preminenza gerarchica rispetto al singolo socio. L'ente nella concezione istituzionale è inteso quale ordinamento giuridico autonomo, il quale avrebbe il potere di comminare sanzioni disciplinari di natura meramente punitiva, al fine preservare se stesso contro gli inadempimenti dei soci²³¹.

A tale ricostruzione si è, però, obiettato che l'esigenza della sanzione, quale rimedio indispensabile per la sopravvivenza dell'ente, non può, da sola e senza la concorrente volontà negoziale della controparte, fondare un potere punitivo che è avulso dal sistema costituzionale delle tutele per il singolo²³² e che parrebbe comunque in contrasto con il principio di eguaglianza²³³.

²²⁸ Vedi S. Patti, op. cit., p. 357. Così Bianca "Le autorità private", Napoli, 1977, p. 17.

²²⁹ Così Bianca "Le autorità private", Napoli, 1977, p. 17.

²³⁰ Tesi patrocinata da C.M. Bianca "Le autorità private" ult. cit.; Rescigno, "La giustizia nelle associazioni private", in *Persona e comunità*, Bologna, 1996.

²³¹ S. Patti, op. cit. p. 357.

²³² F.G. Bosetti, op. cit. p. 159.

²³³ Sulla inammissibilità delle pene private nelle associazioni oltre che in materia di rapporti di lavoro, per contrasto con il principio di "parità reciproca", v. Bianca "Riflessioni sulla pena privata", in "Le pene private", cit. p. 410.

In sintesi, secondo questa dottrina, neppure l'accoglimento della tesi c.d. "istituzionale" potrebbe legittimare il potere sanzionatorio delle associazioni²³⁴ poiché si rischierebbe di travolgere "*il momento costituzionale di tutela del singolo*", restando irrisolti i nodi relativi all'*inserimento di questi microordinamenti in quello, sovrastante, giuridico statale*²³⁵.

Sulla base delle superiori considerazioni si ritiene pertanto che ad esempio le sanzioni del diritto sportivo (sull'assunto della natura privatistica delle singole federazioni sportive) siano da ascrivere al *genus* delle pene private di fonte contrattuale, assimilabili alla clausola penale²³⁶.

L'adesione alla tesi contrattuale delle sanzioni associative porta però con sé i problemi – già esaminati in tema di clausola penale – relativi ai limiti che l'autonomia privata incontra nell'esercizio della potestà punitiva. Ci si interroga, in particolare, sulla operatività dei limiti di cui agli artt. 1382 e ss. c.c. previsti a tutela dell'ordine pubblico, ed in particolare del principio di solidarietà sociale di cui all'art 2 Cost.. A tal proposito il discorso inevitabilmente si complica poiché se da una parte non può negarsi la

²³⁴ Così G. Ponzanelli, op.cit., p. 3.

²³⁵ F. G. Bosetti, op.cit. p. 159.

²³⁶ Così Francesco P. Luiso "Le pene private nel diritto sportivo", in "Le pene private" cit. p. 172: *un [...] imponente filone interpretativo [...] nega alle federazioni la natura di ente pubblico che è senz'altro propria del CONI; e conseguentemente le ritiene associazioni, riconosciute o meno, di diritto privato; afferma che i loro regolamenti interni e gli atti emessi dagli organi federali hanno natura privatistica; ed in particolare che le sanzioni da tali organi irrogate non differiscono da quelle inflitte dagli organi di ogni altra associazione di diritto privato*".

valenza contrattuale delle penali associative, dall'altra l'applicazione della disciplina prevista in tema di clausola penale non può certo dirsi esaustiva. Ed infatti la configurabilità di un potere riduttivo in capo al giudice in tanto può ammettersi, in quanto la penale in questione abbia un contenuto patrimoniale (o quantomeno suscettibile di quantificazione economica ai sensi del 1174 c.c.)²³⁷.

Poiché, però, è invalso l'uso di penali aventi carattere morale ed incidenti sull'onore o sullo *status* della persona, occorre parzialmente riconsiderare le conclusioni sopra formulate, limitando l'applicazione della disciplina codicistica ex artt. 1382 e ss. c.c. (con particolare riferimento al potere riduttivo del giudice) alle sole ipotesi di penali di natura pecuniaria.

Con riguardo, invece, alle sanzioni associative di natura "morale", occorre ricordare che, come è stato osservato, "*le pene delle associazioni appartengono al diritto delle persone piuttosto che a quello delle obbligazioni*".²³⁸ Sulla base di questa valutazione parte della dottrina ha ritenuto il fenomeno associativo espressione non solo dell'autonomia contrattuale, bensì anche della libertà di associarsi, la quale rinviene un fondamento costituzionale nello stesso art. 18 della Carta fondamentale. In tal modo le sanzioni associative sono tese a garantire il corretto

²³⁷ In tal senso Moscati "Pena privata e autonomia privata" in "Le pene private" cit. p. 246.

²³⁸ U. Meyer-Cording, "Die Vereinsstrafe", riportato da Rescigno "La giustizia nelle associazioni private (persona e comunità)", Bologna, 1966.

funzionamento interno dell'organizzazione, e, nel perseguimento di questo fine, possono incidere anche su posizioni non patrimoniali dell'associato.

Naturalmente anche l'applicazione di queste sanzioni non è esente da limiti, i quali riposano nel dovere di solidarietà sociale di cui all'art 2 Cost. posto a tutela dei diritti inviolabili dell'individuo all'interno dei gruppi sociali. Risulteranno, pertanto, inammissibili quelle sanzioni (anche non pecuniarie) che risultino "manifestamente eccessive": e cioè, nello specifico, lesive dei diritti inviolabili dell'associato; esse in particolare, non potendo essere ridotte ex art. 1384 c.c., saranno interamente disapplicate dal giudice²³⁹.

A tale fattispecie si può accostare la previsione dell'art. 70 delle disposizioni attuative del codice civile il quale prevede che "per le infrazioni al regolamento di condominio può essere stabilito, a titolo di sanzione, il pagamento di una somma fino a lire 100. La somma è devoluta al fondo di cui l'amministratore dispone per le spese ordinarie".

La norma²⁴⁰, costituisce chiaro indice di una posizione del legislatore del 1942 non preclusiva rispetto al riconoscimento di una "potestà punitiva" in capo ai privati. Nondimeno la disposizione è stata tradizionalmente

²³⁹ Si rileva in proposito che la giurisprudenza ad oggi maggioritaria ritiene applicabili anche in tema di sanzioni comminate dalle associazioni non riconosciute, gli artt. 23 e 24 c.c., volti a garantire tutela giurisdizionale agli associati, subordinando, ad esempio, l'esclusione dell'associato alla sussistenza di gravi motivi, anche in assenza di una previsione statutaria in tal senso. Così M.G. Baratella, op.cit. p. 56 in nota (114).

²⁴⁰ È discusso se le sanzioni in questione siano applicabili solo ai proprietari, ovvero anche ai conduttori, nonché ai titolari dei diritti di abitazione, di uso e di usufrutto.

collocata su un piano di eccezionalità rispetto alle altre “sanzioni” di diritto privato, ed in ragione di ciò la sua portata applicativa è stata, nel tempo, sempre più contenuta. Lo stesso legislatore ha successivamente manifestato la propria diffidenza verso l’istituto, omettendo di aggiornare il valore delle dette sanzioni al contesto socio- economico di riferimento²⁴¹ e contribuendo in tal modo a rendere nei fatti inapplicabile la previsione, al punto da far ritenere la norma abrogata per desuetudine²⁴².

4. Le pene private da inadempimento di fonte legale.

Si è già accennato, in apertura della presente trattazione, che parte della dottrina classifica le penali facendo leva sulla fonte delle stesse; sicché, accanto alle penali da inadempimento di fonte negoziale, si individuano penali di fonte legale. Con riguardo a queste ultime credo possa bastare in

²⁴¹ Sul punto si veda Corte Cost. 11 dicembre 1977 n. 388 in Giur. Cost. 1997, 3708.

²⁴² M.G. Baratella, op.cit. p. 65.

questa sede un semplice cenno, poiché le argomentazioni svolte con riguardo alla natura e alle funzioni delle prime ben possono attagliarsi alle seconde. Al riguardo viene in rilievo innanzitutto la sanzione prevista dalla legge sull'equo canone (l.n. 392 del 1978) all'art. 31.

La norma dispone che ove il locatore abbia riottenuto la disponibilità dell'immobile per una delle esigenze tassativamente previste dall'art. 29 (ossia al fine di adibirlo ad abitazione propria o del coniuge o di altri parenti, ovvero per ristrutturarlo, o ancora per esercitarvi determinate attività) e non abbia dato inizio alle attività relative entro il termine di sei mesi dall'avvenuta riconsegna dello stesso, il conduttore avrà diritto al ripristino del contratto, ovvero al risarcimento del danno quantificato in misura non superiore a quarantotto mensilità del canone di locazione. La norma è volta esclusivamente a sanzionare il locatore che abbia abusivamente esercitato la facoltà di diniego della rinnovazione del contratto²⁴³. La penale è, infatti, dovuta a prescindere da ogni prova relativa al danno eventualmente patito dal conduttore,²⁴⁴ essendo il fine della disposizione quello di disincentivare, attraverso la prospettazione di una sanzione certa, l'utilizzo abusivo della facoltà di diniego di rinnovo del contratto.

²⁴³ Così Ponzanelli "Pena privata" in *Enc. Giur.* XXII, Roma, 1990, p. 5.

²⁴⁴ Si rileva, peraltro che la giurisprudenza, appare divisa intorno alla funzione risarcitoria o sanzionatoria dell'istituto. Favorevole ad una lettura risarcitoria è Cass. civ. sez. III n. 15037 del 2000. in senso opposto si veda Cass. civ. sez. III n. 10527 del 1991.

In senso analogo sembra di poter interpretare la sanzione prevista dall'art. 3 della l.n. 431 del 1998 in materia di immobili urbani ad uso abitativo, la quale impone a carico del locatore che abbia illegittimamente esercitato la facoltà di disdetta, e ottenuto il rilascio dell'immobile, l'obbligo di corrispondere al conduttore un risarcimento non inferiore a trentasei mensilità.

Ulteriore penale di fonte legislativa è quella di cui all'art. 3 della L.n. 192 del 1998 in materia di subfornitura. La norma prevede che in caso di mancato rispetto dei termini di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, un interesse determinato secondo una misura particolarmente elevata²⁴⁵.

L'esigibilità di tali rilevanti interessi indipendentemente dalla prova dell'esistenza e dell'ammontare di un danno sofferto dal subfornitore, rappresenta un sicuro indice della funzione – quantomeno anche –

²⁴⁵ In particolare l'art 3 comma III della L.n. 192 del 1998 dispone che *“in caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, un interesse determinato in misura pari al saggio d'interesse principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuato il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore”*. E ancora: *“Ove il ritardo nel pagamento ecceda di trenta giorni il termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al cinque per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini.”*

sanzionatoria del risarcimento in esame, volto a tutelare la posizione del contraente debole²⁴⁶.

A conclusioni non dissimili sembra doversi giungere in relazione alle penali previste dagli artt. 3, 4 e 5 del D.Lgs. 231/2002 in tema di ritardo nell'adempimento delle transazioni commerciali. Nel caso di inosservanza dei termini di pagamento, fissati dai contraenti oppure stabiliti *ex lege*, il debitore è automaticamente costituito in mora ed è obbligato a corrispondere alla controparte interessi ad un saggio particolarmente elevato, pari – anche in questo caso – a quello applicato dalla BCE alla più recente principale operazione di rifinanziamento.

Analogamente a quanto osservato in materia di subfornitura, l'obbligo di corresponsione di interessi così elevati, in misura indipendente dalla prova di un danno, rappresenta un valido argomento per sostenere la tesi della natura punitiva della sanzione in esame.²⁴⁷

Infine occorre menzionare la disciplina prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l.n. 300/1970) in tema di licenziamento ingiustificato. La norma prevede che con la sentenza che dichiara inefficace, annullabile o

²⁴⁶ Cfr. Carbone "Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192", in *Tem. rom.*, I, p. 700, il quale considera eccessivamente punitive le sanzioni di cui all'art 3 esaminato, qualificandole come "*punitive damages*".

²⁴⁷ In senso parzialmente difforme Frignani, Cagnasso, "L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", in *Contr.* 2003, p. 308, i quali pur escludendo la funzione punitiva degli interessi in parola, ritenendoli volti a ristorare il danno finanziario derivante dal ritardo nel pagamento, ne riconoscono la funzione di deterrenza che intende eliminare qualsiasi incentivo all'inadempimento.

nullo il licenziamento, il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di una “*indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento della effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto.*” La giurisprudenza intende l’obbligo di pagamento delle cinque mensilità come una presunzione legale assoluta di danno minimo,²⁴⁸ che non consente al datore di lavoro di fornire la diversa prova di un danno inferiore o addirittura inesistente in capo al lavoratore.²⁴⁹ Secondo questa tesi, attraverso il meccanismo presuntivo, il legislatore avrebbe inteso forfetizzare il risarcimento dei danni subiti dal lavoratore in conseguenza dell’ingiusto licenziamento. Sotto questo profilo la norma assolverebbe ad una funzione analoga a quella svolta dalla clausola penale, riconoscendosi al lavoratore un risarcimento a prescindere dalla prova del danno. Secondo questa tesi l’indennità di cui all’art 18 avrebbe finalità ad un tempo risarcitoria e sanzionatorio- deterrente.²⁵⁰ Inoltre, si rileva che al pari della disciplina posta dagli artt. 1382 e ss. c.c., anche l’art. 18 prevede

²⁴⁸ Si veda Cass. civ. 01.07.2004 n. 12102, in *Notiziario Giur. Lav.*, 2004, p. 621.

²⁴⁹ Né, d’altra parte, il datore di lavoro può andare esente da responsabilità provando la sua mancanza di colpa. La giurisprudenza attribuisce, infatti, alla responsabilità del datore di lavoro, natura di responsabilità oggettiva (Corte Cost. 12.02.1996 n. 30).

²⁵⁰ Cfr. Cass. civ. 28.04.1995 n. 4743, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, fasc. 6; Corte d’Appello di Milano, sz. Lav., 13.01.2009, n. 51, in *Giust. A Milano*, 2009, 1, p. 3.

la risarcibilità dei danni ulteriori che il lavoratore riesca a provare in giudizio.

Parzialmente diversa è, invece, la tesi, sostenuta in dottrina da quanti distinguono tra “tutela obbligatoria” (prevista dall’art. 8 della l.n. 604/1966) e “tutela reale” (di cui al citato art. 18 l.n. 300/1970).

Secondo questo orientamento, solo nella prima fattispecie l’indennità avrebbe una funzione di predeterminazione forfettaria del danno, analoga a quella svolta dalla clausola penale. In tal caso, infatti, non vi è alcun diretto riferimento all’ammontare del danno concretamente subito dal lavoratore, potendo spaziare la quantificazione dell’indennità da un minimo di 2,5 a un massimo 6 mensilità retributive.²⁵¹ Inoltre, nel caso in cui il datore di lavoro optasse per la riassunzione del lavoratore, questi non vedrebbe comunque risarcito il danno relativo al suo periodo di inattività; infatti la riassunzione – al pari della penale ex art. 1382 c.c. - è alternativa rispetto all’esatto adempimento del rapporto contrattuale. Vi è da rilevare, peraltro, che pur riconoscendosi natura di penale alla norma di cui all’art 8 l.n. 604/1966, la dottrina sembra concorde nell’escludere una finalità punitiva o sanzionatoria alla disciplina in questione. E tanto in ragione del fatto che i ridotti margini per la determinazione del danno si risolvono spesso, più che

²⁵¹ Napoletano “Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa (Legge 15 Luglio 1966, . 604)”, UTET, 1966, pp. 178 e 193. La penale in questione avrebbe una funzione composita, risarcitoria e deterrente rispetto a licenziamenti ingiustificati. Si è posta in luce, peraltro, la natura volutamente

in una pena per il datore di lavoro, in un risarcimento soltanto parziale dei danni subiti dal lavoratore.

Diverso è il caso della c.d. “tutela reale” di cui all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori. In tale ipotesi l’indennità spettante al lavoratore concorre con la reintegrazione nel posto di lavoro, ed è, inoltre, quantificata in ragione del lasso di tempo che intercorre tra il licenziamento e l’effettiva reintegrazione del lavoratore. Per tale ragione si sostiene in dottrina che l’indennità in questione sia assimilabile ad uno strumento di adempimento coattivo dell’obbligazione datoriale parzialmente ineseguita. La disciplina di cui all’art. 18 consente, quindi, di apprestare – più che una tutela solo forfettaria del lavoratore – una tutela patrimoniale integrale del soggetto ingiustamente licenziato, che travolge tutti gli effetti negativi provocati dal licenziamento. Anche in questo caso, peraltro, il risarcimento prescinde dalla prova del danno subito dal lavoratore, e proprio per tale ragione, parte della dottrina continua a sostenere la funzione anche punitiva dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

B) LE SINGOLE FIGURE DI PENA PRIVATA DA ILLECITO AQUILIANO.

1. Il danno non patrimoniale.

compromissoria della disciplina, tesi a contenere i costi dei licenziamenti per le piccole imprese.

L'ambito elettivo della pena privata nel settore dell'illecito aquiliano è rappresentato senza dubbio dalla fattispecie del danno non patrimoniale.²⁵²

L'art. 2059 c.c., che dispone la risarcibilità del danno non patrimoniale “solo nei casi determinati dalla legge”, rappresenta il frutto di una scelta restrittiva, maturata in sede giurisprudenziale e volta al contenimento delle domande risarcitorie di natura non patrimoniale.²⁵³

La mancanza di una definizione normativa di danno non patrimoniale²⁵⁴ favorì, in un primo momento, una lettura estensiva della norma, idonea a ricomprendervi sia i danni morali transeunti, sia ogni altra offesa, anche permanente, cagionata a beni non economicamente valutabili, quali la salute²⁵⁵. Tuttavia proprio questa ampia lettura della disposizione - che

²⁵² Ponzanelli, “Pena privata”, cit., p. 4.

²⁵³ Nel codice civile del 1865 mancava una norma corrispondente all'art. 2059, sicché le lesioni della salute e della integrità morale trovavano piena tutela risarcitoria al pari dei danni patrimoniali. Le difficoltà connesse alla prova del danno non patrimoniale, e le conseguenti esigenze di contenimento delle pretese c.d. “bagatellari”, determinarono, però, nel 1924 una svolta in senso restrittivo: le S.U. della Corte di Cass. limitarono la risarcibilità del danno non patrimoniale (inteso come danno morale) ai soli casi previsti dalla legge. Nel 1942 il nuovo codice recepì il suddetto principio di tipicità, codificandolo nell'art. 2059. Sul punto si veda Caringella Buffoni, “Manuale di diritto civile”, Roma, 2009, p. 1166.

²⁵⁴ Una nozione ricavata per via interpretativa, e generalmente riconosciuta in dottrina è quella “di conseguenze negative che secondo una valutazione sociale tipica non sono suscettibili di valutazione economica”; così Comandè “Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto”, in *Contr. e impresa*, 1994, p. 879. Mentre la nozione di danno biologico è disposta dall'art. 138 comma II lett. a) del D.Lgs. n. 209/2005 (codice delle assicurazioni private).

²⁵⁵ Detta interpretazione era stata, peraltro, già recepita dalla Relazione ministeriale al Re sul testo del codice penale del 1930, nel cui art. 185 espressamente si contempla

considera, appunto, risarcibili tutti i danni non patrimoniali solo nei casi previsti dalla legge - rese presto indispensabile una fuga dalle strette maglie della tipicità normativa, al fine di garantire tutela almeno a quei diritti di tipo non patrimoniale aventi rilievo costituzionale.

Ebbe, così inizio il noto procedimento di lettura correttiva dell'art 2059 c.c. che culminò nel 1986 con la pronuncia n. 184, con la quale la Consulta ampliò lo spettro di tutela dell'art. 2043 c.c., facendovi refluire anche gli attributi della persona, quali la salute e l'integrità fisica. Specularmente venne ridimensionata la portata applicativa dell'art. 2059 c.c. la cui angusta tipicità fu circoscritta ai soli danni (non più latamente "non patrimoniali", bensì strettamente) morali, subiettivi e transeunti.

Ma la crisi dell'art. 2059 c.c. non durò a lungo e venne progressivamente superata attraverso una interpretazione in senso "atipico" della sua stessa "tipicità"²⁵⁶. Il percorso giurisprudenziale prese le mosse dalle sentenze della Cass. nn. 8827 e 8828 del 2003, per proseguire attraverso le S.U. 26972 del 2008, fino a concludersi con la recente Cass. n. 18641 del 2011.²⁵⁷

l'obbligo del risarcimento del danno non patrimoniale tra le conseguenze derivanti dal reato.

²⁵⁶ Sul punto si Veda M. Paradiso, "Le Sezioni Unite e la atipica tipicità del danno non patrimoniale", in AA. VV. "Il danno non patrimoniale" a cura di P. Cendon, Giuffrè.

²⁵⁷ La pronuncia riafferma l'autonomia concettuale del danno morale rispetto al danno biologico, chiarendo che il primo consiste in una lesione dell'integrità morale, mentre il secondo concerne le lesioni della integrità psicofisica. L'assunto era stato posto in dubbio a seguito delle S.U. 26972/2008 che avevano messo da parte la figura del danno morale

La giurisprudenza di legittimità, attraverso le pronunce in parola, ha valorizzato la portata immediatamente precettiva delle norme costituzionali, le cui disposizioni rappresenterebbero – a detta della Suprema Corte – alcuni tra i “casi determinati dalla legge” richiamati dall’art. 2059 c.c. ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale; e ciò al pari dell’art. 185 c.p. e di ogni altra fattispecie espressamente prevista dal legislatore ordinario²⁵⁸.

Nonostante le citate acquisizioni il dibattito intorno alla nozione di danno non patrimoniale e ai suoi rapporti con il danno morale in senso stretto, non sembra destinato ad sopirsi, mentre, per ciò che riguarda la presente trattazione, si profilano nuovi interrogativi concernenti la stessa natura del danno non patrimoniale.²⁵⁹

In particolare, si evidenzia in dottrina come il rinnovato interesse per sanzioni private²⁶⁰ conduca inevitabilmente ad un ripensamento delle

derubricandola quale mera sottocategoria della generale e omnicomprensiva figura del danno non patrimoniale.

²⁵⁸ Esemplicativamente si richiamano, l’art 89 c.p.c., l’art. 2 della l.n. 117/1988, l’art 15 del D.lgs. n. 196/2003, l’art. 2 della l.n. 89/2001.

²⁵⁹ In verità la questione relativa alla natura risarcitoria o sanzionatoria del danno non patrimoniale non appare affatto nuova, essendo già stata approfondita, tra gli altri, da Bonilini “*Pena privata e danno non patrimoniale*” in AA.VV. “Le pene private” cit..

²⁶⁰ Si veda in proposito Patti “Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione”, in *La responsabilità civile*, II, 2009, p. 165 e ss., il quale afferma che “*in conseguenza della maggiore sensibilità per la sfera del danneggiato e delle nuove funzioni che si vogliono attribuire alla responsabilità civile, entrano in crisi i tradizionali strumenti di quantificazione del danno, come ad esempio la “Differenztheorie” giudicata ormai inadeguata perfino nell’ambiente che ne vide la nascita e ne decretò il successo*” [...] “*Si fa strada l’idea secondo cui il principio dell’equivalenza debba essere abbandonato*

questioni, mai definitivamente risolte, concernenti la funzione stessa del danno non patrimoniale²⁶¹.

Sul punto si sono, nel tempo, consolidati tre diversi orientamenti, tutti volti ad inquadrare *ratio* e fondamento della norma in esame, attribuendole natura ora risarcitoria, ora satisfattiva, ora marcatamente punitiva.

La prima tesi muove dall'assunto che unica funzione della responsabilità civile sia quella compensativa o al più indennitaria del danno occorso, essendo bandita dal nostro ordinamento ogni idea di una pena di tipo "privato."²⁶²

Sulla base di questa premessa si ritiene che il danno non patrimoniale svolge, al pari di quello patrimoniale, una funzione unicamente risarcitoria,²⁶³ ovvero – secondo una tesi parzialmente diversa - latamente

almeno in alcuni settori. Ciò perché, in caso contrario, la responsabilità civile rischia di non svolgere in modo adeguato i suoi compiti e di non soddisfare le aspettative dei consociati che, nel risarcimento del danno vedono anzitutto uno strumento sanzionatorio, in grado non soltanto di reintegrare il patrimonio lesa ma anche di svolgere una funzione di prevenzione dell'illecito. Diviene così inevitabile l'interrogativo circa l'introduzione dei danni punitivi o esemplari".

²⁶¹ Si veda in proposito Bonilini, op. cit., 301 e ss..

²⁶² Fu Ugo Grozio, "De jure belli ac pacis", 1625, che valorizzando la ormai diffusa applicazione dell'*actio legis aquiliae* rispetto alle vecchie azioni penali romane, teorizzò il definitivo superamento della funzione punitiva della responsabilità civile. Il pensiero di Grozio, riprendeva, peraltro, le idee di giustizia commutativa già propugnate da S. Tommaso, secondo il quale doveva bandirsi ogni trasferimento ingiustificato di ricchezza da un soggetto ad un altro; sul punto si vedano P. Gallo, "Pene private e responsabilità civile", cit., pp. 38 e ss. e P. Cerami "Profili storici della responsabilità civile" in Europa e dir. priv., 2008, p. 454.

²⁶³ Così Scognamiglio, "Il danno morale", in *Riv. Dir. civ.* 1957, e De Cupis, "Il danno", Varese, 1979, p. 252. La tesi in oggetto riposa, inoltre, su un argomento di carattere

indennitaria²⁶⁴. Questo orientamento, peraltro, non sembra riscuotere attualmente i favori della dottrina maggioritaria, la quale ritiene che le modificazioni peggiorative della sfera individuale non siano suscettibili, per definizione, di alcuna valutazione oggettiva e diretta in denaro.²⁶⁵

Si è pertanto profilata una tesi ulteriore che attribuisce al danno in questione una funzione principalmente consolatorio-satisfattiva.²⁶⁶ Le ragioni per cui verrebbe riconosciuta alla vittima di un illecito una tale “soddisfazione” andrebbero a loro volta individuate nella duplice esigenza

linguistico, il quale valorizza la l'espressione “risarcimento”, utilizzata dal legislatore del 1942 tanto con riferimento al danno patrimoniale, quanto a quello non patrimoniale: si ritiene, pertanto, che il risarcimento svolga una funzione unitaria per entrambe le figure di danno.

²⁶⁴ Così Ziviz, “La tutela risarcitoria della persona”, Milano, 1999, la quale afferma che “*la somma corrisposta al danneggiato finisce allora per rappresentare una misura convenzionale attraverso la quale vengono indennizzate le conseguenze sfavorevoli di carattere non patrimoniale sofferte dallo stesso.*” Conformemente Ravazzoni, “La riparazione del danno non patrimoniale”, Milano, 1962, secondo il quale il risarcimento del danno morale avrebbe la funzione di un “generico compenso, una specie di controvalore incerto, di ammontare oscillante, per il danno patito”. Detta tesi è sostenuta anche da Bianca, “La responsabilità”, Milano, 1994, p. 173, il quale riconosce che “il danno non patrimoniale è insuscettibile di risarcimento “per equivalente” in senso proprio, non essendo gli interessi lesi misurabili in termini monetari”.

²⁶⁵ Così, tra gli altri, Ponzanelli, “Pena privata”, op. cit., p. 4; Bonilini, op.cit.; Di Majo “Profili dei diritti della personalità” in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.* 1962, p. 69; Patti, “Pena privata” in *Digesto sez. civ. VI ed.*, Torino, 1995, p. 353; Gallo, op. cit., p. 96; Monateri-Bona, “I nuovi danni alla persona”, Milano, 1999, p. 75; Messineo, “Manuale di diritto civile e commerciale”, vol. III, Milano, 1954, p. 585; Trimarchi “Illecito civile” in *Enc. Dir.* XX, Milano 1970, p. 109; e ancora, nel senso di una funzione punitiva del danno non patrimoniale (inteso restrittivamente come danno morale) si veda Corte Cost. n. 184/1986 nella quale viene riconosciuta al danno morale una funzione prettamente punitiva.

di esprimere solidarietà al soggetto danneggiato, e di punire il danneggiante. Secondo questa concezione lo scopo del risarcimento consisterebbe nell'attribuire alla vittima una somma di denaro al fine di avvantaggiarla nel ricrearsi condizioni di benessere sostitutive rispetto a quelle perdute, il tutto sulla base del presupposto che gli interessi lesi non possono in alcun modo essere ripristinati.²⁶⁷

Infine, un'ultima lettura dell'art 2059 c.c. lo ricostruisce alla stregua di una pena privata, in cui la somma di denaro corrisposta a titolo di risarcimento altro non è se non una reazione dell'ordinamento "predisposta per affliggere principalmente il danneggiante o [...] acquetare il sentimento di vendetta del soggetto leso."²⁶⁸

Dunque, le tesi che attualmente si contendono il campo sono quella della funzione satisfattiva e quella della funzione punitiva del danno non patrimoniale²⁶⁹.

²⁶⁶ La tesi è caldeggiata da Salvi "La responsabilità civile", Milano, 1998, p. 31 e ss. e viene fatta risalire a Jhering.

²⁶⁷ Franzoni "Il danno alla persona, Giuffrè, 1995, p. 729: *"questa concezione del risarcimento del danno morale è generalmente accolta in giurisprudenza. [...] Anche quelle sentenze nelle quali sembra preferirsi una finalità risarcitoria, in senso proprio, in realtà accolgono la logica consolatorio-satisfattiva poiché comunque attribuiscono al denaro un valore affatto diverso da quello che ha nel risarcimento del danno patrimoniale."*

²⁶⁸ Bonilini, op. cit., p. 306; Gallo, op. cit..

²⁶⁹ In particolare tra gli autori favorevoli ad una lettura in senso - quantomeno anche - punitivo del danno non patrimoniale figura Franzoni, "Il nuovo corso del danno non patrimoniale", in *La responsabilità civile*, ottobre 2004, pp. 16 e ss.; Idem "Il danno alla persona" cit., p. 723, ove l'autore afferma che *"come è noto le funzioni che sono state attribuite al risarcimento del danno morale sono tre: punitivo- afflittiva, risarcitoria, e*

Al fine, però, di cogliere esattamente il rapporto tra le due menzionate funzioni, occorre precisare che in seno all'ampia categoria del danno non patrimoniale assumono una valenza distinta il danno morale da una parte, e gli altri danni non patrimoniali dall'altra, quali ad es. il danno biologico.²⁷⁰

Sulla scorta di detta distinzione, parte della dottrina ritiene di attribuire una funzione punitiva unicamente al risarcimento del danno morale, mentre riconosce funzione compensativo-satisfattiva alle altre ipotesi di danno non patrimoniale²⁷¹. Secondo questa impostazione, quindi, la natura di pena privata andrebbe riconosciuta solo al danno morale subiettivo, inteso quale *pretium doloris* per le sofferenze patite dal danneggiato e non anche (tra gli altri) al danno biologico.

A conclusioni diverse giunge, invece, altra parte della dottrina,²⁷² la quale ritiene che le componenti afflittive e satisfattive del danno non patrimoniale

consolatorio- satisfattiva. Tra queste, quella che ha maggior longevità è sicuramente la prima.” Con riferimento alla funzione satisfattiva l'autore osserva – come già richiamato in nota 128 che “*questa concezione del risarcimento del danno morale è generalmente accolta in giurisprudenza. [...] Anche quelle sentenze nelle quali sembra preferirsi una finalità risarcitoria, in senso proprio, in realtà accolgono la logica consolatorio-satisfattiva poiché comunque attribuiscono al denaro un valore affatto diverso da quello che ha nel risarcimento del danno patrimoniale.*”

²⁷⁰ Come già osservato (in nota 257) la Cass. con sentenza n. 18641/2011 ha recuperato autonomia concettuale alla categoria del danno morale.

²⁷¹ Così, sinteticamente Ponzanelli, “Pena privata” cit., p. 4. L'autore sostiene che qualificare il danno biologico come figura di pena privata “significherebbe non percepire la profonda differenza di *ratio* e di contenuti sottesi alla figura stessa, assai lontani da quell'idea punitiva ed afflittiva che dovrebbe caratterizzare l'istituto del danno non patrimoniale: il danno alla salute è, infatti, intrinsecamente vicino ad esigenze riparatorie”.

²⁷² Comandè op. cit., p..

siano tutte compresenti (seppure in proporzioni di volta in volta differenti) all'interno di ogni fattispecie di danno non patrimoniale e morale²⁷³.

Prendendo spunto da quest'ultima ricostruzione, ci sembra opportuno svolgere alcune considerazioni, che muovono, a loro volta, da riflessioni maturate in seno all'Analisi economica del diritto.

La tesi che propone di distinguere le funzioni del danno non patrimoniale tra compensativo-satisfattive da una parte, e punitive dall'altra, a seconda che venga in rilievo un danno alla persona ovvero un danno morale, non sembra essere funzionale ad una prospettiva di prevenzione degli illeciti.

Due sono, in proposito, gli elementi che occorre considerare.

Innanzitutto il danno non patrimoniale consta di una alterazione o lesione peggiorativa di beni non suscettivi di valutazione economica, e come tali, pertanto, non riparabili tramite un esborso di danaro (né sostituibili con altri beni, data la loro infungibilità).

²⁷³ Comandè, idem, pp. 912 e s.s, ove l'autore afferma: "deve, quindi, darsi per certa la sussistenza di danni non patrimoniali diversi dal danno morale subiettivo e che hanno finalità palesemente non solamente satisfattive. Nella regola del risarcimento del danno non patrimoniale, dunque sarebbe ravvisabile anche una componente afflittiva." In senso parzialmente conforme Di Bona De Sarzana "funzioni e modelli giurisprudenziali del danno non patrimoniale", in *Danno e Resp.*, n. 6/2004, p.588 e ss. che in nota 31 e 32 evidenzia la complementarietà della funzione sanzionatoria e di quella satisfattiva; Procida Mirabelli Di Lauro "L'art 2059 c.c. va in paradiso", in *Danno e resp.* 2003, p. 831 il quale osserva che secondo la lettura proposta da Cass. 8827 e 8828 del 2003 si rinviene all'interno dell'art 2059 c.c. "una duplice struttura e una duplice funzione: la prima sicuramente punitiva e/o afflittiva [...] che disciplina i soli danni da reato; la seconda tipicamente di *compensation*, che consente di risarcire, sulla base dell'art 2043 c.c. [...] quei danni non patrimoniali che, in assenza di un fatto reato, rappresentino la violazione di interessi costituzionalmente protetti".

Secondariamente, si deve considerare che ogniqualvolta si fissa una somma certa, oggettivamente predeterminata, dovuta a titolo di corrispettivo per l'illecita appropriazione di un bene altrui, si consente al potenziale danneggiante di scegliere, sulla base di un mero calcolo tra costi e benefici, se appropriarsi illecitamente del bene ovvero se acquistarlo attraverso la via dello scambio²⁷⁴: *“chiunque desideri un bene – insomma – potrà scegliere se acquistarlo sul mercato o appropriarsene direttamente, salvo poi a dover devolvere al titolare del diritto una somma pari al prezzo di mercato del bene a titolo di risarcimento del danno.”*²⁷⁵

Questo rischio di ravvicinamento tra costi del contratto e (dell') illecito, giustamente criticato in dottrina da più voci, appare particolarmente temibile in materia di interessi fondamentali della persona (si pensi al diritto alla salute), laddove l'intrinseca infungibilità dei beni coinvolti - e la loro non riparabilità - dovrebbe richiedere una tutela più energica di quella semplicemente compensativa- satisfattoria²⁷⁶.

²⁷⁴ Rileva Gallo, op. cit., p. 66 che l'evoluzione della responsabilità civile ha comportato “una tendenziale assimilazione del regime degli scambi in base al contratto e di quelli viceversa effettuati in base alle regole della responsabilità civile”.

²⁷⁵ Gallo, op. cit., p. 66.

²⁷⁶ Il pericolo di un aggiramento delle regole del mercato è particolarmente evidente in materia di sfruttamento ai fini commerciali dell'immagine altrui. La prassi consolidata di riconoscere alla vittima dell'illecito il diritto ad un risarcimento pari al c.d. “prezzo del consenso” (ossia al prezzo che il soggetto avrebbe richiesto ex ante quale corrispettivo del consenso allo sfruttamento della sua immagine) rischia di incoraggiare la commissione di fatti illeciti. Parimenti, in materia di danno biologico gli attuali criteri di liquidazione tengono conto del prezzo che un soggetto medio è disposto a ricevere per correre determinati rischi. Ma se queste regole risultano accettabili in tutte le ipotesi di

La soluzione proposta dall'analisi economica del diritto è allora quella di applicare i danni punitivi in tutti quei casi in cui l'illecito sia il frutto di una scelta consapevole del soggetto danneggiante, il quale, posto dinnanzi all'alternativa tra il fare ricorso allo strumento negoziale ed appropriarsi illecitamente del bene che desidera, scelga di percorrere la seconda strada. In altri termini, l'utilizzo della pena privata si rende opportuno e necessario in tutti quei casi in cui l'illecito sia di tipo "doloso".

Il ricorso alla pena privata rappresenta, pertanto, un valido strumento per rendere la scelta antigiuridica più onerosa di quella lecita rappresentata dalla ricerca dell'accordo.

E ancora: la considerazione, in sede di quantificazione del danno, della gravità dell'illecito e del grado di colpevolezza del danneggiante, servono a modulare l'entità della sanzione sulla condotta dell'agente in modo da rendere non esattamente prevedibile *ex ante* l'ammontare del "risarcimento".

Sulla base di queste premesse – a parere di chi scrive - sembra preferibile riconsiderare la natura del danno non patrimoniale sotto una prospettiva unitaria che non distingua (ma solo da un punto di vista funzionale) tra danni alla persona e danno morale, giacché ogni partizione interna

illecito colposo, esse si dimostrano palesemente insufficienti rispetto alla repressione di condotte dolose, nelle quali il danneggiante deliberatamente opta per l'appropriazione illecita del bene in luogo della ricerca del consenso dell'avente diritto. La pena privata in questo contesto svolge, allora, una funzione deterrente in quanto rende maggiormente onerosa la scelta dell'illecito rispetto a quella dell'accordo.

rischierebbe solo di indebolire una generale funzione dell'art. 2059 c.c. che dovrebbe essere, in ogni caso, anche preventivo- sanzionatoria.

Concludendo, occorre precisare che, come osserva parte della dottrina, le finalità punitive del danno non patrimoniale non contrastano con la logica satisfattiva *“giacché in tanto si può punire condannando al pagamento di una somma di denaro, in quanto vi sia un destinatario che benefici di tale somma.”*²⁷⁷ Pertanto pare opportuno aderire ad una lettura unitaria delle funzioni del danno non patrimoniale, che riconosca a tutte le fattispecie riconducibili all'art. 2059 c.c.²⁷⁸ una funzione mista, ad un tempo sia satisfattoria, sia punitiva²⁷⁹.

Detta ricostruzione, oltre che preferibile per le già esposte finalità in termini di deterrenza, sembra trovare riscontro nella prassi, ove i giudici, in sede di liquidazione complessiva delle voci di danno non patrimoniale, tengono conto oltre che della gravità della lesione, anche del grado di colpevolezza

²⁷⁷ Franzoni, op. cit. p. 732.

²⁷⁸ Senza distinzioni tra funzioni del danno morale e funzioni degli altri danni non patrimoniali.

²⁷⁹ Così Franzoni, “Il danno alla persona” cit., p. 730 e ss.; analogamente Comandè “Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto” cit. p. 913, il quale ravvisa nella regola del risarcimento del danno non patrimoniale, oltre ad una componente afflittiva, anche una componente satisfattiva, riscontrando negli ultimi anni, una prevalenza della prima sulla seconda. In particolare l'evoluzione giurisprudenziale avrebbe evidenziato “un fenomeno di diversificazione delle finalità del risarcimento del danno non patrimoniale connesso alla diversificazione dei contenuti ascrivibili alla stessa categoria” così da riconoscere “alle diverse finalità peso specifico diverso a seconda della vittima, del danneggiato, della tipologia lesiva e dell'interesse leso: l'obiettivo del risarcimento del danno non patrimoniale sarebbe, per così dire, ad assetto variabile, dipendente da numerosi fattori.”

del danneggiante, nonché delle sue condizioni patrimoniali e dell'arricchimento realizzato a mezzo del fatto illecito,²⁸⁰ rendendo in tal modo non esattamente prevedibile *ex ante* l'entità della sanzione. Essa viene, infatti, adeguata al concreto disvalore espresso dalla condotta, disinnescando in tal modo ogni rischio di una equivalenza tra i costi dell'illecito e quelli di un eventuale contratto²⁸¹.

²⁸⁰ Gallo, op. cit., p. 97. In senso solo parzialmente conforme si veda Cass.13530/2009, in *La Resp. Civ.* marzo 2010, p. 193 e ss., ove i criteri di quantificazione del danno non patrimoniale vengono legati ad esigenze soddisfattive del danneggiato.

²⁸¹ Occorre, per altro verso, ricordare come i criteri di liquidazione del danno biologico siano stati uniformati e predeterminati attraverso l'adozione di tabelle, dapprima elaborate dai vari tribunali (significative quelle del tribunale di Milano) e successivamente predisposte dallo stesso legislatore in seno al codice delle assicurazioni private (D.Lgs. 209/2005). Nondimeno si ritiene importante osservare che, non essendo del tutto risolti i nodi interpretativi che legano il danno biologico al danno morale (talvolta, persino, ritenuto sussistente *in re ipsa*), in sede di liquidazione complessiva dell'intero danno non patrimoniale, i giudici tengono conto della gravità della condotta del danneggiante, giungendo addirittura a liquidare la singola voce relativa al danno morale, in misura superiore rispetto all'ammontare dello stesso danno biologico (sul punto si veda la già citata Cass. 13530/2009 in cui i Giudici di legittimità affermano che "la regola iuris della unitarietà del danno non patrimoniale, affida al giudice un obbligo giuridico di completa ed analitica motivazione giuridica per la ponderazione delle voci del danno giuridicamente rilevanti, tanto più quando vengono in esame varie e contestuali lesioni di diritti umani. Non può stabilirsi a priori il maggior valore del danno biologico rispetto al danno morale, proprio perché quest'ultimo non è soltanto *pretium doloris*, ma anche risposta soddisfattiva alla lesione della dignità umana").

2. Il danno tanatologico.

Un'ipotesi di pena privata di conio giurisprudenziale è quella del risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione, o danno “tanatologico.”

La fattispecie si inserisce all'interno del più ampio *genus* del danno biologico e ne rappresenta – a detta della giurisprudenza di merito e della dottrina che la sostiene – la logica evoluzione in senso satisfattivo-punitivo.

In particolare in talune pronunce si è riconosciuto, ai parenti della vittima, il diritto, *iure hereditario*, al risarcimento del danno non patrimoniale subito dal *de cuius* a seguito dell'illecito.

La questione della ammissibilità del danno tanatologico, però, oltre che sotto il profilo del danno biologico rileva anche *sub specie* di danno morale. Ed infatti, tra le conseguenze dell'illecito, non emerge solo il danno fisico alla persona, ma anche il pregiudizio morale derivante dalla percezione che il soggetto leso ha in ordine alla perdita della propria vita (c.d. “danno catastrofico”).

La Corte Costituzionale²⁸² intervenuta sulla questione – ma solo con riferimento alla risarcibilità del danno biologico da morte, e sulla sua conseguente trasmissibilità *iure hereditario* – ha negato l'ammissibilità del

²⁸² Corte Cost. 372/1994.

danno da uccisione sostenendo la ontologica diversità tra il bene salute, rilevante ex art. 32 Cost, ed il bene vita.

Il primo, a dire della corte, sarebbe risarcibile in quanto - data per scontata la funzione compensativo- satisfattiva del risarcimento - la vittima potrebbe godere delle utilità alternative offertegli dal denaro conferitogli a titolo di risarcimento. Diversamente, nel caso di privazione della vita - sempre secondo la Consulta - difetterebbe ogni presupposto per un risarcimento in favore della vittima giacché, mancando il soggetto che possa godere delle funzioni consolatorie del danaro, il risarcimento verrebbe ad assumere una funzione unicamente punitiva.

La Corte prosegue, quindi, affermando che il danno da morte è risarcibile solo quando lo stesso si atteggi come danno biologico, ossia come danno alla salute, che sfoci successivamente nel decesso della vittima. In tal caso il danno tanatologico verrebbe risarcito alla stregua di una comune lesione alla salute, rispetto alla quale il danaro può utilmente dispiegare le proprie (ritenute) funzioni compensativo- satisfattive²⁸³.

Tali principi giurisprudenziali hanno suscitato il dissenso di una parte della dottrina, la quale ha innanzitutto contestato l'asserita distinzione tra diritto alla salute e diritto alla vita, essendo la salute, null'altro che l'espressione massima della vita stessa.²⁸⁴

²⁸³ In senso conforme anche la successiva giurisprudenza tra cui Cass. 3549/2004.

²⁸⁴ E per converso la lesione massima della salute si risolve nella lesione della vita stessa, essendo quest'ultima il presupposto della prima.

Inoltre si osserva, sotto un profilo più concreto di giustizia sostanziale, che l'accoglimento della tesi proposta dalla Consulta determinerebbe l'aberrante conseguenza per cui è meglio uccidere (*rectius*: uccidere subito, attraverso lesioni che siano immediatamente letali) piuttosto che ferire. E ciò in quanto solo in caso di ferimento sarà dovuto un risarcimento del danno e non anche in caso di uccisione immediata.

Infine, si rileva che la ricostruzione fornita dalla Consulta, risulta non persuasiva nella parte in cui individua il discrimine tra danno tanatologico (non risarcibile) e danno biologico nel decorso di un "*apprezzabile lasso di tempo*".

In proposito si segnala la pronuncia della Corte di Cassazione n. 15760/2006 in cui si osserva, in senso critico rispetto alla citata Consulta, che "*la morte cerebrale non è mai immediata, con (sole) due eccezioni: la decapitazione o lo spappolamento del cervello.*" In tale sentenza si legge, inoltre, che la problematica del danno tanatologico va affrontata tenendo conto della Costituzione europea e del principio di tutela del diritto alla vita, che integra e completa gli artt. 2 e 3 Cost. sulla tutela della persona. Sulla base di questa premessa – e dell'ulteriore principio di prevalenza del diritto europeo sul diritto interno – la Corte pone in evidenza che "la dottrina italiana ed europea che riconoscono la tutela civile del diritto fondamentale alla vita premono per il riconoscimento della lesione come momento costitutivo di un diritto di credito che entra istantaneamente come

corrispettivo del danno ingiusto al momento della lesione mortale, senza che rilevi la distinzione tra evento e morte mediata o immediata”.

Se sulla base di queste aperture ci si attendeva una riconsiderazione dell’orientamento attualmente maggioritario e preclusivo di ogni ipotesi di danno da morte, le S.U., con sentenza 26972/2008²⁸⁵, hanno ribadito l’inammissibilità del c.d. “danno tanatologico”. Con una significativa apertura, però: *“il giudice potrà [...] correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l’agonia in consapevole attesa della fine.”*

Trova così accoglimento, a seguito delle citate S.U., anche il danno morale terminale (trasmissibile *jure successionis*), cui si accennava in apertura del presente paragrafo, avente la funzione di “soddisfare” la vittima della sofferenza psichica subita nei momenti antecedenti la morte. La pronuncia sembra potersi leggere come *“un ulteriore piccolo passo in avanti verso il risarcimento del danno anche in caso di danno da morte.”*²⁸⁶

A parere di chi scrive, le suddette aperture paiono indicative di un progressivo ed ormai inevitabile superamento della tesi dell’irrisarcibilità del danno tanatologico, al quale non potrà che seguire una più generale

²⁸⁵ La sentenza, riprende sul punto la precedente Cass. 6946/2007 in www.altalex.com, 5 aprile 2007 con nota di Viola “Danni da morte: incidente stradale, danno biologico, danno psichico catastrofe”.

²⁸⁶ Così Bordon “Il danno terminale per 24 ore di coma prima della morte”, in *Persona e danno*, del 19.10.2007.

riconsiderazione delle stesse funzioni del danno non patrimoniale, in senso, più esplicitamente, sanzionatorio.

3. L'art. 96 del codice di procedura civile.

Una ulteriore misura sanzionatoria di natura civilistica viene individuata nell'art. 96 c.p.c., il quale dispone che *“se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza”*.

Una parte della dottrina evidenzia come *“la funzione sanzionatoria della responsabilità civile possa penetrare nel nostro ordinamento [...] attraverso due strade [...] costituite dal danno non patrimoniale [...] e dalla responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c.”*²⁸⁷.

In particolare si sostiene la possibilità di rileggere la previsione di cui all'art. 96 c.p.c. non più quale fattispecie del più ampio art. 2043 c.c., bensì come norma autonoma che sanziona abuso del processo, a prescindere dalla prova di un danno effettivo, il tutto secondo una valorizzata dimensione di deterrenza²⁸⁸.

²⁸⁷ Viola “I danni punitivi nella responsabilità civile della pubblica amministrazione dopo la l.n. 69/2009”, in *La responsabilità civile* febbraio 2010, p. 86.

²⁸⁸ Idem: “In questo modo si riuscirebbe ad ovviare ad una situazione in cui la minaccia della condanna al pagamento delle spese processuali non incide efficacemente sui soggetti con rilevanti mezzi economici (come ad es. banche o compagnie assicuratrici). [...] Anzi questi ultimi, anche in considerazione della lentezza della giustizia italiana ben potrebbero cedere alla tentazione di utilizzare il processo in maniera strumentale e cioè a scopo dilatorio, defatigatorio e/o comunque al fine di indurre la controparte ad accettare transazioni penalizzanti”.

La tesi, già accolta in seno a due pronunce del tribunale di Torre Annunziata,²⁸⁹ sembra trovare ulteriore conferma a livello normativo a mezzo dell'art. 46 XX comma, della l.n. 69/2009, che introduce un terzo comma all'art. 96 c.p.c.. La nuova disposizione recita: “*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*”.

La norma viene letta come ulteriore e definitiva conferma dell'esistenza di un potere sanzionatorio del giudice nei confronti di chi abusi dell'istituto processuale - potere la cui natura ben può ricondursi all'istituto dei danni punitivi - anche se non si manca di rilevare²⁹⁰ come più opportuno sarebbe stato un riferimento – da parte del legislatore – all'elemento soggettivo di dolo o colpa grave in capo al soccombente.

È bene osservare come la tesi della natura punitiva della norma in esame stia cominciando a trovare accoglimento tra le sentenze di merito più recenti. In proposito vengono in rilievo, in particolare, le pronunce del Tribunale di Varese e del Tribunale di Piacenza in cui si ravvisa nel novellato art. 96 c.p.c., uno strumento dichiaratamente punitivo (congegnato sulla falsariga dei *punitive damages*) finalizzato a reprimere

²⁸⁹ Sentenze del 24.02.2000, e 14.03.2000, in *Danno e Resp.* 2000, 1121 e 1123.

²⁹⁰ *Idem*, p. 89.

l'abuso del processo.²⁹¹ In Particolare il Tribunale di Varese con sentenza del 22 gennaio 2011 n. 98 ha evidenziato come l'abuso del processo sia causa, ad un tempo, di danni indiretti per l'erario (per l'allungamento dei tempi nella trattazione dei processi e per la conseguente insorgenza dell'obbligo indennitario previsto dalla legge n. 89/2001) e diretti per la controparte. Il decidente rileva che proprio al fine di arginare la prassi dell'abuso del processo, il legislatore ha introdotto, nel nostro ordinamento un danno tipicamente punitivo, la cui funzione viene definita espressamente "sanzionatoria".

Alcuni commentatori hanno, peraltro, osservato che le recenti aperture ai danni punitivi lasciano irrisolto il problema della destinazione delle somme oggetto della sanzione. Infatti, il perseguimento di una finalità ampiamente pubblicistica sembra non giustificare l'attribuzione di una maggiore ricchezza (rispetto all'ammontare del danno) al soggetto danneggiato. Pertanto se l'atteggiamento di netta chiusura nei confronti delle condanne punitive sembra destinato a venir meno, non tarderanno a profilarsi le ulteriori questioni relative alla legittimazione attiva rispetto al conseguimento delle somme "punitive". Attualmente la proposta più ragionevole sembra essere quella di destinare le dette somme alla Cassa

²⁹¹ Trib. di Varese sez. I civ. 22.01.2011 n. 98 est. Buffone; Trib. di Varese, 23.01.2010, in *Foro it.* 2010, VII- VIII, p. 2229; Trib. di Verona, 01.10.2010 e 01.07.2010; Trib. di Roma, sez. XI, civ., 11.01.2010 in *Giur. di Merito*, 2010, 9; Trib. di Piacenza 22.11.2010, in *Guida al diritto*, 2011, 3

delle Ammende, piuttosto che alle parti private, secondo una tesi già sostenuta anche da una parte della dottrina nordamericana.²⁹²

²⁹² Si veda sul punto p. 47 in nota 55.

4. Le pene private nel diritto di famiglia. L'art. 129 bis c.c..

Il diritto di famiglia si caratterizza storicamente per un rapporto difficile e controverso con il sistema della responsabilità civile e con il suo apparato sanzionatorio. Fino ad un recente passato, infatti, si riteneva non applicabile il rimedio risarcitorio a fronte di comportamenti lesivi posti in essere all'interno delle relazioni familiari, e ciò per via di una lettura del diritto di famiglia quale sistema autonomo, dotato di proprie regole e sanzioni. E così, per diverso tempo si è ritenuto che a fronte di condotte di un coniuge gravemente lesive dei diritti dell'altro, l'unico rimedio esperibile fosse la separazione giudiziale, restando in ogni caso esclusa la possibilità di agire per il risarcimento del danno. Il sistema, pertanto, conferiva all'istituto della separazione una finalità marcatamente sanzionatoria, giacché subordinava detta separazione alla presenza della condotta colposa di uno dei coniugi.

A seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 la valenza punitiva dell'istituto è stata considerevolmente ridimensionata, riconoscendosi a ciascun coniuge il diritto ad ottenere la separazione anche in presenza di oggettive situazioni di intollerabilità della vita coniugale, che non dipendano dalla colpa di nessuno dei due.

L'elemento soggettivo continua, peraltro, ad assumere rilievo nei casi in cui venga fatta richiesta al giudice della pronuncia di addebito a carico del

coniuge cui si imputi l'intollerabilità della relazione coniugale, e ciò in conseguenza di comportamenti contrari ai doveri nascenti dal matrimonio.

Di pena privata in senso tecnico, però, all'interno del diritto di famiglia, è possibile parlare solo con riferimento agli artt. 129 bis del codice civile e 709 ter del codice di procedura civile.

Relativamente alla prima disposizione si premette che essa fu introdotta, in sede di riforma del 1975, al fine di colpire quelle violazioni dei doveri di lealtà e correttezza "prematrimoniale". La norma, infatti, dispone il pagamento di una congrua indennità a carico del coniuge a cui sia imputabile la nullità del matrimonio, ed in favore del coniuge in buona fede, indipendentemente dalla prova del danno da questi sofferto. L'ammontare dell'indennità è predeterminato dal legislatore nella misura corrispondente "al mantenimento per tre anni".

Secondo l'opinione di una parte della dottrina²⁹³ la norma avrebbe una funzione quantomeno anche punitiva, poiché l'obbligo di pagare la somma a titolo di indennità nasce in capo al coniuge in mala fede, a prescindere dalla prova di un qualsiasi danno verificatosi nella sfera giuridica dell'altro coniuge²⁹⁴. Inoltre, secondo le tesi in oggetto, la natura "privata" di questa

²⁹³ In tal senso Marti "L'art 129 bis c.c. nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia" in AA.VV. "Le pene private" a cura di Busnelli-Scalfi, Milano, 1985, pp 209 e ss.. Conformemente Gazzoni "Manuale di diritto privato", 2006, p. 351.

²⁹⁴ In tal senso Gazzoni, op. cit., secondo il quale "nel caso di mala fede di un coniuge, costui [...] deve versare una indennità una tantum che ha natura più sanzionatoria che risarcitoria ed è, infatti, dovuta a prescindere dalla prova del danno sofferto". Così anche Marti op. cit., secondo la quale "è nella norma [...] che si ritrova, accanto alla preminente

sanzione, la cui finalità si scorge nella tutela del coniuge di buona fede, ben si accorderebbe con quel processo di “privatizzazione” della disciplina del diritto di famiglia che costituisce “scelta di fondo” dell’intera riforma del 1975.²⁹⁵

Seconda la tesi in esame la funzione sanzionatoria della norma troverebbe conferma nel fatto che il pagamento dell’indennità è subordinato unicamente alla imputabilità della invalidità del negozio ad uno dei due coniugi. Sul significato da attribuire al termine “imputabilità” si riscontra, peraltro, una divergenza di opinioni tra coloro che ravvisano in essa un sinonimo di colpevolezza ovvero di mala fede del coniuge, da intendersi a sua volta come conoscenza della causa di nullità o colposa ignoranza della stessa²⁹⁶; e coloro che, invece, ritengono di attribuire al termine il significato di un “*comportamento oggettivamente contrario alle norme sulla buona fede*”²⁹⁷.

funzione sanzionatoria, un aspetto riparatorio, corrispondente alla menzione del danno e al profilo non sanzionatorio della riparazione del danno non patrimoniale”.

²⁹⁵ Così Marti, op. cit. p. 214.

²⁹⁶ Lanzillo “Il matrimonio putativo”, Milano, 1978, p. 262; De Paola op. cit. 437; Carbone “Il caso: l’esclusione del bonum sacramenti, resa nota all’altro coniuge, fa venir meno in quest’ultimo la buona fede e il diritto all’indennità?”, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 118.

²⁹⁷ Marti, op. cit. p. 215 – 216, secondo la quale l’innovazione legislativa del 1975 ha operato una indubbia dilatazione del presupposto applicativo delle sanzioni endofamiliari tra cui quella ex art. 139 c.c., poiché “*ne ha accentuato il profilo oggettivo espresso dalla mera riferibilità della causa di nullità al coniuge per il quale non si verificano gli effetti del matrimonio putativo*”, il tutto a discapito dell’elemento della colpevolezza. Applicando queste coordinate anche all’art 129 bis c.c. l’autrice conclude nel senso che “*si potrebbe postulare la doverosità di un comportamento corretto tra i nubendi, il cui rispetto*

Non va tralasciato, infine, di ricordare la presenza di un diverso orientamento secondo il quale la norma in esame avrebbe una valenza meramente risarcitoria, costituendo la indennità in oggetto null'altro che una forma di predeterminazione forfettaria del danno²⁹⁸. La tesi muove dall'assunto che un danno per il coniuge in buona fede si è comunque prodotto, essendo unica funzione della norma quella di sollevare il danneggiato da un difficile onere probatorio. La tesi, però, viene contestata da quanti ritengono che così opinando si rischia di reintrodurre una concezione di danno "in re ipsa" che risulta ad oggi superata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

dovrebbe indurre ad evitare la celebrazione del matrimonio nullo, e la cui violazione dovrebbe determinare (una volta annullato il matrimonio) l'applicazione dell'art 129 bis.

²⁹⁸ Patti, voce "Pena privata", cit. p. 358. Così Andrioli, "Legislazione italiana", in *Rass. Dir. civ.*, 1975, V, p.161.

5. *Segue. L'art. 709 ter c.p.c..*

Un'ulteriore fattispecie del diritto di famiglia a cui la dottrina riconosce finalità di tipo afflittivo è quella prevista dall'art. 709 ter c.p.c..

La norma si inserisce nell'arco di un più ampio progetto di riforma, realizzato con la l.n. 54/2006, il cui obiettivo è quello di garantire maggiore effettività, sul piano applicativo, al principio della “bigenitorialità” in materia di affidamento dei figli minori.

In particolare, con l'art. 709 ter c.p.c. si introducono una serie di progressive misure coercitive volte a garantire l'osservanza di quei provvedimenti giudiziali che, avendo ad oggetto, per lo più, comportamenti “infungibili” non sono suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica²⁹⁹.

Sulla natura giuridica delle sanzioni divise dall'art 709 ter c.p.c. si pone ancora una volta il problema di una loro riconducibilità in seno alle pene private, ovvero al modello risarcitorio di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c..

La tesi della natura risarcitoria muove dal dato letterale della norma la quale, al comma secondo n. 2) e 3), espressamente attribuisce al giudice il

²⁹⁹ I. Zingales “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art 709 ter c.p.c.” in *“Il dir. famiglia”* 2009, p. 404, il quale, peraltro osserva che “*il raggio di applicazione della norma non investe soltanto comportamenti e prestazioni di natura infungibile, non rinvenendosi [...] insormontabili ragioni ostative alla utilizzazioni dei provvedimenti in questione anche in caso di inadempimenti di obblighi di natura economica gravanti sui genitori*”. In senso contrario F. Danovi “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)” in *Riv. Dir. proc.* 2008, p. 603.

potere di condannare il genitore inadempiente al “risarcimento” in favore del figlio o dell’altro coniuge. Secondo questa tesi, la norma avrebbe una portata innovativa ridotta, in quanto si limiterebbe a recepire l’ingresso della tutela risarcitoria all’interno del diritto di famiglia. In particolare, secondo detta impostazione, la parte danneggiata (patrimonialmente o moralmente) avrebbe l’onere di provare in giudizio l’esistenza del danno occorsogli in conseguenza dell’inadempimento, ed il relativo ammontare, non essendo ammissibile, secondo principi ormai acquisiti, il risarcimento del danno *in re ipsa*.

Secondo altra corrente di pensiero l’intero apparato sanzionatorio previsto dal comma secondo dell’art 709 ter c.p.c. si caratterizzerebbe per una funzione prevalentemente coercitiva e dunque punitiva delle condotte illecite³⁰⁰. Obiettivo della norma sarebbe quello di garantire l’attuazione del provvedimento giudiziale a tutela del principio della bigenitorialità, e ciò indipendentemente dal prodursi di qualsivoglia conseguenza pregiudizievole in capo al minore o all’altro coniuge. La tesi in esame pone in rilievo inoltre che qualora si propendesse per una lettura in senso risarcitorio della norma, l’intero procedimento ex art. 709 ter c.p.c. risulterebbe notevolmente appesantito, dovendosi accertare l’esistenza e

³⁰⁰ Così A. Graziosi, “I profili processuali della L.n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli”, in *Dir. Famiglia* 2006, p. 1856, secondo il quale “*la funzione coercitiva assolta dall’apparato sanzionatorio introdotto dall’art 709 ter comma 2 c.p.c. implica che le condanne risarcitorie di cui ai n. 2 e 3 abbiano natura prevalentemente punitiva al pari dell’ammonizione e delle pene pecuniarie previste dai n 1 e 4*”.

l'ammontare di un danno difficile da dimostrare³⁰¹. Il tutto si risolverebbe comunque in un depotenziamento di quella valenza coercitiva che il legislatore ha voluto conferire alla norma, in una materia così delicata e nell'interesse di soggetti particolarmente "deboli"³⁰².

Si rileva che ad oggi in seno alla giurisprudenza di merito (seppure non molte siano le pronunce intervenute in materia) non sembrano rinvenibili orientamenti consolidati circa la funzione dell'istituto in esame. Merita, però di essere segnalata la pronuncia del Tribunale di Messina del 5 aprile 2007, secondo la quale *"il risarcimento del danno previsto dai punti 2 e 3 dell'art. 709 ter c.p.c. costituisce una forma di punitive damages ovvero di sanzione privata non riconducibile al paradigma degli artt. 2043 e 2059 c.c."* La pronuncia sembra porsi apertamente in rotta con le affermazioni contenute nella sentenza n. 1183 del 2007, con cui la Corte di Cassazione aveva ribadito l'esclusiva funzione compensativa della responsabilità civile³⁰³. Nondimeno una parte della dottrina ha osservato come tale

³⁰¹ I. Zingales "Misure sanzionatorie", cit. p. 418.

³⁰² Merita infine di essere segnalata una terza linea interpretativa prospettata dal Tribunale di Reggio Emilia con sentenza del 5 novembre 2007. Secondo la pronuncia l'art. 709 ter c.p.c. avrebbe una duplice funzione, ad un tempo sanzionatoria e risarcitoria del grave pregiudizio sofferto dal minore o dal genitore a causa dell'inadempimento. Anche questa tesi, però, sembra cedere, anche se solo parzialmente, alle comode lusinghe del danno *in re ipsa*, consistente, in questo caso, nella semplice violazione del provvedimento giurisdizionale.

³⁰³ Rinviando a più innanzi per una analisi più puntuale della sentenza in esame, se ne riporta in questa sede un breve stralcio: *"Posto che l'idea di punizione e di sanzione è estranea al risarcimento del danno, non può essere delibata, in applicazione dell'ormai abrogato art 797 c.p.c., per contrarietà all'ordine pubblico interno, la sentenza*

pronuncia non abbia negato in via di principio l'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento, essendosi limitata soltanto a sancire l'estraneità della funzione punitiva rispetto alla responsabilità civile. Secondo tale impostazione, non si esclude pertanto la possibilità che una funzione sanzionatoria possa essere svolta da singole disposizioni normative che, espressamente tipizzando fattispecie di pene private, si pongano all'esterno del circuito della responsabilità civile e delle sue finalità strettamente riparatorie.³⁰⁴

Tornando alla norma in esame si rileva che solo i risultati della prassi giurisprudenziale chiariranno la reale dimensione innovativa dell'art 709 ter c.p.c., ossia se la stessa debba ritenersi norma di carattere sanzionatorio, e come tale estranea al circuito della responsabilità civile, ovvero se rappresenti solo una *species* dell'art 2043 c.c..

Infine, ed in senso parzialmente conforme, si segnala una pronuncia del Tribunale di Padova del 3 ottobre 2008, con la quale i giudici patavini nel

statunitense di condanna ai danni punitivi, i quali si caratterizzano per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito" Cass. civ. sez. I 19 gennaio 2007, n. 1183.

³⁰⁴ In tal senso E. La Rosa "Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art 709 ter c.p.c.. I danni punitivi approdano in famiglia?", in *Fam. e dir.* 2004, I, p. 74, la quale rileva che "*i danni punitivi vivono nel nostro ordinamento una condizione di tipicità legale che sfugge alla responsabilità civile*". Peraltro, osserva l'autrice che gli stessi danni punitivi nordamericani sono stati notevolmente ridimensionati dagli interventi della Corte Suprema statunitense, in vista della loro contrarietà con la clausola del XIV emendamento relativa al giusto processo (*due process of law*). Si rinvia sul punto a p. 99 e ss..

condannare ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. un genitore inadempiente alle condizioni di separazione, hanno assimilato la funzione della sanzione in oggetto alle *astreintes* francesi.

In particolare i decidenti hanno sottolineato la funzione marcatamente pubblicistica della norma in esame, la quale sarebbe destinata a rafforzare la cogenza delle statuizioni giudiziali per mezzo della minaccia di una sanzione ulteriore in capo al soccombente, comminabile in caso di suo successivo inadempimento.

Ratio dell'istituto, secondo la tesi in esame, sarebbe quella di tutelare un interesse pubblicistico che si sostanzia ad un tempo sia nel rispetto del *decisum* giudiziale, sia nell'esigenza di assicurare l'adempimento di obbligazioni che sono poste a tutela di precisi interessi generali della collettività. La tesi in oggetto, pertanto individua, nella materia dell'affidamento dei figli minori, la coesistenza di interessi la cui natura è ad un tempo pubblicistica e privatistica, al punto che parte della dottrina ritiene di poter affermare che la disciplina di taluni rapporti familiari sta subendo un processo di "ri-pubblicizzazione", col conseguente ingresso nell'ordinamento di strumenti di *enforcement* di tipo *lato sensu*, "pubblicistici".

6. Le “*astreintes*” e la questione della loro ammissibilità all’interno del nostro ordinamento. L’art. 18 dello Statuto dei lavoratori; le “sanzioni pecuniarie” per l’inottemperanza a provvedimenti giudiziari; le penali in materia di brevetti, marchi e diritti d’autore; le misure sanzionatorie previste dal codice del consumo e in materia di transazioni commerciali.

Come si accennava, la tesi sopra esposta riconduce l’art. 709 ter c.p.c. nel novero di quelle disposizioni che, ricalcando lo schema delle *astreintes* francesi, si configurano come penali di tipo giudiziale, irrogabili per prevenire le eventuali violazioni di provvedimenti giurisdizionali. L’*astreinte* può essere definita come “una condanna pecuniaria accessoria ed eventuale, generalmente fissata a un tanto per ogni giorno di ritardo, che si cumula alla condanna principale nel caso in cui essa non sia eseguita entro il termine prescritto dal giudice e che tende ad ottenere dal debitore, attraverso la minaccia di un aumento progressivo del suo debito, l’esecuzione in natura di una obbligazione che presuppone un suo fare (o non fare) personale”³⁰⁵. L’istituto, di creazione giurisprudenziale,³⁰⁶ si configura come una condanna accessoria e strumentale rispetto

³⁰⁵ Cfr. sul punto Borè, (voce) *Astreinte*, Encyclopédie Juridique Dalloz, civil, II, 1996, p. 2; per ulteriori definizioni si veda Chabas (voce) *Astreinte*, Encyclopédie Juridique Dalloz, 1993, p. 150. Normalmente la condanna principale ha ad oggetto un facere infungibile anche se sul punto la *Cour de Cassation* ha sancito, con una pronuncia del 1990, la irrogabilità delle *astreintes*, anche per rafforzare la cogenza di una condanna al pagamento di obbligazioni pecuniarie. Si noti come il termine *astreinte* derivi dal latino *adstringere* (vincolare).

all'esecuzione di una condanna principale, ed il cui ammontare - determinato discrezionalmente dal giudice anche in misura superiore rispetto al danno subito dalla parte³⁰⁷ - viene corrisposto in favore della stessa parte risultata vittoriosa nel procedimento³⁰⁸.

Sulla base di tali caratteristiche la dottrina ritiene di poter attribuire alle *astreintes* una funzione marcatamente punitiva, finalizzata a disincentivare ogni condotta violativa del precetto giudiziale tramite la prospettazione di una sanzione certa ed ulteriore rispetto allo stesso risarcimento. Ciononostante, e pur a fronte di una diffusa applicazione³⁰⁹, l'istituto viene fatto oggetto di critica da quella parte di quella dottrina francese che ne contesta la compatibilità con i principi di proporzionalità della pena e con quello del contraddittorio.

³⁰⁶ Si ritiene che la prima pronuncia di condanna all'*astreinte* sia stata resa il 25 marzo del 1811 dal Tribunale di Cray.

³⁰⁷ A far data dal 1959 è orientamento consolidato della *Cour de Cassation* quello secondo il quale l'*astreinte* è uno strumento di costrizione da distinguersi dal risarcimento del danno, in quanto rappresenta un mezzo per garantire l'esecuzione della condanna che non ha come fine la compensazione del danno scaturito dal ritardo nell'adempimento, e viene normalmente liquidata in base alla gravità della colpa del debitore inadempiente e alle sue possibilità patrimoniali. Detto orientamento è successivamente refluito nell'art. 34 della L. 91/650 del 9 luglio del 1991 che ha espressamente svincolato l'ammontare dell'*astreinte* da quello del danno cagionato dall'inottemperanza del provvedimento giudiziale.

³⁰⁸ Nel 1972 fu presentata in Senato una proposta di legge diretta ad individuare nello Stato il beneficiario delle *astreintes*, ma non trovò accoglimento.

³⁰⁹ Le *astreintes* francesi trovano applicazione in materia di responsabilità contrattuale, nel diritto di famiglia, nonché in quello industriale e fallimentare. Inoltre le *astreintes* sono state introdotte, seppure con alcune variazioni, anche nei Paesi del Benelux (Belgio, Olanda e Lussemburgo).

Tanto premesso sulla natura e sulle funzioni delle *astreintes* occorre adesso interrogarsi in ordine alla assimilabilità di talune fattispecie di pena privata, presenti nel nostro ordinamento, allo schema di cui all'istituto francese³¹⁰.

In dottrina non si è mancato di evidenziare che la insanabile diversità tra pena privata ed *astreinte* risiederebbe nel carattere non negoziale, bensì giudiziale di questa nella sua “funzione” esclusivamente pubblicistica. Entrambi i rilievi, peraltro, non sembrano convincenti. Come già si è avuto modo di osservare, infatti, le pene private non sono tutte di origine negoziale, né tutte si risolvono nella tutela di interessi privati (si pensi ad esempio alle pene private da danno ambientale), essendo piuttosto rinvenibili nel nostro ordinamento numerose fattispecie di pene private poste a tutela di interessi generali, ed in particolare di intere categorie di soggetti “deboli” (si pensi alle penali in materia di locazione e subfornitura). Pertanto sembra preferibile riconoscere alle *astreintes* la natura di pene private (in quanto comminabili in danno di un privato ed in favore di altro soggetto privato) seppure di fonte legale (in quanto, cioè, irrogate da un giudice in sede di condanna, ma pur sempre sulla base di un potere conferitogli *ex lege*).

Tanto premesso, occorre brevemente passare in rassegna le singole ipotesi di *astreintes* ad oggi rinvenibili nel nostro ordinamento. Della prima

³¹⁰ Nell'ordinamento italiano, infatti, manca una disciplina generale in materia di penali per la violazione di provvedimenti giudiziali, nonostante non siano mancate, in passato,

fattispecie – l’art. 709 ter c.p.c. – si è già detto, evidenziandosi la non univocità di opinioni attualmente presenti in dottrina ed in giurisprudenza.

Tra le altre penali per violazione di un provvedimento giudiziale modellate sullo schema delle *astreintes* parte della dottrina colloca l’art. 18 della l.n. 300 del 1970 (c.d. Statuto dei lavoratori) il quale prevede “*che il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza [...] ovvero all’ordinanza [...] è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento, a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all’importo della retribuzione dovuta al lavoratore*”. Peraltro, nonostante le apparenti analogie con l’istituto delle *astreintes*, la suddetta penale, pur rientrando nel novero delle sanzioni dirette a rafforzare la cogenza di un provvedimento giudiziale, non è ascrivibile al *genus* della pena privata, poiché il beneficiario della sanzione non è lo stesso soggetto danneggiato dalla condotta illecita.

Ulteriore e ben più significativa fattispecie di *astreinte* – e dunque di pena privata - è quella prevista dal nuovo art. 614 bis del c.p.c., introdotto dalla legge del 18.06.2009 n. 69. La norma inserisce all’interno del processo esecutivo uno strumento di coercizione indiretta per l’adempimento degli obblighi di fare infungibili o di non fare. Una delle carenze più gravi del processo civile esecutivo era, infatti, rappresentata dalla inadeguatezza delle tutele rispetto all’adempimento degli obblighi infungibili, di per sé non suscettibili di coazione diretta.

proposte legislative in tal senso. Peraltro gli stessi principi Unidroit consentono al giudice di rafforzare la cogenza dei provvedimenti di condanna; in tal senso l’art 7.2.4..

La novella del 2009 prevede che con il provvedimento di condanna il giudice, su richiesta della parte, fissa la somma di danaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, salvo che ciò sia manifestamente iniquo. La disposizione introduce una forma di coazione indiretta degli obblighi di fare infungibili e di non fare, rafforzando l'effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost..

Secondo le prime osservazioni formulate in dottrina la norma presenterebbe notevoli affinità con le *astreintes* francesi, poiché la somma dovuta dal soccombente che sia ulteriormente inadempiente (ed attribuita al creditore vittorioso) è finalizzata a rafforzare la cogenza dell'ordine giudiziale, e ciò a prescindere dall'entità del pregiudizio sofferto dal creditore. L'ultimo comma della norma dispone, infatti, che il giudice determina l'ammontare della somma "*tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile*". Occorre evidenziare che, in sede di determinazione della somma in questione, il danno quantificato e prevedibile rappresenta solo una delle variabili che il giudice deve considerare ai fini del calcolo della sanzione. Pertanto sembra potersi ritenere che la norma in questione introduca una sanzione di natura quantomeno anche punitiva, e ciò in tutti quei casi in cui il ritardo nell'adempimento non procuri alcun danno nella sfera del creditore (ovvero cagioni un danno di ammontare inferiore rispetto

alla penale stabilita dal giudice). Si rileva, infine, che qualora vi sia la richiesta della parte, il giudice è tenuto a determinare la somma in questione, salvo solo il limite rappresentato manifesta iniquità del provvedimento³¹¹.

Merita di essere menzionato, infine, l'art 11 del D. Lgs. n. 28 del 2010 in tema di mediazione nelle controversie civili e commerciali, il quale sulla falsariga del citato art. 614 bis c.p.c., pone una disposizione che sembra riconducibile allo schema delle penali giudiziali. In particolare la norma, prevede che, in caso di conciliazione, le parti possono convenire “*il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti, ovvero per il ritardo nel loro adempimento*”. La natura della sanzione sembra, peraltro, potersi ricondurre alternativamente allo schema della clausola penale (ossia ad una penale di fonte negoziale, avente titolo nell'accordo), ovvero a quello delle *astreintes* (ossia a quello di una penale di fonte giudiziale). Al di là di ogni profilo dogmatico, sembra comunque non contestabile la funzione quantomeno anche sanzionatorio-deterrente della disposizione in esame, finalizzata ad estendere, all'interno della mediazione civile, il regime di tutela approntato dall'art. 614 bis del codice di procedura civile³¹².

³¹¹ Inoltre il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento della somma dovuta per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione.

³¹² Cfr. Ilaria Pagni “Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione commerciale delle liti e tutela giudiziale dei diritti”, in *Le Società*, n. 5/2010, pp. 619 e ss..

Tra le disposizioni che riconoscono all'autorità giudiziaria la facoltà di rafforzare la cogenza di un provvedimento, disponendo a carico della parte soccombente una sanzione pecuniaria per l'eventuale inosservanza dello stesso, figura quella prevista dall'art 124, II comma, del codice della proprietà industriale. La norma, nel riprendere le ormai abrogate disposizioni di cui agli artt. 86 del R.D. 29.06.1939 n. 1127 e 66 del R.D. 21.06.1942³¹³, stabilisce che il giudice, pronunciando l'inibitoria alla fabbricazione, commercio o uso di cose costituenti violazione di un diritto di proprietà industriale, *“può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”*. Detta penale, conformemente alla logica delle *astreintes*, sembra assolutamente svincolata da ogni profilo risarcitorio, dispiegando unicamente una funzione deterrente rispetto alle future ed eventuali violazioni del provvedimento giudiziale³¹⁴.

Nella medesima prospettiva si colloca, inoltre, l'art. 163 della l.n. 633 del 1941, il quale, in materia di diritti d'autore, dispone che il giudice, nel pronunciare l'inibitoria relativa ad attività poste in essere in violazione di un diritto altrui, *“può fissare una somma dovuta per ogni violazione o*

³¹³ Norme che prevedevano la comminabilità di una sanzione pecuniaria per ogni violazione successiva alla emanazione di un provvedimento risarcitorio, in materia, rispettivamente, di brevetti industriali e di marchi registrati.

³¹⁴ Il Codice della proprietà industriale di cui al D.lgs. 30/2005, è posto a recepimento della direttiva enforcement 2004/48 CE, con la quale l'Unione Europea, a sua volta, si è adeguata all'accordo TRIPS sottoscritto nel 1994, in allegato al WTO.

inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento”³¹⁵.

A conclusioni diverse rispetto a quelle sinora formulate, deve giungersi con riferimento alle sanzioni previste dagli artt. 140 del D.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. “Codice del consumo”) e 8 del D.Lgs. n. 231 del 2002. Entrambe le disposizioni, infatti, pur prevedendo sanzioni pecuniarie il cui ammontare è determinato in ragione di ogni giorno di ritardo nella esecuzione di provvedimenti inibitori ottenuti dalle associazioni di categoria (rispettivamente di consumatori ed utenti da una parte, e delle piccole e medie imprese, dall'altra), stabiliscono che dette penali siano versate in favore di soggetti diversi dai singoli “danneggiati”. In particolare l'art. 140 comma VII del Codice del consumo dispone che le somme in questione siano versate all'entrata del bilancio dello Stato per poi essere riassegnate ad un Fondo presso il Ministero delle attività produttive, volto a finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori. Diversamente – ma con medesima *ratio* – l'art. 8 del D.Lgs n. 231 del 2002 sembra conferire alle stesse associazioni di categoria – e non già al singolo imprenditore - il diritto al conseguimento della penale. Pertanto è da escludere che le suddette

³¹⁵ In particolare, la penale in oggetto, può essere posta a corredo di qualsiasi provvedimento inibitorio, sia cautelare, sia definitivo. Si noti come anche detta norma sia ispirata alle ragioni di cui al citato accordo TRIPS, il quale mira a garantire l'osservanza delle pronunce giudiziali mediante uno strumento sanzionatorio più celere ed efficace rispetto al risarcimento del danno.

sanzioni siano riconducibili alle pene private disegnate sul modello delle *astreintes*.

7. Ulteriori fattispecie: danno ambientale e illecito a mezzo stampa.

Conclusa la nostra breve disamina sulle *astreintes* italiane occorre procedere nella indagine relativa al rinvenimento di ulteriori ipotesi di pene private da illecito aquiliano, all'interno del nostro ordinamento.

Un istituto che per molti anni ha rappresentato un valido referente in materia di danni punitivi è quello del danno ambientale, come disciplinato dall'abrogata L.n. 349 del 1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente.

La norma, nell'affermare che la tutela dell'ambiente costituisce uno dei compiti fondamentali dello Stato, poneva una disciplina peculiare per il risarcimento del danno all'ambiente. In particolare, il legislatore, superando la precedente concezione del danno ambientale come danno erariale di competenza della Corte dei Conti, ha ricondotto il modello risarcitorio sotto lo schema generale di cui all'art. 2043 c.c., attribuendo di conseguenza il relativo contenzioso alla giurisdizione del giudice ordinario. Tratto caratterizzante dell'abrogata normativa è però proprio quello concernente la quantificazione del suddetto danno. L'art. 18 della L.n. 349 del 1986 stabiliva, infatti, che *“qualunque fatto doloso o colposo [...] che comprometta l'ambiente [...] obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato”*. Inoltre, al comma VI si disponeva che *“il giudice ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto*

conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali". Il rilievo attribuito alla gravità della colpa individuale, nonché al profitto conseguito dal trasgressore, hanno rappresentato validi indicatori di una natura non solo risarcitoria del danno ambientale, bensì fortemente connotata da finalità preventive e sanzionatorie³¹⁶. La prospettiva in cui si poneva la norma appariva analoga a quella svolta dai *punitive damages* statunitensi, in materia di responsabilità del produttore. La norma era volta, infatti, a disincentivare attività economiche dannose, ossia produttrici di esternalità negative, mediante la "avocazione" di ogni profitto causalmente legato all'illecito stesso. Il legislatore, nell'adeguare il *quantum* del risarcimento all'entità dell'intero beneficio economico conseguito dal trasgressore, intendeva sottrarre l'onere risarcitorio da ogni possibile computo preventivo in termini di costi e benefici, in modo tale da rendere sicuramente antieconomica ogni violazione delle disposizioni in materia ambientale.

Occorre rilevare, infine, che la natura punitiva dell'istituto non risultava inficiata dal riconoscimento della legittimazione ad agire in capo allo Stato ed in persona del Ministro dell'ambiente. Questi trovava titolo rispetto all'azione nella sua qualità di "*rappresentante e portatore dell'insieme*

³¹⁶ In tal senso P. Gallo "Pene private e responsabilità civile", Milano, 1996, pp. 158 e ss.; S. Patti "La quantificazione del danno ambientale" in *La Responsabilità civile 2010*, pp. 485 e ss.; Tenella Sillani, "Responsabilità per danno ambientale", in *Dig. Disc. Priv.*, Torino 1998, 359 e ss..

*degli interessi della comunità nazionale*³¹⁷. Qualche riserva si è, invece, manifestata intorno alla scelta legislativa di devolvere le somme comminate a titolo di sanzione in favore dello Stato e non già degli enti territoriali (Regioni, province etc.) direttamente lesi. Infatti l'attribuzione del risarcimento allo Stato non garantiva affatto che le somme riscosse fossero poi effettivamente destinate a beneficio delle comunità locali danneggiate. L'opzione normativa è stata interpretata quale indice della volontà di valorizzare la funzione marcatamente punitiva dell'istituto, a discapito di quella risarcitoria, il tutto, secondo la prospettiva afflittivo-deterrente di cui si è detto.

Quanto esposto, se da un lato consente di affermare la natura punitiva del danno ambientale, dall'altro induce a sottrarre l'istituto dal novero delle "pene private", le quali – come già si è detto – si caratterizzano per l'attribuzione della sanzione al danneggiato stesso³¹⁸.

Come accennato, la disciplina del danno ambientale è stata significativamente modificata dal D.Lgs. n. 152 del 2006, il quale ha abrogato l'art. 18 della l.n. 349 del 1986 (eccezion fatta per il comma V relativo ai poteri delle associazioni) sostituendolo con una disciplina

³¹⁷ C. Tenella Sillani, op. cit., p. 369. Secondo l'autrice *"se il danno ambientale viene a ledere interessi collettivi, danneggiato ne risulta essere lo Stato nella sua veste di ente esponenziale dei consociati"*.

³¹⁸ M. G. Baratella "Le pene private", Milano 2006, p. 186.

sanzionatoria modellata entro i tradizionali parametri del risarcimento del danno da illecito aquiliano, secondo lo schema dell'art. 2043 c.c.³¹⁹.

In particolare la novella legislativa dopo aver definito, all'art. 300, il danno ambientale come “*qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima*”, dispone, al successivo art 314 comma III, che “*la quantificazione del danno deve comprendere il pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino*”. Viene meno, pertanto, ogni riferimento in sede liquidazione del danno alla gravità della colpa individuale e al profitto conseguito dal trasgressore, e la sanzione a fronte del danno ambientale torna ad assumere una funzione prettamente riparatoria. Occorre, però, osservare che funzione punitiva dell'istituto non è del tutto venuta meno. Ed infatti l'art. 314 comma III, periodo II, precisa che, ove non sia possibile quantificare il danno collegato al ripristino, esso si presume di ammontare non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione pecuniaria, amministrativa o penale, concretamente applicata. Resta comunque salva la possibilità per il danneggiante di dimostrare che l'entità del danno è inferiore a quella ricavata in via presuntiva. Attraverso la presunzione *iuris tantum*, in

³¹⁹ Peraltro la nuova normativa introduce un sistema binario di sanzioni, prevedendo oltre all'azione risarcitoria, l'alternativa possibilità per il Ministero dell'ambiente di emanare un'ordinanza con cui ingiunga al responsabile il ripristino ambientale entro un dato termine (art. 313 I comma). Qualora il responsabile non provveda, il Ministro con

pratica, si inverte l'onere della prova relativa all'ammontare del danno (ma solo nei casi in cui la quantificazione dello stesso non sia "motivatamente" possibile) il quale potrà essere calcolato a partire dal minimo del triplo della sanzione, spettando al danneggiante l'onere di dimostrare che il danno è inferiore.

Sicché laddove l'ammontare della sanzione risulti superiore al danno effettivo il cui concreto ammontare non viene provato, riemergerà *in nuce* la funzione punitiva dell'istituto³²⁰.

Ciò posto, rimangono forti le perplessità, in dottrina, rispetto ad una modifica legislativa di dubbia opportunità, con la quale si sceglie di ridurre il momento della tutela giuridica ad una fase successiva al danno, piuttosto che privilegiare la via della tutela preventiva e della dissuasione, il tutto in una materia concernente condotte gravemente (e talvolta irreparabilmente) pregiudizievoli di interessi fondamentali.

Tra le più risalenti ipotesi di pena privata rinvenibili nell'ordinamento figura quella disciplinata dall'art. 12 della L.n. 47 dell'8 febbraio 1948, la quale dispone che *"nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 codice penale, una somma a titolo di riparazione. La*

successiva ordinanza, ingiunge il pagamento entro sessanta giorni, di una somma pari al valore del danno accertato o residuo, a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario.

³²⁰ Si veda Patti, op. cit., p. 487, il quale evidenzia, inoltre, che la norma fa riferimento ad una condanna di ammontare "non inferiore" al triplo della sanzione. Ne consegue la

somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato".

Sulla funzione risarcitoria, ovvero sanzionatoria della norma, non vi è unanimità di vedute né in dottrina³²¹, né in giurisprudenza, ove peraltro non mancano recenti ed espliciti riconoscimenti di una natura punitiva dell'istituto in esame³²². Inoltre, la tesi della funzione punitiva sembra avvalorata dal tenore dei lavori preparatori alla suddetta legge, in cui la natura di pena privata viene richiamata espressamente, fino al punto da esser definita da Bettiol come "un'arma efficace per stroncare la mala pianta della diffamazione"³²³. Ma ciò che appare decisivo ai fini del riconoscimento della natura punitiva dell'istituto, è il criterio di liquidazione della somma dovuta "a titolo di riparazione", il quale richiama la gravità dell'offesa e la diffusione dello stampato. In particolare, il tratto caratterizzante della disciplina risiede nel riconoscimento di un'obbligazione pecuniaria ulteriore (e cumulativa) rispetto al semplice

possibilità di comminare sanzioni di entità ulteriormente superiori rispetto al danno effettivamente arrecato.

³²¹ In senso critico rispetto ad una funzione punitiva si veda Jannitti-Piromallo, "La legge sulla stampa", Roma, 1957, p. 121. Favorevole ad una lettura in senso spiccatamente sanzionatorio della norma è Cendon "Pena privata e diffamazione", in Pol. Del dir., 1979, p. 149 e ss.; l'autore ritiene la sanzione pecuniaria uno strumento utile per superare i limiti del rimedio risarcitorio, in tutti i casi in cui la minaccia della riparazione non risulti idonea a far desistere da illeciti comportamenti diffamatori.

³²² Si veda Cass. civ. sez. III 2 ottobre 2001 n. 12196, in Foro it. 2001 p. 3533, ove la riparazione pecuniaria di cui alla l.n. 47/1948 è qualificata alla stregua di una "pena privata".

³²³ Il riferimento è tratto da Baratella, op. cit. p. 141 in nota 105.

risarcimento del danno, il cui ammontare è rapportato alla gravità della condotta stessa del danneggiante e che nei casi più estremi può risolversi nell'obbligo di riversare al danneggiato l'intero profitto ricavato dalla diffamazione.³²⁴

³²⁴ Così Cendon, op. cit. p. 153.

8.L'art. 125 del Codice della proprietà industriale.

A seguito della già menzionata Direttiva “*enforcement*” n. 2004/48/CE con la quale l’Unione Europea si è adeguata all’accordo TRIPS sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, il legislatore ha emanato il D.lgs. 140/2006 il cui art. 17 ha a sua volta modificato l’art. 125 del D.lgs. n. 30/2005 (c.d. “*codice della proprietà intellettuale*”). L’art. 125 c.p.i., intitolato “*Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell’autore della violazione*” dispone al I comma che “*il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall’autore della violazione, e nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici quali il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.*” Inoltre il III comma dispone che “*in ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall’autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento*”. Infine occorre ricordare che anche il nuovo testo dell’art. 158 della legge sul diritto d’autore (l.n. 633/1941) prevede una disposizione analoga.

Entrambe le norme si mostrano fortemente asistematiche rispetto alla disciplina generale della responsabilità civile, in quanto disponendo

l'integrale restituzione del profitto conseguito dall'autore dell'illecito - anche ove superiore rispetto al pregiudizio del danneggiato - assumono una dimensione spiccatamente deterrente e sanzionatoria che poco condivide con le logiche meramente compensative di cui all'art. 2043 c.c..

Secondo una parte della dottrina³²⁵ che valorizza la lettura congiunta dei commi I e III dell'art. 125 c.p.i., infatti, la retroversione degli utili in favore del danneggiato avrebbe una funzione sanzionatoria assimilabile a quella svolta dal “*disgorgement*” negli ordinamenti di *common law*.³²⁶ La norma in particolare, eliminando ogni equivalenza tra costi del contratto e costi dell'illecito, sarebbe finalizzata a disincentivare il ricorso all'illecito e a privilegiare la scelta dell'accordo, il tutto sulla base dell'assunto per cui

³²⁵ Mattei “I rimedi” in Alpa Graziadei et al. “Il diritto soggettivo” nel Tratt. Dir. civ. diretto da Sacco, Torino, 2001, p. 165; Sirena “Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi” in Studi in onore di C. M. Bianca, IV, Milano, 2006, p. 831, in cui l'autore pur non condividendo la natura di pena privata dell'art. 125 c.p.i., lo annovera tra i rimedi restitutori tipici del common law (e tra cui figura l'istituto del *disgorgement*); Cfr. Caringella- Buffoni, “Manuale di diritto civile”, cit. p. 1129; Cfr. Di Cataldo, “Risarcimento del danno e diritti di proprietà intellettuale”, in “Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato” a cura di Maugeri Zoppini, 2009. L'autore osserva che “*i danni punitivi da lesione di diritti di proprietà intellettuale (il discorso potrebbe non valere per altri danni punitivi, che pure sono presenti in vari sistemi compreso il nostro), nel sistema americano [...] trovano una delle loro giustificazioni non nella volontà di premiare il danneggiato, né nella volontà di punire il contraffattore, ma solo nella consapevolezza, perfettamente nota a chi ha esperienza di quel genere di attività dannose che sono le contraffazioni di diritti di proprietà intellettuale, che il danno processualmente liquidabile rappresenta normalmente una porzione soltanto del danno vero che rimane in gran parte sommerso, e quindi non viene risarcito. Il danno punitivo [...] ha una funzione di correzione della sottostima del danno imposta dai fatti e dalle regole del processo*”.

³²⁶ Si veda il Capitolo 6.

“*tort must not pay*³²⁷”. Si è, infatti, evidenziato, in dottrina, che la smaterializzazione dell’attività economica ha determinato la sempre più marcata insufficienza del tradizionale rimedio risarcitorio a sanzionare l’illecito, consentendo a chi dispone di particolari abilità di ricavare profitti superiori ai danni causati. In una funzione di deterrenza rispetto a condotte di questo tipo, si pone pertanto l’art. 125 c.p.i., che generalizzando – seppure *ratione materiae* - il sussidiario e residuale principio che vieta l’arricchimento senza causa di cui all’art. 2041 c.c., sembra recepire l’impostazione rimediale propria del *common law*³²⁸.

³²⁷ Si è già osservato a proposito del “*disgorgement*” come le soluzioni offerte dall’Analisi economica del diritto sembrerebbero in apparenza contraddire la logica “restitutiva”, e ciò in quanto secondo una prospettiva di benessere economico potrebbe risultare opportuno che la maggiore ricchezza sia trattenuta da chi l’ha prodotta. In realtà, sia considerazioni di “giustizia correttiva” (*tort must not pay*) sia valutazioni giuseconomiche di più ampio respiro (che tengano conto anche dei costi sociali che l’incertezza del diritto determina: aumento della conflittualità, spese eccessive per la prevenzione degli illeciti e fuga dai settori produttivi che non offrono sufficienti tutele), inducono a guardare con favore all’istituto del disgorgement e all’omologo art. 125 c.p.i..

³²⁸ In proposito si veda Sirena “La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)”, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 309, il quale osserva che “*anziché sovraccaricare la responsabilità risarcitoria di una funzione punitiva che è ad essa costitutivamente estranea, come pure si è proposto, occorre allora integrarla dall’esterno con rimedi restitutori fondati sulla gestione d’affari e sull’azione generale di arricchimento senza causa i quali depurati dalla loro originaria caratterizzazione quasi-contrattualistica di atti leciti diversi dal contratto si rivelano mezzi di tutela idonei a realizzare finalità preventive e deterrenti dell’illecito*”.

Sul punto, peraltro, non va tralasciato di ricordare come parte della dottrina³²⁹ si spinga ben oltre, ritenendo di potere scorgere nella disposizione di cui all'art. 2041 c.c. una clausola generale che in omaggio al divieto di arricchimento in danno altrui obbliga alla restituzione di ogni profitto illecito. Questa tesi viene suffragata dalla mancanza di ogni riferimento all'elemento soggettivo dell'arricchito, da parte dell'art. 2041 c.c.. Questo dato viene interpretato quale elemento indicativo della possibilità di estendere la norma in materia di arricchimento anche alle ipotesi in cui un elemento soggettivo doloso o gravemente colposo sia riscontrabile in capo all'arricchito³³⁰. In tal modo – secondo la tesi in esame – in presenza di un illecito doloso o colposo si darebbe al danneggiato la facoltà di scegliere se esercitare l'azione risarcitoria di cui all'art 2043 c.c., ovvero (nei casi in cui il pregiudizio subito risulti inferiore rispetto all'arricchimento del danneggiante) quella di arricchimento ex art. 2041 c.c.. A sostegno di questa tesi – minoritaria sia in dottrina sia in giurisprudenza – si rileva che altrimenti opinando, il nostro ordinamento risulterebbe non in grado di reprimere quelle tutte quelle condotte illecite in cui il profitto sia superiore rispetto al danno cagionato, e che per tale ragione possono suscitare una certa attrattiva da parte dei soggetti potenziali danneggianti.³³¹

³²⁹ Cfr. Sacco "L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto", Torino, 1959.

³³⁰ Caringella-Buffoni, "Manuale di diritto civile" cit. p. 1128.

³³¹ Ivi p. 1127.

CAPITOLO 9

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come è emerso nel corso del presente lavoro l'ordinamento italiano attribuisce alle "pene private" una modesta portata applicativa, non paragonabile all'omologo istituto di *common law* dei *punitive damages*. Infatti, al di là di talune tipiche fattispecie, manca attualmente un riferimento normativo su cui fondare una generale funzione punitiva della responsabilità civile.

Nonostante ciò si è avuto modo di osservare che in almeno tre casi la funzione sanzionatoria della responsabilità civile sembra superare i limiti della suddetta eccezionalità, lasciando aperti i margini per una riflessione sulle funzioni che il sistema responsabilità può svolgere in chiave di deterrenza: si tratta della clausola penale, del danno morale e non patrimoniale e del novellato art. 96 del codice di procedura civile.³³²

L'ambito applicativo particolarmente ampio dei suddetti istituti rappresenta infatti, un valido argomento per porre in discussione la funzione solamente risarcitoria della sistema responsabilità e per accostare, (anche se solo sul

³³² Cfr. Ponzanelli "I danni punitivi" in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata (NGCC), p. 31; Viola "I danni punitivi nella responsabilità civile della pubblica amministrazione dopo la l.n. 69/2009" in *La responsabilità civile*, p. 85 e ss.; Viola "Danni punitivi e funzione sanzionatoria della responsabilità civile della P.A." in *Giustizia amministrativa*, p. 1096. Per approfondimenti si rinvia al Capitolo 8 sub A) §. 2 e sub B) §. 7.

piano funzionale) le suddette fattispecie di pena privata ai *punitive damages*. Naturalmente detta analogia deve tener conto delle caratteristiche degli ordinamenti giuridici di riferimento, sicché ogni “trapianto” dai sistemi giuridici angloamericani a quello italiano non può che (allo stato attuale) ritenersi precluso.³³³ Di ciò è consapevole la Corte di Cassazione che, chiamata a pronunciarsi sulla delibazione di una sentenza di condanna ai danni punitivi, ha disposto il rigetto della relativa istanza, motivandolo con la contrarietà dell’istituto sanzionatorio all’ordine pubblico interno³³⁴. In particolare la Corte di Cassazione ha respinto ogni accostamento tra clausola penale e danno morale da una parte, e i danni punitivi dall’altra, respingendo le tesi “sanzionatorie” che sono state formulate relativamente ai due istituti italiani.

In realtà, però, la Suprema Corte, nel proclamare che il giudizio di responsabilità civile ha una funzione solo riparatoria, sembra obliterare l’intero dibattito sulle funzioni della responsabilità civile che, svoltosi negli anni settanta del ventesimo secolo, giunse a evidenziare che le finalità di deterrenza non sono affatto estranee ai principi della responsabilità civile stessa³³⁵. In particolare si deve a Guido Calabresi e a Pietro Trimarchi la

³³³ Si consideri ad esempio che una piena adesione al modello dei *punitive damages* incontrerebbe, in Italia, un ostacolo nella mancanza di una solida tradizione giuseconomica. Si veda, in proposito, Ponzanelli “I danni punitivi”, in *NGCC* 2008, p. 27.

³³⁴ Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183 in *Europa e diritto privato* n. 4/2007, p. 1129.

³³⁵ Ponzanelli “I danni punitivi” cit. “ Se le finalità della responsabilità civile sono non solo riparatorie ma anche deterrenti, allora uno spazio minimo non può non esserci perlomeno

prima ampia riflessione sugli incentivi che il diritto deve configurare rispetto alla prevenzione dei danni che possono seguire allo svolgimento di attività pericolose. Nel pensiero di Calabresi, infatti, il problema della distribuzione dei costi derivanti dagli illeciti e quello della loro prevenzione, venivano affrontati in misura congiunta attraverso la continua ricerca di un equilibrio tra le (apparentemente) diverse esigenze di riparazione del danneggiato e di prevenzione degli illeciti. In particolare l'autore nel proporre che le perdite economiche causate da fatti illeciti non intenzionali dovessero essere distribuite nella società attraverso un sistema assicurativo, evidenziava, già allora, la necessità che l'ammontare dei relativi premi venisse differenziato in ragione delle diverse categorie di soggetti e dei rischi tipici di ciascuna di esse. Secondo l'impostazione di Calabresi, in sintesi, gli obiettivi della distribuzione del rischio e della prevenzione degli incidenti sono coniugabili attraverso una ripartizione del rischio assicurato che tenga conto delle specificità delle categorie degli assicurati stessi. Secondo l'autore, in pratica, la via della deterrenza è perseguibile anche all'interno di un sistema che distribuisce i costi degli incidenti attraverso i meccanismi assicurativi, a condizione che i relativi premi siano differenziati in ragione della categoria dei potenziali danneggianti, in misura tale che i soggetti sottoposti a un maggior rischio di incidenti saranno chiamati a pagare premi più elevati. Secondo il

a livello di discussione, al fine di verificare come gli obiettivi di deterrenza possono essere concretamente raggiunti.”

ragionamento di Guido Calabresi, quindi, ad una maggiore differenziazione dei premi corrisponderebbe un maggiore incentivo in chiave di deterrenza, mentre, specularmente, ad una minore differenziazione degli stessi (a cui farebbe seguito una distribuzione dei costi del danno su una fascia più ampia della società), corrisponderebbe una minore efficacia del risarcimento in chiave di deterrenza.³³⁶

A fronte di queste interessanti riflessioni, nondimeno, il sistema italiano della responsabilità civile ha finito col tempo per privilegiare il momento solo riparatorio dell'istituto, accantonando quasi completamente quella funzione preventivo- sanzionatoria che pure ne rappresenta un ineludibile completamento³³⁷. A questa lettura radicalmente riparatoria aderisce, come abbiamo visto, la stessa Corte di Cassazione, le cui motivazioni, però, nella parte in cui collocano le finalità punitive e deterrenti fuori dai compiti istituzionali della responsabilità civile sollevano, *“le maggiori perplessità della migliore dottrina, ad avviso della quale questa affermazione non pare*

³³⁶ Cfr. Marini “Gli anni settanta della responsabilità civile. uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte II), in *Riv. crit. dir. priv.* 2008, p. 230 e ss..

³³⁷ Ponzanelli “L’attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza” in *NGCC*, 2006, p. 295, in cui l’autore sottolinea come “anche la responsabilità civile italiana come quella nordamericana ha preferito, però concentrare l’attenzione sulle finalità riparatorie dell’istituto”; Marini, op. cit. il quale sottolinea la “tendenza complessiva della cultura giuridica (di sinistra, ma non solo) a sottovalutare, fino quasi ad ignorare del tutto, alcuni caratteri dell’analisi di Calabresi. E stranamente si tratta proprio di quelli che più ne evidenziano la matrice realista.”

rispettosa della dinamicità della responsabilità civile.”³³⁸ In effetti l’argomento fornito dalla Corte sembra non tener conto degli ormai numerosi interventi normativi con cui il legislatore positivizza l’operatività - nel nostro ordinamento - di strumenti rimediali in grado di sanzionare l’illecito anche oltre i limiti della mera logica riparatoria.³³⁹ Si comprende, pertanto, la delusione manifestata da alcuni autori all’indomani della citata pronuncia.³⁴⁰ In particolare, parte autorevole della dottrina non ha mancato di sottolineare come la riscoperta delle sanzioni punitive private si giustifichi non solo sul piano dell’opportunità, ma anche su quello della legittimità alla luce dell’art. 25 della Costituzione. Quanto al primo profilo si è rilevato come la rivalutazione delle pene private sia conseguenza di

³³⁸ Pardolesi “Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?” in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 353.

³³⁹ Ci si riferisce (tra gli altri) ai già esaminati artt. 125 c.p.i., 96 c.p.c., 614 bis c.p.c., 709-ter c.p.c..

³⁴⁰ Cfr. Ponzanelli “Danni punitivi” cit., p. 25 e ss.. L’autore rileva che la sentenza non pare destinata a porre fine al dibattito sulle funzioni della responsabilità civile. Sembra piuttosto che sino ad ora non siano stati sufficientemente valorizzati gli indici normativi su cui fondare una più ampia riflessione sulle pene private, complice una radicata diffidenza verso l’istituto in esame. Sicuramente, in proposito, un dato appare significativo: Le ultime pronunce della Suprema Corte degli Stati Uniti hanno evidenziato la volontà della giustizia federale di limitare l’ammontare delle condanne punitive. Attraverso il ridimensionamento delle dette condanne, “forse l’ostilità nei confronti dei danni punitivi potrebbe scemare in modo assai consistente e conseguentemente dovrebbero essere rivisti i giudizi negativi basati unicamente sulla esclusiva funzione riparatoria delle regole di responsabilità civile.” (Ponzanelli “I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Phillip Morris della Corte Suprema americana” in *Foro it.* 2008, p. 180).

quel fenomeno di “inflazione penalistica”³⁴¹ che ha spinto la stessa dottrina ad auspicare la netta riduzione delle fattispecie penali in ossequio a quel principio di frammentarietà e sussidiarietà che dovrebbe informare l’intero diritto penale³⁴². In quest’ottica si è ben evidenziato come l’auspicata contrazione dell’area del penalmente rilevante potrebbe dar luogo a pericolosi vuoti di tutela, colmabili proprio da una ritrovata valorizzazione delle pene private.³⁴³

Sotto il diverso profilo della legittimità del ricorso alle pene private, si è già da tempo evidenziato come il principio di tipicità della sanzione penale di cui all’art. 25 Cost. non sia invocabile nella materia in oggetto, essendo la funzione della norma costituzionale, unicamente quella di tutelare la libertà personale del soggetto.³⁴⁴

Sgomberato il campo da tali pregiudiziali questioni, sembra trovare conferma ancora una volta l’assunto in forza del quale – contrariamente a quanto sostenuto dalla Cassazione - le funzioni di deterrenza non sono e non possono essere del tutto estranee alla disciplina della responsabilità

³⁴¹ Vedi Ponzanelli “Pena privata” in *Enc. Giur. Treccani* XXII, 1990, p. 1; Padovani “*Lectio brevis* sulla sanzione” in “Le pene private” Milano, 1985, p. 55 e ss; Bricola “La riscoperta delle pene private nell’ottica del penalista”, in “Le pene private” cit., p. 27 e ss., il quale sottolinea “la necessità di ridurre l’area di operatività del carcere” e di individuare strumenti, anche civilistici che siano idonei ad indurre l’autore potenziale del danno ad astenersi dal comportamento dannoso in tutti i casi in cui la misura del risarcimento è inferiore al profitto dell’iniziativa illecita.

³⁴² Bricola, “La riscoperta delle pene private nell’ottica del penalista”, cit. p. 32; Gallo “Pene private e responsabilità civile”, cit., p. 23.

³⁴³ Bricola idem, p. 42; Gallo cit., p. 27.

civile³⁴⁵. Ovviamente occorre considerare che *“soltanto in presenza di un indice normativo sicuro, il giudice può concedere una somma superiore al danno sofferto dalla vittima; a lui è preclusa una facoltà generale di concedere risarcimenti punitivi.”*³⁴⁶

D'altra parte una riflessione ad ampio spettro sulle funzioni della responsabilità civile non può non tener conto delle recenti evoluzioni che attraversano il settore del diritto commerciale, da sempre maggiormente incline alla effettività delle tutele.

In particolare, il settore della proprietà industriale conosce ormai da tempo l'istituto della pena privata, che viene pacificamente accettato in quanto collocato in una dimensione inibitoria che è ritenuta imprescindibile ai fini di una effettiva tutela dei diritti della proprietà industriale. Rileva autorevole dottrina³⁴⁷ che *“L'investimento in attività di ricerca [...], l'investimento nella creazione e diffusione di nuove opere dell'ingegno [...] e l'investimento in qualità del prodotto [...] vengono programmati*

³⁴⁴ Bricola, cit. p. 50.

³⁴⁵ Cfr. Ponzanelli “I danni punitivi” cit. p. 31, in cui l'autore sostiene che “l'ammissione di un potere di concedere punizioni monetarie che superino il danno effettivamente subito contrasti con l'essenza della responsabilità civile. Il contrasto, però, non pare assolutamente cogente: sono ammesse, infatti, situazioni in cui il giudice possa concedere tali somme. C'è bisogno sempre, tuttavia, di un'intermediazione legislativa la quale concentrandosi sulla condotta e sull'attività del danneggiante, possa legittimar tale potere. E qui [...] non si può non si può non affrontare nuovamente il tema dell'art. 2059 c.c..

³⁴⁶ Ponzanelli, idem, p. 32.

³⁴⁷ Di Cataldo “Risarcimento del danno e diritti di proprietà intellettuale”, in “Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato” a cura di Maugeri e Zoppini, p. 274.

bilanciando i possibili profitti degli eventuali esiti positivi delle attività stesse ed i costi di tali attività. Ma i possibili profitti possono essere conteggiati per intero, in questo bilancio, solo se i diritti di esclusiva attribuiti dalle regole della proprietà intellettuale sono dotati di piena effettività. Se invece i diritti di proprietà intellettuale non sono pienamente protetti [...] l'investimento risulterebbe scoraggiato. Inoltre "Se il contraffattore è un operatore economico più efficiente del titolare del diritto di proprietà intellettuale, egli potrebbe anche, in presenza di un sistema che garantisca al titolare una piena compensazione del suo mancato profitto, pianificare un'attività contraffattoria per sé vantaggiosa pur considerando il suo obbligo di risarcire il titolare del mancato guadagno." A fronte di questi presupposti la risposta sanzionatoria che il nostro diritto positivo fornisce, risulta pienamente ispirata a quel principio di matrice anglosassone che è stato menzionato in apertura della presente ricerca: *"tort must not pay."* Quindi, come è facile osservare, il nostro ordinamento (o almeno determinati suoi settori) non risulta sempre e del tutto impermeabile rispetto alle riflessioni maturate in sede di analisi economica del diritto³⁴⁸.

Sulla base di queste premesse appare ineludibile, a questo punto della trattazione, fare un passo ulteriore e collocare l'intero esito del presente

³⁴⁸ Si veda in proposito Di Cataldo cit. p. 275, il quale rileva che questa risposta sanzionatoria è comune anche ad altri tipi di attività di impresa illecite, quali le attività concorrenziali e quelle creatrici di inquinamento.

studio all'interno di una riflessione di più ampio respiro, oggetto di recente dibattito, eppure, anch'essa, risalente ai lavori di Guido Calabresi. Il riferimento è ai rapporti tra *private enforcement* e *public enforcement*, ovvero tra *general deterrence* e *specific deterrence*, ossia ancora, tra funzione regolatoria del "mercato" e funzione regolatoria del legislatore. Occorre, in sostanza, interrogarsi su quale possa essere, ad oggi, la linea di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato sotto il profilo della deterrenza. Ovviamente non è questa la sede per affrontare un simile problema, ma sembra opportuno, nondimeno, evidenziare come la tradizionale partizione tra diritto pubblico e diritto privato sia già stata revocata in discussione all'interno del settore della normativa antitrust.³⁴⁹ Ciò che in dottrina viene posto in evidenza è, innanzitutto, la fungibilità dello strumento privatistico e di quello pubblicistico sul piano astratto delle funzioni: ossia che l'utilizzo dell'uno o dell'altro strumento giuridico costituisce il frutto di una mera scelta di politica del diritto. Ciò posto, alcuni autori pongono in luce le diverse conseguenze che sul piano degli effetti vengono a prodursi a seconda del modello di regolazione che viene

³⁴⁹ Zoppini "Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato", cit. p. 10. L'autore ricorda che il Libro Bianco della UE "in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust" prende atto che i poteri sanzionatori affidati alle autorità amministrative indipendenti possono non adeguatamente prevenire i comportamenti anticoncorrenziali e assume che solo la reazione di quanti subiscono un pregiudizio a valle dell'illecito nella forma delle azioni risarcitorie individuali e di classe, determina sulle imprese un incentivo economico adeguato ad assicurare il rispetto effettivo delle regole della concorrenza."

prescelto dal legislatore. Nel caso del modello pubblicistico o di *public enforcement* occorrerà innanzitutto predeterminare, in ossequio ad un principio di tipicità, la fattispecie concretamente disvolta; inoltre il rimedio pubblicistico necessita di un sistema burocratico accentrato ed oneroso. Infine, il regolatore pubblico è spesso oggetto di “cattura” da parte dei portatori degli interessi regolati, di cui talora può coonestare i comportamenti, piuttosto che reprimerli.

Diversamente l’adozione di un modello di *private enforcement* determina (tra le altre) la duplice conseguenza di un sistema di controllo decentrato, in cui l’iniziativa è rimessa al singolo soggetto danneggiato, il quale tanto più sarà chiamato a vigilare, quanto maggiori saranno per lui gli incentivi posti in essere dal legislatore, e di un risparmio di spesa per i costi della pubblica amministrazione.

Se nel settore della regolazione dei mercati, le riflessioni della *Law and Economics*, sembrano tener vivo il dibattito intorno alle funzioni di deterrenza della responsabilità civile, sul piano della tutela dei diritti della persona, invece, il nostro ordinamento continua a far registrare una pressoché totale assenza di riflessioni e di contributi. Nondimeno autorevole dottrina rileva che le valutazioni svolte con riguardo alla regolazione del settore dell’antitrust, possono risultare utili anche ai fini di una riconsiderazione delle funzioni della responsabilità civile e più in particolare dello stesso rimedio risarcitorio. In proposito si evidenzia,

infatti, che *“il tema del private enforcement appare capace di offrire una diversa e ulteriore prospettiva ricostruttiva del rimedio risarcitorio, atteso che nell'imporre una considerazione del (e nel) mercato giustifica una lettura dell'istituto che non si limiti alla funzione meramente indennitaria.”*[...] *Infine dalle considerazioni svolte se ne può trarre più d'uno spunto per riconsiderare in termini problematici il riconoscimento delle sentenze civili di giudici stranieri che realizzano una finalità di deterrenza, a iniziare dalle sentenze che condannano ai danni punitivi.*”³⁵⁰

Come già accennato, le considerazioni sin qui riportate si riallacciano ancora una volta alle riflessioni di Guido Calabresi il quale, già quarant'anni or sono, contestava radicalmente la distinzione tra l'area privata costituita dal mercato ed il mondo “pubblico” della legislazione statale, sostenendo che *“la scelta tra metodo di mercato e metodo collettivo è sempre frutto di una decisione di policy.”*³⁵¹

Vengono in mente, in proposito, le parole di Carnelutti il quale nel definire i rapporti tra diritto civile e diritto penale, così scriveva: *“la verità è peraltro che questi e quelli credon d'esser ben chiusi a casa propria e invece sono quasi sempre nella grande casa comune. Non v'è forse tra le*

³⁵⁰ Zoppini “Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato”, cit. p. 24.

³⁵¹ Marini “Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte II)” cit., p. 238. L'autore rileva che *“a dispetto della critica continua a cui è stata costantemente sottoposta la dicotomia continua a sopravvivere, svolgendo una sottile funzione retorica perché permette di continuare a tenere separati una serie di rapporti, ascritti all'area privata, rispetto ad altri, ascritti invece al pubblico, con la conseguenza rilevante di negare nella prima la legittimità dell'intervento regolativo”*.

*partizioni teoriche del diritto un'altra come questa, del diritto civile e del diritto penale, che apparendo compiuta e profonda, sia invece limitata e relativa.*³⁵²

³⁵² Carnelutti, "Il danno e il reato", Padova, 1926.

BIBLIOGRAFIA

- BARATELLA M.G., “Le pene private”, Milano, Giuffrè, 2006;
- BENATTI F., “Correggere e punire. Dalla law torts all’inadempimento del contratto”, Milano, Giuffrè, 2008;
- BIANCA C. M., Diritto civile, V, “La responsabilità”, Milano, Giuffrè, 1994; BONILINI G., “Il danno non patrimoniale”, Milano, Giuffrè, 1983;
- BUSNELLI F. D. SCALFI G., “Le pene private”, Milano, Giuffrè, 1985;
- CALABRESI G., “Il costo degli incidenti”, Milano, Giuffrè, 1975;
- CARNELUTTI F., “Il danno e il reato”, Padova, 1926;
- COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., “Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile”, Bologna, Il Mulino, 1999;
- DE CUPIS A., “Il danno”, Milano, Giuffrè, 1979;
- FRANZONI M.: “Il danno alla persona”, Giuffrè, 1995;
- FREZZA G., PARISI F., “Responsabilità civile e analisi economica”, Milano, Giuffrè, 2006;
- GALLO P., “Le pene private e responsabilità civile”, Milano, Giuffrè, 1996;

PARDOLESI P., “Profitto illecito e risarcimento del danno”, Trento, Università degli Studi di Trento, 2005;

PONZANELLI G., “Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale”, Cedam, 2007;

SACCO R., “L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto”, Torino, 1959;

SALVI C., “Il danno extracontrattuale”, ed. Jovene, 1985;

TRIMARCHI P., “L’arricchimento senza causa,” Milano, Giuffrè, 1962;

TRIMARCHI P., “Rischio e responsabilità oggettiva”, Milano, Giuffrè, 1961.

Articoli

ALBANESE B., “Illecito (Storia)”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1960, pp. 53 e 83;

ALPA G., “Dove va la responsabilità civile?” in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, p. 175;

BARCELLONA M., “funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul concetto di danno aquiliano”, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, p. 211;

BENATTI F., “Danni punitivi e class action nel diritto nordamericano” in *Analisi giuridica dell’economia* n. 1/2008;

BOBBIO N., voce “Sanzione”, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1969, 530;

BUSNELLI F.D. PATTI S., “Danno e responsabilità civile” Torino, 1997;

CASTRONOVO C., “Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale”, in *Europa e diritto privato* 2008, p. 315;

CATTANEO M., “Pena (filosofia)” in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1982, p. 701;

CENDON P., “Pena privata e diffamazione” in *Politica del diritto*, 1979, p. 149;

CENDON P., “L’araba fenice. Più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani” in *NGCC* 2010, p. 1;

CERAMI P., “Profili storici della responsabilità civile” in *Europa e dir. priv.* 2008, p. 454;

CERRAI C., “Punitive damages nell’affidamento condiviso” in *Ventiquattrore avvocato il sole 24 ore*, n. 11/2008 p. 8;

CHABAS F., “Le pene private in Francia”, in *Rivista di Diritto privato*, 1999, III, p. 349;

COMANDE' G., "Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto", in *Contratto e impresa*, 1994, p. 870;

DI BONA DE SARZANA, "Funzioni e modelli giurisprudenziali del danno non patrimoniale", in *Danno e resp.* 2004, p. 585;

DI MAJO A., "La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente", in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 291;

FAROLFI, "L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?" in *Famiglia e diritto*, n 6/2009 p. 610, commento a tribunale di Padova 03.10.2008;

FRANZONI M., "Il danno non patrimoniale del diritto vivente" in *Corr. Giur.* n. 1, 2009;

GALGANO F., "Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali" in *Contratto e impresa* 1987, p. 531;

GALGANO F., "penale e civile nella legislazione valutaria", in *Politica del Diritto.*, 1976, p. 576;

GAVAZZI G., voce "Sanzione" in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1992;

GIUSSANI A., "Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito", in *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo*

del diritto, incentivi, premi, sanzioni, a cura di Monateri e Somma, p. 1031;

GIUSSANI A., “Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma” in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.* 2005, p. 525;

LA ROSA E., “Il nuovo apparato rimediale introdotto dall’art 709 ter c.p.c.. i danni punitivi approdano in famiglia?” in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 60;

MARINI G., “Gli anni settanta della responsabilità civile, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008, pp. 23 e ss.;

MAZZAMUTO S., “Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale” in *Europa dir. priv.* 2008, p. 374;

MESSINETTI D., “Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio dell’ingiustizia tradito”, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, p. 555;

MOSCATI E., “Pena (diritto privato) in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano 1982, pp. 770 e ss;

PARDOLESI R., “Debiti di valuta e danno da svalutazione” in *Foro italiano* 2008, I, nota a Cass. 19499 del 16 luglio 2008;

PARDOLESI P., “Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?” in *Rivista Critica di Diritto privato*, 2007, p. 341;

PARISI, MATTIACCI, “*Mass torts* e responsabilità per danno ambientale: una analisi economica” in *Danno e resp.* 1/2009, p. 13;

PATTI S., “Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale”, AA.VV. “Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11.11.2008 nn. 26972/3/4/5”, Milano, 2009, p. 297;

PATTI S., (voce) “Pena privata” in *Digesto Civile*, XIII, 1995, p. 349;

PATTI S., “Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione” in *La responsabilità civile*, 2009, p.165,

PONZANELLI G., “Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle Sezioni Unite” in *Danno e resp.* 5/2008, p. 558;

PONZANELLI G., “Il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale” in *Danno e resp.* 2/2005, p. 126;

PONZANELLI G., “L’attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza” in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2006 parte II, p. 293;

PONZANELLI G., “La lettura costituzionale dell’art 2059: il significato e i problemi” da *NGCC* 2007, p. 247;

PONZANELLI G., “Non riconoscimento dei danni punitivi nell’ordinamento italiano: una nuova vicenda” in *Danno e resp.* 1/2009 p. 92, commento a Corte d’Appello di Trento del 16.08.2008;

PONZANELLI G., “I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema Americana” in *Foro italiano*”, 2008, 3, p. 179;

PONZANELLI G., “I danni punitivi” in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 2008, II, p. 25;

PONZANELLI G., “Pena privata” in *Enciclopedia giuridica*, XXII, Roma, 1990;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., “L’art. 2059 va in paradiso”, in *Danno e resp.*, 2003, 831;

SCALISI VINCENZO, in *Rivista di diritto civile* n. 6, 2009 p. 674;

SCOGNAMIGLIO R., “Danni alla persona e danno morale” in *Rivista di diritto privato* 3/2008;

SCOGNAMIGLIO R., “Illecito (diritto vigente) in Noviss. Dig. It., vol VII, Torino, 1962;

SERIO M., “La responsabilità civile e la stagione dei doveri” in *Europa e Dir. privato*, vol. II, p. 401;

SIRENA P., “La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano) in *Riv. Dir. Civ.* 2006, p. 305;

SIRENA P., “Note critiche sulla sussidiarietà dell’azione di arricchimento” in *Rivista Trimestrale di diritto processuale civile* 2005 p. 105;

SIRENA P., “dalle pene private ai rimedi ultracompensativi” , in *Studi in onore di C. M. Bianca*, 2006, p. 824;

SIRENA P., “Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell’arricchimento senza causa” in *Rivista di diritto civile*, 2006, p. 531;

SMORTO G., “Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in *civil law e common law*” in *Europa e Dir. privato* 2008, 2;

SPOTO G., “I *punitive damages* al vaglio della giurisprudenza italiana” commento a Cass. 1183/2007 in *Europa e diritto privato* n. 4/2007;

TALAMANCA, voce “Pena (diritto romano, pena privata) in *Enciclopedia del diritto* XXXII, Milano 1960, 732

TRIMARCHI, voce “Illecito”, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, p. 107 e ss.;

TUCCI, “Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente”, in *Danno e resp.* n. 7/2004, 701 e ss.;

VILLA G., “Il danno risarcibile nell’azione collettiva” in *Danno e responsabilità* 1/2009, p. 11;

W. CESARINI SFORZA., “Risarcimento e sanzione”, in “Scritti giuridici in onore di Santi Romano”, 1939, p. 149;

ZINGALES I., “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell’art 709 ter c.p.c.”, in *Il diritto di Famiglia e delle persone*, 2009, p. 404 .