



# Università degli studi di Salerno

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

DOTTORATO DI RICERCA  
SCIENZE GIURIDICHE  
XXX CICLO

TESI DI DOTTORATO

“Dall’illecito efficiente ai *punitive damages*.  
Il risarcimento del danno da illecito *antitrust*”

TUTOR

Ch.mo Prof. Roberto Rosapepe

DOTTORANDA

Angela Ricciardi

COORDINATORE

Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

*Anno Accademico 2017-2018*

## INDICE

### CAPITOLO I

#### L'ILLECITO EFFICIENTE

1. Profili introduttivi ..... pag. 4
2. La tradizionale lettura del 2043: la funzione riparatoria ... pag. 8
  1. Una recente conferma giurisprudenziale  
della funzione compensativa della responsabilità  
civile: *la compensatio lucri cum damno*..... pag. 21
3. Arricchimento senza causa. I suoi limiti..... pag. 30
4. Alla ricerca della soluzione perduta..... pag. 40

### CAPITOLO II

#### I RIMEDI PROSPETTATI DAL FORMANTE DOTTRINALE

1. Premessa..... pag. 44
2. La pionieristica soluzione avanzata dal Sacco..... pag. 46
  - 2.1 Una recente applicazione giurisprudenziale della teoria  
del Sacco ..... pag. 53
3. Non è tutto oro quello che luccica ..... pag. 55
4. La riscoperta della responsabilità civile, in una  
visuale futura e futuribile ..... pag. 65

## CAPITOLO III

### L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE E LA FUNZIONE MULTIPOLARE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE

1. Le pene private: una categoria dagli incerti confini ..... pag. 78
2. Il primo tentativo del legislatore di colmare le  
lacune individuabili nell'ordinamento italiano in  
relazione alla tematica dell'illecito efficiente:  
la riparazione pecuniaria *ex art. 12* della legge  
sulla stampa..... pag. 83
3. L'art 125 codice della proprietà industriale ..... pag. 87
4. Il risarcimento del danno *ex art. 158 l.a.*..... pag. 102
5. Il Danno Ambientale: natura e funzioni  
nell'evoluzione legislativa ..... pag. 113
6. Ulteriori rimedi aventi carattere squisitamente  
Sanzionatorio..... pag. 121
7. «Funzione una e trina (e forse più) della  
responsabilità civile»: l'avvento delle Sezioni  
Unite del 5 luglio 2017 n. 16601 ..... pag. 132

## CAPITOLO IV

### I PUNITIVE DAMAGES SONO COMPATIBILI CON L'ORDINE PUBBLICO

1. I danni punitivi: questi (s)conosciuti..... pag. 140
2. I danni punitivi negli ordinamenti di *Common Law* ..... pag. 144
  - 2.1 Regno Unito ..... pag. 144

2.2 Stati Uniti .....	pag. 149
3. Il <i>disgorgement</i> e la sua funzione <i>quasi – punitive</i> .....	pag. 158
4. Il percorso dei danni punitivi: dai dinieghi opposti dalla Cassazione alla compatibilità con l'ordine pubblico .....	pag. 166
5. La lettura a compasso allargato del rimedio aquiliano ...	pag. 183
4.1 Segue: “le verità” svelate dall’Analisi Economica del Diritto .....	pag. 194

## CAPITOLO V

### ILLECITO ANTITRUST, PROFITTO ILLECITO E DANNI PUNITIVI

1. Profili introduttivi .....	pag. 206
2. Cenni sulle novità introdotte dal D.Leg. del 19 gennaio 2017 n. 3 intervenuto in attuazione della direttiva 2014/104 UE .....	pag. 214
3. Sull’efficacia vincolante delle decisioni dell’Agcm.....	pag. 224
4. Rilievi critici .....	pag. 236
5. La nuova disciplina del risarcimento da illecito <i>antitrust</i> e la funzione deterrente .....	pag. 247
6. Risarcimento del danno <i>antitrust</i> , profitto illecito e dubbi di compatibilità costituzionale .....	pag. 261
Conclusioni .....	pag. 272
Bibliografia.....	pag. 308
Giurisprudenza .....	pag. 347

# CAPITOLO I

## L'ILLECITO EFFICIENTE

### 1. Profili introduttivi

Talvolta la commissione di un illecito produce a favore del danneggiante un beneficio superiore rispetto ai costi che derivano in conseguenza dello stesso. Il riferimento è, in particolare, a quelle ipotesi in cui il vantaggio economico conseguito da chi abbia agito illecitamente risulti di gran lunga più consistente – in termini di profitto – della perdita subita dal titolare del diritto.

Alla stregua della teoria gius-economica un'azione è efficiente se produce un incremento della ricchezza collettiva maggiore di quella consumata<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In questo senso si esprime POSNER, *Economic analysis of law*, New York, 2002 (si ricorda che questo testo è stato pubblicato per la prima volta a Boston nel 1973). La nascita del movimento dottrinale che prende il nome di *Law and Economics*, è tradizionalmente ricondotta alla nota opera di R. Coase afferente alla problematica dei costi sociali (R. COASE *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, 1-44, consultabile anche in <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>) e alla riflessione effettuata da G. Calabresi in tema di responsabilità extracontrattuale (G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, in *Yale law journal*, 1 – 1 - 1961 499, consultabile anche [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers)).

Secondo la prospettiva dell'Analisi economica, i problemi giuridici debbono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi d'efficienza economica delle molteplici soluzioni ipotizzabili. Da questo confronto, effettuato con modalità analitiche “prese a prestito” dalla scienza economica, emergerà la scelta più efficiente, ossia quella in grado di garantire a ciascun soggetto coinvolto il maggior numero possibile di vantaggi. Il movimento della *law and economics*, quindi, promuove l'applicazione dell'analisi economica in aree che, precedentemente, erano considerate estranee allo studio dei mercati. L'analisi economica del diritto, da un punto di vista metodologico, trasla gli apparati concettuali e i metodi empirici dell'economia allo studio del diritto. Da un lato, si osservano gli effetti delle norme sul normale funzionamento del sistema economico, dall'altro, si utilizza lo strumento dell'analisi economica per pervenire ad una migliore comprensione del sistema giuridico.

In altri termini, mediante il confronto tra i diversi esiti economici derivanti dall'applicazione della norma giuridica, si indentificano le modalità con cui la stessa deve essere indirizzata in modo da garantire il massimo vantaggio alle parti.

L'economia fornisce, in tal guisa, il rigore analitico necessario per l'indagine e la comprensione dell'ordinamento giuridico, di modo da addivenire ad una valutazione critica del diritto.

In particolare, secondo R. A. Posner l'analisi economica del diritto si basa sulla comune assunzione secondo la quale gli individui sono massimizzatori razionali. Il criterio di massimizzazione della ricchezza dovrebbe illuminare l'azione giudiziaria e l'interpretazione dei fenomeni giuridici. In tale prospettiva, l'opinione dell'Autore presuppone un approccio alle relazioni giuridiche basato sul diritto di proprietà. La

È noto che metodologicamente l'analisi economica del diritto trasla gli apparati concettuali e i metodi empirici dell'economia allo studio del diritto, conferendo, dunque, a quest'ultimo rigore analitico. In questa prospettiva gli individui sono massimizzatori razionali. È proprio il criterio della massimizzazione della ricchezza a dover guidare l'azione giudiziaria e l'interpretazione delle norme giuridiche.

Coerentemente, la commissione di un illecito, se idonea a produrre a favore del danneggiante un beneficio superiore rispetto ai costi che derivano in conseguenza dello stesso, si presenta come un'azione efficiente perché determina un incremento della ricchezza collettiva maggiore di quella consumata.

Tale teorica per quanto non priva di capacità di fascinazione, in quanto in grado di cogliere la naturale interazione che sussiste tra diritto ed economia, non sembra comunque accettabile in quanto determinerebbe un irreparabile pregiudizio alla certezza e alla stabilità degli scambi economici<sup>2</sup>.

Pertanto, profili particolarmente intricati si dischiudono nelle ipotesi in cui il profitto ricavato dall'autore dell'illecito superi l'entità del danno cagionato al danneggiato.

L'affermazione secondo cui il danneggiante è tenuto al risarcimento della perdita subita dalla vittima dell'atto illecito<sup>3</sup>, unitamente al fatto che

---

commissione di un illecito se idonea a produrre a favore del danneggiante un beneficio superiore rispetto ai costi che derivano in conseguenza dello stesso si presenta come un'azione efficiente perché produce un incremento della ricchezza collettiva maggiore di quella consumata. Si veda anche FREZZA e PARISI, "Responsabilità civile e analisi economica", Milano, 2006; COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*", Bologna, 1999.

<sup>2</sup> In questo senso v. BARUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili* in *Riv. Dir. Ind.*, 2007, I, 186; P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. Ind.*, 2005, 38; SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2009, I, 155 e 156.

<sup>3</sup> Dà conferma di questa regola l'art. 2043 c.c. che forgia la regola generale alla stregua della quale nessuno può incidere negativamente nell'altrui sfera giuridica. La violazione di detta regola obbliga al risarcimento del danno.

chi si è arricchito a danno di un altro soggetto deve indennizzare nei limiti della correlativa diminuzione patrimoniale (*ex* 2041 c.c.) dà la stura alla complessa problematica del cd. “arricchimento da fatto ingiusto”<sup>4</sup>.

In altri termini, nell’ordinamento italiano il danno è *prius* logico e al contempo limite ontologico dell’obbligazione risarcitoria in quanto la misura dell’effetto giuridico proprio della responsabilità è determinata dall’entità del fatto che lo produce<sup>5</sup>.

Dunque la funzione compensativa traccia i limiti del risarcimento del danno e finisce col plasmare una lacuna difficilmente fronteggiabile con il ventaglio dei rimedi apprestati dall’ordinamento<sup>6</sup>.

Appare evidente che il danneggiante potrà, stante il paradossale silenzio del legislatore<sup>7</sup>, trattenere l’ingiusta locupletazione e conseguentemente sarà incentivato alla violazione in quanto fonte di un vero e proprio “utile”.

Ciò significa che non si realizza alcun effetto deterrente nelle ipotesi in cui l’autore dell’illecito possa produrre nuova ricchezza senza distruggere quella di un altro soggetto, come può accadere specialmente

---

<sup>4</sup> Una lettura densa di spunti critici in chiave comparatistica è offerta da P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto lecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2006, n. 3, 523 ss. Inoltre, per una pregevole analisi ricognitiva del concetto di arricchimento da fatto illecito, v. TRIMARCHI, *L’arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 1147.

<sup>5</sup> Sul punto v. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 878.

<sup>6</sup> Per i principali orientamenti emersi sul punto v. CASTRONOVO *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all’arricchimento*, in *Dir. Ind.*, 2003, 7, 15 ss.; GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riverzione degli utili*, in *AIDA*, 2000, 174; LO SURDO *Arricchimento e lesione del potere di disposizione in merito ad una recente indagine*, in *Danno e resp.*, 2000, 700 ss.; SACCO *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 114 ss.; SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999; TRIMARCHI, *L’arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 54; TROIANO, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell’arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, IX- 2000, pag. 207.

<sup>7</sup> Osserva P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto lecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, cit., 523 che «tale affermazione trova puntuale conferma nelle soluzioni adottate tanto nell’esperienza giuridica tedesca quanto in quella di *common law*, che si sono trovate a fronteggiare le difficoltà legate alle ipotesi di arricchimento da fatto illecito attraverso, rispettivamente l’*Eingriffskondition* e il *disgorgement*».

nel diritto industriale (si pensi all'illecito sfruttamento della proprietà industriale e intellettuale e all'illecito *antitrust*).

A tal riguardo, non sembra un fuor d'opera osservare che proprio in tali settori altri ordinamenti predispongano strumenti aventi finalità non solo deterrenti, ma anche sanzionatorie: il riferimento è in primo luogo ai danni punitivi<sup>8</sup>.

Quanto osservato contrasta con una evidente ed irrinunciabile esigenza di giustizia sostanziale lumeggiata dalla massima, prima morale che giuridica, in virtù della quale la violazione di un diritto altrui non può essere occasione di guadagno per l'autore della violazione stessa<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Così SIRENA, *Il risarcimento dei cd danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, 533. I danni punitivi nascono nel sistema anglosassone e si ispirano al principio secondo cui a nessuno deve essere data la possibilità di trarre profitto da una propria condotta illecita: il danneggiato, così, ha la possibilità di ottenere una condanna esemplare contro il responsabile di un comportamento *contra legem* particolarmente grave. Ricorre tale figura «quando la condanna prevede il pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia e in genere da un rilevante danno sociale (...) si vuole punire una certa condotta per il suo carattere doloso, oppressivo, oltraggioso, o per la gravità del danno sociale arrecato soprattutto quando mancherebbe altrimenti un'effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli abituali parametri» (così PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 2004, 351). Riveste un ruolo nevralgico l'identificazione dell'elemento psicologico che sorregge la condotta lesiva, ossia il dolo o la colpa grave, evidente indice rivelatore del dispregio dell'autore dell'illecito verso le norme giuridiche e sociali. Non è un caso che il concetto di danno punitivo proviene da un ordinamento giuridico dove la distinzione tra diritto civile e diritto penale è particolarmente sfumata, conseguentemente alla condanna al risarcimento del danno è attribuita anche una funzione punitivo – sanzionatoria (dettata dalla volontà di stigmatizzare la condotta di chi realizza profitti attraverso il compimento di atti illeciti) e preventivo – deterrente (al fine di evitare che altri soggetti siano incentivati a tenere comportamenti analoghi). Sul punto *ex multis* P. PARDOLESI, *Danni punitivi*, in *Dig. Disc.priv., sez. civ.*, Torino, 2007, 453.

<sup>9</sup> In questo senso v. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 205; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 65 e ss. Sempre in questo senso P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 43 osserva che «proprio tali considerazioni sollevano interrogativi di carattere etico – giuridico a dir poco inquietanti: perché premiare la scaltrezza e il cinismo di chi, attraverso una condotta tanto razionale quanto illecita, abbia violato il diritto altrui al solo fine di realizzare un profitto più vantaggioso? Perché incentivare il proliferare di comportamenti della medesima matrice e, ancora, come assicurare la certezza e la stabilità degli scambi economici?». In argomento anche SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 9 ss. il quale afferma: «Sempre in linea di giustizia, l'arricchimento spetta al soggetto leso tutte le volte che quel determinato processo produttivo fu attuato contro il suo volere: [...] il soggetto leso che per principio voleva che quel processo non si attuasse, pronto a rinunciare al conseguente arricchimento, aveva già operato una scelta economica ravvisando nell'inattività del suo bene il modo più idoneo a garantirgli il massimo di ofelimità. Non è giusto che dopo aver perduto l'ofelimità che il bene gli assicurava rimanendo inattivo, perda anche quei vantaggi che il bene procura attraverso il processo produttivo voluto dall'autore della lesione».

Proprio al fine di comprendere pienamente i profili problematici della questione appare opportuno scrutare i limiti dei rimedi che a prima vista verrebbero in rilievo.

## 2. La tradizionale lettura del 2043: la funzione riparatoria

La responsabilità civile<sup>10</sup> configura la reazione<sup>11</sup> dell'ordinamento giuridico alla lesione di un interesse meritevole di tutela; la conseguenza è che il soggetto agente ha l'obbligo di risarcire il danno provocato.

---

<sup>10</sup> Essere responsabili significa rispondere delle conseguenze derivanti da un determinato evento. Il termine responsabilità deriva dal latino “*respondeo*”, rispondo. In effetti, la responsabilità è la risposta dell'ordinamento ad un fatto che viola i precetti giuridici posti dallo Stato. In questi termini FRANCESCHETTI, *La responsabilità civile*, Maggioli, 2009, 13 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 171 e ss. Sul punto si veda anche VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2014, 11 e ss., secondo la quale «Nel linguaggio comune il termine responsabilità indica la condizione di chi deve render conto sul piano umano, morale o giuridico, di fatti, attività ed eventi di cui si è reso autore e subirne le conseguenze. Nel linguaggio tecnico giuridico il termine responsabilità civile evoca l'idea di un danno subito da qualcuno con l'obbligo di ripararlo a carico di qualcun altro».

In luogo del termine responsabilità civile vengono indistintamente utilizzate numerose espressioni: responsabilità civile o per danni, responsabilità extracontrattuale o responsabilità aquiliana, responsabilità da risarcimento del danno o per fatto illecito. Per una ricostruzione delle diverse applicazioni dei termini si rinvia a RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 40 e ss. Per ulteriori riflessioni sul termine responsabilità civile si v. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma – Bari, 2003, 67 e ss.

<sup>11</sup> Alla responsabilità extracontrattuale si oppone la responsabilità contrattuale. Questa netta bipartizione trova il suo fondamento nel sistema delle fonti.

Mentre, la responsabilità contrattuale è disciplinata dal Libro IV, Capo III del codice civile – dedicato alle obbligazioni - invece, la responsabilità extracontrattuale o aquiliana è disciplinata dal Libro IV, Titolo IX, Dei fatti illeciti. Il riferimento è rispettivamente al 1218 c.c. e al 2043 c.c. E' noto che la distinzione è foriera di rilevanti ricadute applicative si pensi: alla ripartizione dell'onere della prova, al termine prescrizione, alla risarcibilità dei danni imprevedibili e alla modalità di costituzione in mora del debitore. Nonostante parte della dottrina evidenzi la necessità di distinguere con chiarezza i due paradigmi di responsabilità (Il riferimento è tratto da DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 4.), è opportuno precisare che l'evoluzione del sistema tende sempre più ad avvicinare e, talvolta, a sovrapporre tali due rimedi (sul punto si veda ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 75).

Il riferimento è all'avvento della teoria del contatto sociale (per l'analisi della quale si rinvia a RINALDI, *Gli obblighi di protezione e la responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Magistra* n. 2/2014, 19 s.s.) che ha condotto ad un ampliamento dell'ambito applicativo del regime della responsabilità contrattuale rendendo i confini tra tali due categorie sempre più incerti e labili (Si veda BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. Civ. prev.*, 1977, 784 e ss.; ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 15 e ss.; VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'Enc. Giur. Treccani, XXIV, Roma 1990; ID, *Cos'è la responsabilità civile*, cit., 17 e BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1993, 13 e ss.)

A tal riguardo Cesare Salvi scriveva che «Tale tendenza non può essere sottovalutata perché è frutto di una significativa trasformazione del modo di intendere i fatti costitutivi delle due figure di responsabilità.

Nell'ambito dell'art. 2043 c.c.<sup>12</sup> è scolpito il principio generale del *neminem laedere*, il quale regola il fatto illecito in senso ampio ed atipico. Si tratta, infatti, di una norma che affiancandosi e combinandosi con altre (Costituzione, codice civile, leggi speciali e comunitarie) produce un

---

Incidono qui processi di ampia portata, riassumibili nel passaggio dalla cultura giuridica dello Stato liberale (nel quale obblighi e doveri del privato sono solo quelli rigorosamente riconducibili alla duplice fonte dell'atto di autonomia o della norma di legge generale o astratta) a quella dello Stato sociale, segnata dalle esigenze di protezione dei consociati e dalla più ampia fiducia nelle tecniche giudiziali di controllo sull'attività dei privati. Ne discende un diverso modo di considerare i fatti costitutivi della responsabilità, in entrambi i campi. [...] La tradizionale distinzione tra le figure di responsabilità, fondata sull'alternatività tra il generale divieto dell'*alterum non laedere* (tutela dei diritti assoluti) e l'esigenza di rispettare un obbligo specifico nei confronti di un soggetto predeterminato (tutela dei diritti relativi), sembra dunque sfumare; e l'estendersi di zone di confine (perché di dubbia attribuzione o perché rette dalle regole del cosiddetto cumulo o concorso, quando lo stesso fatto risulta lesivo tanto di diritti derivanti dal contratto quanto di diritti che non hanno la loro fonte nel contratto: Cass. Sez. Un. 14 maggio 1987, n. 4441) ha indotto a dubitare del valore concettuale, sia dell'opportunità legislativa della distinzione». (In questi termini SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2005, 11e ss.)

Si assiste ad un fenomeno di contrattualizzazione della responsabilità extracontrattuale (l'espressione è di RINALDI, *Gli obblighi di protezione e la responsabilità da contatto sociale qualificato*, cit., 20).

Giova rilevare, tra l'altro, che recentemente la teorica del contatto sociale ha conquistato anche un settore ove la giurisprudenza aveva sempre manifestato un atteggiamento riluttante, il riferimento è alla responsabilità precontrattuale. La *Cass. civ., I sez., 12 luglio 2016, n. 14188* (consultabile in *Banca Dati DeJure*) ha sancito che la responsabilità precontrattuale (specificatamente quella della P.A.) deve essere collocata nell'ambito del paradigma della responsabilità contrattuale, in quanto trae origine da un «contatto sociale qualificato», quale fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c.

E' stato così scardinato l'orientamento tradizionale che ha sempre ricondotto tale tipologia di responsabilità nell'ambito del 2043 (Sul punto si veda tra gli altri ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: aliquid novi?*, in *Dir. civ. cont.*, 18 novembre 2016).

D'altro canto, la prospettiva comparata dà conferma del progressivo avvicinamento tra tali due rimedi.

«In *common law* la distinzione tra *contract* e *tort* è assai labile e spesso ondivaga [...] per ragioni storiche la distinzione tra effetti del *tort* ed effetti del *contract* e quindi tra danno contrattuale per inadempimento e danno aquiliano non si è mai radicata. Essa vive una autentica crisi anche in Francia, sì che nei manuali più accreditati si mette in guardia il lettore dalle illusioni di una classificazione tanto precisa quanto praticamente poco utilizzabile. In realtà, da più di un secolo la dottrina francese discute della dualità o dell'unità delle nozioni di responsabilità e molti autori si sono schierati per la tesi intermedia che esprime, si dice, lo stato del diritto positivo. In altri termini, non esisterebbe una differenza per "natura" tra le due obbligazioni, ma solo una differenza di regime. In Francia [...] André Tunc muove dalle incertezze espresse dalla dottrina inglese e nordamericana; ricorda che già all'inizio del secolo Marcel Planiol aveva enunciato in modo pionieristico – l'assurdità e l'inutilità della distinzione; e documenta la tormentata analisi degli autori francesi che nei loro manuali dedicano molto spazio a questo problema», si legge in G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 60 e ss.

Sul problema del cumulo o del concorso delle responsabilità si rinvia a CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 69; DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1963, 249 e ss e MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989.

<sup>12</sup> In particolare l'art. 2043 è una disposizione che rinviene le proprie origini nel diritto romano specificamente nella "*Lex Aquilia De Damnum*", tradizionalmente collocata nel 286 a.c., con la quale venne introdotto il "*damnum iniuria datum*". (Per ampi riferimenti sul punto v. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, 1017 e ALPA, *Diritto delle responsabilità civile*, cit., 44 e ss).

articolato sistema di tutele<sup>13</sup>. L'istituto della responsabilità civile, infatti, si regge su una clausola generale capace di adeguarsi attraverso l'attività di mediazione accertativa della giurisprudenza<sup>14</sup> ad una moltitudine di esigenze ed interessi nuovi.

Tale rimedio ha assunto significati e ruoli diversi a seconda degli elementi di matrice ideologica o empirica presenti nel contesto di riferimento.

In età arcaica, la responsabilità si "misurava" con il rispetto dei valori morali e religiosi appartenenti alla collettività; dall'inosservanza dei precetti socialmente riconosciuti e condivisi nasceva un giudizio di colpa, che provocava il pentimento e il tormento dell'animo<sup>15</sup>.

Nei secoli, la responsabilità aquiliana è stata depurata di quel carattere di «sacralità» di cui era stata permeata per lungo tempo, così da scoprirne il fondamento nella proprietà dei beni e nella difesa del patrimonio<sup>16</sup>.

Le azioni dei consociati sono state così valutate non più alla luce del loro significato interiore, bensì per il risultato esterno che generano al quale corrisponde non una semplice disapprovazione, ma un vero e proprio dovere di risarcimento<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Per un approfondimento Cfr. ALPA, BESSONE e ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Rescigno*, in *Obbligazioni e contratti*, VI, Torino, 1995, 20 e ss. e FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja, Branca e Galgano*, Bologna-Roma, 1993, 24 e ss.

<sup>14</sup> ALPA, *La creatività della giurisprudenza*, in *Vita not.*, 1995, 1085, scrive che il settore della responsabilità è quello del diritto privato in cui si registra la maggiore creatività della giurisprudenza. In questo senso MONATERI, GIANTI, SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, 17 discorrono della r.c. come il "magnifico giocattolo della dottrina".

<sup>15</sup> VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, cit., 11, infatti, afferma che «In una concezione originaria la r.c. era legata alla responsabilità morale».

<sup>16</sup> Tale mutamento genetico della responsabilità civile ha avuto delle ricadute applicative anche in punto di disciplina dell'elemento psicologico. In questa fase, l'emancipazione del rimedio dai principi di ordine morale ha condotto all'emersione di forme di responsabilità senza colpa.

<sup>17</sup> Così KELSEN, *Società e natura*, Torino, 1953, 85 e ss.

Sotto il profilo oggettivo è necessario un comportamento umano (fatto), commissivo od omissivo, non giustificato dall'ordinamento giuridico (*sine iure*), che abbia causato un danno ingiusto (*contra ius*)<sup>18</sup>. Tra la condotta e l'evento dannoso deve sussistere il nesso di causalità materiale, accertato alla stregua dei principi generali dettati dagli articoli 40 e 42 del codice penale. Il fatto deve essere causa efficiente dell'evento, sicché esso non si sarebbe verificato senza quel dato comportamento. Trova applicazione in questo ambito la teoria della *condicio sine qua non*<sup>19</sup>.

D'altro canto, è necessario che il danno sia collegato in via immediata e diretta alla lesione di un interesse meritevole di tutela *ex art.* 1223 c.c.<sup>20</sup>

Il danno costituisce l'epicentro della responsabilità civile<sup>21</sup>.

Tuttavia, giova precisare che non è risarcibile ogni tipologia di danno.

---

<sup>18</sup>Per un approfondimento sul tema: NAVARETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 625 e ss.; SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.; SCHILESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Justitia*, 1960, 347 e ss. e MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, 1 t., in *Tratt. priv. Bessone*, Torino, 2005, 40 e ss.

<sup>19</sup> E' noto che in questa sede sono applicate le coordinate di matrice penalistica alla luce del più morbido criterio della causalità adeguata. Cfr. *Ex multis*, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 710 e ss.

<sup>20</sup> Si discorre a tal riguarda di causalità giuridica.

<sup>21</sup> Per approfondimenti sul concetto di danno si rinvia a G. ALPA, *Danno aquiliano*, in *Contr. Impr.*, 1990, 792; BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 7 e ss., PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi delitti*, Padova, 1940, 3 e ss. e DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, 227 e ss., in particolare in questa sede l'autore prende in considerazione il danno come concetto normativo di matrice tedesca. Interessanti anche gli atti tratti dall'Incontro di Studio sul tema "*Illecito aquiliano e ingiustizia del danno*", Roma, 29-30 maggio 2008, relatore Prof. Castronovo, consultabile in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it). ove si afferma che «il danno costituisce la caratteristica della responsabilità civile, che la differenzia da ogni altra forma di responsabilità. Parafrasando una frase di Jhering, secondo il quale senza colpa non si dà responsabilità, possiamo dire: senza danno, nessuna responsabilità. Questo significa che il fatto illecito in diritto civile, diversamente da quanto accade in diritto penale o in diritto amministrativo è essenzialmente connotato dal danno, onde fin quando questo non vi sia, di fatto illecito non è possibile parlare».

Ebbene, secondo l'opinione tradizionale<sup>22</sup>, il rimedio aquiliano ha la funzione esclusiva di compensare il danno provocato in termini di perfetta equivalenza.

In altri termini, il danno è limite strutturale dell'obbligazione risarcitoria in quanto la misura dell'effetto giuridico proprio della responsabilità è determinata dall'entità del fatto che lo produce<sup>23</sup>.

In particolare, nell'ambito della struttura dell'art. 2043 c.c. il concetto di «danno» è utilizzato due volte. Nel primo caso, il riferimento è al danno ingiusto, ossia la lesione di un bene e/o interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela. Si discorre, a tal riguardo, di danno-evento. Nel secondo caso, la norma fa riferimento al danno quale pregiudizio da riparare, ossia la conseguenza dannosa subita dalla vittima. Il riferimento in questo caso è al c.d. danno-conseguenza. I due concetti sono strettamente connessi, in quanto ai fini dell'applicazione del rimedio, non basta il solo danno evento, ma è necessario che il danno ingiusto produca degli effetti negativi nella sfera giuridica della vittima.

La dicotomia sussistente tra danno “evento” e danno “conseguenza” persegue proprio la finalità di chiarire che la lesione in sé del diritto non è

---

<sup>22</sup> Come noto l'opinione tradizionale attribuisce alla responsabilità civile esclusivamente funzione compensativa, a tal riguardo si vedano BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 890 ss.; ID, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2004, 214 e ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 171 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, III, Fonti e vicende delle obbligazioni*, Milano, 1954, 30 e ss.; QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 11 e ss.; TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970, 5 e ss.; FRANZONI, *La funzione della responsabilità civile e del risarcimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 2001, 666 ss.; ID., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2004, 10, secondo il quale il risarcimento del danno ha una funzione compensativa o solidaristica, a differenza della funzione punitiva propria, invece, della sanzione penale. In questo senso anche SCOGNAMIGLIO, in *Enc. Giur. Treccani, Danno, I) Teoria generale* (voce), Roma, 1995, 8 «è affermazione comunemente accolta che il risarcimento del danno non può considerarsi sanzione l'obbligo del responsabile di risarcire il pregiudizio effettivamente subito dal lesso, nei termini della sua rilevanza giuridica prescinde dalla riprovevolezza del suo contegno, in armonia con l'operata distinzione tra illecito e danno». Sul tema, ancora CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, II, 315 discorre della responsabilità civile in termini di «logica del ristabilimento di un corretto rapporto fra patrimoni».

<sup>23</sup> Sul punto v. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 878.

risarcibile. Al contrario, è necessario che detta lesione abbia prodotto delle “conseguenze”, ovvero degli effetti apprezzabili sul piano del danno non patrimoniale<sup>24</sup> – in termini di sofferenza - ovvero di quello patrimoniale, in termini di danno emergente e di lucro cessante<sup>25</sup>.

D’altro canto, autorevole dottrina osserva che la funzione della responsabilità civile, letta alla luce del principio di solidarietà sociale, perseguirebbe la finalità ultima di tenere indenni i danneggiati dal danno subito ricollocandolo presso il soggetto che dal punto di vista economico e sociale è il più idoneo a sopportarlo. Il rimedio della responsabilità aquiliana costituirebbe, non già una forma di risposta ad illeciti, bensì un meccanismo imparziale di “allocazione del danno”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Questa linea di pensiero è stata apertamente condivisa anche dalle recenti Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350 in tema di danno tanatologico, in relazione alla quale v. BUNSELLI, *Tanto tuonò che... non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il “sistema”*, in *Corr. Giur.*, 2015, 10, 1026; PALMIERI – R. PARDOLESI, *Danno da morte: l’arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *Foro it.*, 2015, I, 2682.

Giova ricordare, tuttavia, che precedentemente la giurisprudenza aveva riconosciuto la risarcibilità del danno da morte immediata, in deroga al principio dell’irrisarcibilità del mero danno evento. Ciò in quanto il diritto alla vita, quale diritto assoluto ed irrinunciabile, non può in nessun caso restare sfornito di tutela (il riferimento è a *Cass. Civ., sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361*, nota come “sentenza Scarano” sulla quale si veda BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*, in *Resp. Civ., e prev.*, fasc. 2, 2014, 493.

Tale orientamento, tuttavia, ha avuto vita breve, in quanto nel 2015 le Sez. Un. hanno espressamente negato la risarcibilità del danno da morte immediata in quanto in questo caso non si configura alcun danno conseguenza. In altri termini, è stato ribadito il principio dell’irrisarcibilità del mero danno evento, in accordo con la funzione riparatoria che assolve nell’ordinamento la rc. Questo orientamento, tra l’altro, era già stato sposato da *Cass., sez. un., 22 dicembre 1925, n. 3475*, in *Foro it.*, 1926, I, 328.

La questione afferente alla distinzione tra danno evento e danno conseguenza con riferimento ai danni non patrimoniale è vetusta. In particolare, è noto che questa distinzione fu utilizzata dalla giurisprudenza negli anni ottanta, al fine di giustificare la piena risarcibilità del danno arrecato alla salute, anche in mancanza di conseguenze di carattere patrimoniale e quindi anche al di fuori dei limiti previsti dall’art. 2059 c.c. Il riferimento è alla Corte Cost 184 dell’86 in relazione alla quale si veda FERRI, *Commento a Corte cost. 14 luglio 1986, n.184 su danno non patrimoniale e danno biologico*, in *Dir. inf.*, 1986, 739 ss.; GAMBARO *Appunti sullo stile della sentenza n. 184/86*, in *Resp. Civ. prev.*, 1986, 589; MONATERI, *La Costituzione ed il diritto privato. Il caso dell’art. 32 e del danno biologico*, in *Foro it.*, 1986, I, 2976; BUSNELLI, *In difesa della sentenza n. 184 del 1986 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*, in *Dir. inf.*, 1987, 443; PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2, 2053.

<sup>25</sup> L’art. 1223 c.c., infatti, parametrà il danno risarcibile esclusivamente alle perdite o ai mancati guadagni, generati nel patrimonio della vittima, risultando irrilevante l’eventuale arricchimento del danneggiante. Cfr. CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2013, 1307 ss.

<sup>26</sup> In questi termini v. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim*. Tuttavia, sembra condivisibile l’opinione di chi osserva che detta lettura finisce col vanificare l’aspetto dell’illecito, al quale pure la responsabilità, intende costituire risposta. Sul punto v. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 21 ss.

Più in generale la matrice originaria della funzione compensativa è da rinvenire semplicemente nella constatazione che se da una propria azione deriva un danno ad altri, corrisponde ad un principio di equità<sup>27</sup> farsi sì che il costo della riparazione sia accollato all'autore del fatto dannoso e non rimanga a carico del danneggiato.

Secondo altra lettura, la funzione puramente compensativa del rimedio aquiliano sarebbe un ineludibile risvolto del principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali. Qualora il *quantum* dovuto a titolo di risarcimento superasse la perdita effettivamente subita da parte del danneggiato si darebbe luogo ad un'attribuzione patrimoniale *sine causa*, evidentemente illegittima<sup>28</sup>.

Del resto, l'elaborazione di modelli di responsabilità alternativi rispetto a quello descritto dal 2043, anche a carattere oggettivo<sup>29</sup>, è un ulteriore addentellato normativo atto a testimoniare che la funzione attribuibile alla responsabilità civile è di tipo riparatorio.

---

<sup>27</sup> VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, cit., 11.

<sup>28</sup> Sul punto v. CASTRONOVO, *Dal non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 315. A tal riguardo, sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che in questi casi la causa dello spostamento patrimoniale «potrebbe anche essere ravvisata nella esigenza di assicurare ad una situazione giuridica soggettiva una tutela effettiva». In questi termini SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2016, 7, 918.

<sup>29</sup> L'introduzione di un regime di responsabilità così rigoroso trova il proprio fondamento nelle molteplici fonti di pericolo che caratterizzano l'attuale assetto socio-economico. Talvolta far ricadere sul danneggiato la prova di una specifica colpevolezza dell'agente è sembrato troppo gravoso.

Ebbene, in questa prospettiva le responsabilità c.d. speciali tentano di fornire una risposta adeguata in ipotesi peculiari. Le responsabilità speciali possono essere raggruppate in due categorie: da un lato, vengono in rilievo le ipotesi in cui l'obbligo risarcitorio incombe in capo ad un soggetto diverso dall'autore del fatto (si pensi alle ipotesi descritte dagli artt. 2047, 2048 e 2049 c.c.), dall'altro, il riferimento è alle responsabilità per danni cagionati da cose, animali o attività comunque riconducibili alla sfera di controllo del soggetto che è chiamato a risponderne (il riferimento è agli artt. 2051, 2052, 2053, 2054 c.c.). Rievoca una logica ancora differente la fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c. in quanto in questo caso la responsabilità è direttamente correlata allo svolgimento di un'attività pericolosa. Si affiancano, quindi, al paradigma della responsabilità per colpa, criteri di imputazione alternativi, basati sulla responsabilità presunta, oggettiva e per fatto altrui.

Per ampi riferimenti sul punto si rinvia a BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, cit., 690 ss e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 718 e ss. Per ulteriori osservazioni sul rapporto tra 2043 e altre fattispecie speciali v. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 1.

Con lo sviluppo industriale la carica etica dell'istituto della responsabilità aquiliana risulta attenuarsi. In coerenza con l'evoluzione dei rapporti giuridici ed economici che ha caratterizzato l'ultimo secolo, la nozione di colpa finisce inevitabilmente per oggettivizzarsi. La colpa - alla luce dell'incremento delle occasioni di danno e della necessità di non interrompere lo sviluppo economico industriale - fu chiamata a registrare la divergenza tra parametri che esprimono il grado di tollerabilità sociale del rischio e il comportamento dell'agente. Si andò così a formare un nuovo concetto di responsabilità fondato su un generale principio di equità alla stregua del quale è giusto che chi trae vantaggi dalla sua particolare posizione risponda anche degli eventuali svantaggi che da essa derivano. In particolare, la responsabilità veniva connessa al rischio di impresa in modo da sottrarre i datori di lavoro da una possibile forma di immunità per i danni provocati ai dipendenti<sup>30</sup>.

Conseguentemente, il prevalere di una concezione riparatoria, in luogo di quella sanzionatoria dell'illecito aquiliano ha definitivamente scardinato la caduta del dogma *nullum crimen sine culpa*, ed ha così disegnato una struttura multiforme dei possibili criteri di imputazione dell'illecito civile<sup>31</sup>, anche a carattere oggettivo.

Il fine è la tutela del danneggiato, a prescindere dalla colpa del danneggiante coerentemente con una prospettiva vittimologica che, ad oggi, innerva l'intero apparato della responsabilità aquiliana.

---

<sup>30</sup> Il contesto è quello degli scambi economici e produttivi, in cui «l'idea del costo sociale delle attività produttive debba essere ricondotto all'interno dei costi economici e non subito dalla collettività, si diffonde, e concorre con l'istanza solidaristica a determinare un consistente ampliamento delle ipotesi di risarcibilità dei danni: funzione individuale e funzione sociale della responsabilità sociale sembrano così trovare un punto di sintesi in visione che privilegia in linea di principio il danneggiato, come parte debole del conflitto sottostante la fattispecie dannosa, e accetta anzi favorisce l'attribuzione alla disciplina giuridica di compiti redistributivi e correttivi dell'allocatione della ricchezza prodotta dal libero sviluppo dei processi economici». Così, SALVI, *La Responsabilità civile*, cit., 21.

<sup>31</sup> In questo senso SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2017, 900.

D'altro canto, è noto che l'entità del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento prescinde dalla riprovevolezza dell'elemento psicologico che connota la condotta. In altri termini, è irrilevante ai fini della quantificazione dell'entità del risarcimento dovuto che la condotta sia stata caratterizzata da colpa ovvero da dolo. Ciò in evidente contrapposizione rispetto a quanto avviene in ambito penale. Ai sensi dell'art. 133 n. 3 c.p. il giudice penale deve tener conto ai fini della determinazione della pena anche dell'intensità del dolo o del grado della colpa.

Il baricentro della responsabilità civile non è la condotta del danneggiante, bensì il danno subito dal danneggiato. *Ergo* non sussiste un nesso di proporzionalità diretta tra *quantum* dovuto a titolo di risarcimento e riprovevolezza della condotta.

Del resto, *la ratio* di tale orientamento va rintracciata da un punto di vista diacronico in quel lungo processo evolutivo che ha portato a distinguere nitidamente la responsabilità civile da quella penale. Questo principio di netta separazione tra le due sfere ha indotto le corti a diffidare da quelle figure di danno che, travalicando i confini descritti dalla funzione riparatoria, finiscono con l'assumere carattere sanzionatorio, considerato tratto tipico ed esclusivo del diritto penale. In questa prospettiva, la punizione sarebbe esclusiva prerogativa del legislatore penale, unico legittimo detentore della potestà sanzionatoria esercitabile a fronte di lesioni di valori fondamentali dell'ordinamento, pena la violazione dell'art. 25 della Cost<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup>A tal riguardo Cass., sez. un., n. 15350 del 2015, in tema di risarcibilità del c.d. danno tanatologico, afferma che «la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza e l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria». In relazione a quest'ultima pronuncia si veda *Tanto tuonò che...non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, cit. di BUNSELLI, 1026; PALMIERI – PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, cit., 2682. In questo senso si è

L'illecito aquiliano non potrebbe mai avere funzione punitivo – sanzionatoria<sup>33</sup>.

D'altro canto, l'ammissibilità di danni ultracompensativi entrerebbe, altresì, in rotta di collisione con il principio di certezza del diritto, in quanto il danneggiante non sarebbe posto *a priori* nella condizione di prevedere il *quantum* dovuto a titolo di risarcimento. Al contrario, il principio compensativo, parametrando il danno al pregiudizio effettivamente causato, si porrebbe in perfetta sincronia con pregnanti esigenze di certezza<sup>34</sup>.

Il sistema del risarcimento del danno, sarebbe retto in questa prospettiva da due ineludibili principi.

---

espressa anche Cass. Sez. III, 25 maggio 2007 n. 12253 consultabile in *Banca Dati DeJure*. Sul punto si veda anche CASTRONOVO, *Dal non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 315 ss.

<sup>33</sup> Cfr. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, 27 - 28.

<sup>34</sup> Cfr. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2009, IV, 523 ss. (Nota ad App. Trento Bolzano, 16 agosto 2008).

Il riferimento è al principio di integralità<sup>35</sup> del risarcimento e al contempo di indifferenza<sup>36</sup> dell'illecito.

---

<sup>35</sup> VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, cit., 285 e ss.. osserva che il principio della riparazione integrale del danno – anche detto principio dell'equivalenza tra danno e riparazione - «è sottointeso nella parte descrittiva dell'art. 1223 c.c., laddove si dice sostanzialmente che ogni danno che importa una perdita patrimoniale o un mancato guadagno deve essere risarcito» e si desume anche dall'art. 2058 c.c. che disciplina il risarcimento del danno per equivalente. Ebbene, sempre tale principio fonda la distinzione tra il concetto di danno risarcibile e quello di indennizzo, quest'ultimo, come è noto, dà luogo ad una riparazione non integrale.

Assumono rilevanza in tale prospettiva anche i criteri atti a circoscrivere l'entità del danno risarcibile. In altri termini, ci si chiede se il debitore ovvero il danneggiante debba rispondere di tutte le ripercussioni derivanti dall'inadempimento ovvero dal fatto illecito che si producono sul patrimonio del danneggiato. Si ricorda, infatti, che devono essere risarciti solo i danni che sono conseguenza immediata e diretta dell'illecito (v. art 1223 c.c.). Di tal guisa, si dispone l'irrisarcibilità delle conseguenze che, pur essendo ricollegabili all'inadempimento e non ad altri fattori causali, tuttavia non possono essere imputati al debitore, perché l'inadempimento è stato solo l'occasione del loro verificarsi. La giurisprudenza prevalente, tuttavia, interpreta questo criterio con una certa elasticità, sì da comprendere quelle conseguenze che si presentano come un effetto normale e tipico, ancorché non strettamente diretto, dell'inadempimento o del fatto illecito secondo la teoria della regolarità causale.

In ogni caso, non sono risarcibili i danni che il debitore avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza. Detto criterio è codificato nell'ambito dell'art. 1227, comma 2 c.c. ed è interpretato in senso molto estensivo dalla giurisprudenza che include nell'area dei comportamenti esigibili alla stregua dell'art. 1227, comma 2 c.c. non soltanto l'astenersi dall'aggravare le conseguenze dannose, ma anche attività positivamente rivolte a ridurre il danno.

Si ricorda, infine, che devono ritenersi comunque risarcibili i danni non prevedibili, a differenza di quanto accade in ambito contrattuale. Per un approfondimento si veda PONZANELLI, *Gli ostacoli alla integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. e impr.*, 2015, 3, 620; PINORI, *Il principio integrale della riparazione dei danni*, in *Contratto e impresa*, 1998, 1148 e ss. e in CENDON, *La responsabilità civile*, Padova, 2016, 135 e ss. Per un inquadramento generale della disciplina v. CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 643 ss.

<sup>36</sup> In proposito, TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 10, osserva «La funzione reintegrativa della responsabilità civile non consente che questa operi in modo da porre l'attore in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato in mancanza del fatto del convenuto». L'Autore aggiunge «tale constatazione non implica il rifiuto della tesi secondo la quale l'autore dell'illecito è tenuto a riversare all'offeso tutto l'arricchimento ottenuto anche se superiore al danno cagionato: qui infatti prevale il principio secondo il quale l'illecito non deve essere fonte di arricchimento per chi lo compie». Anche la recentissima ordinanza di remissione alle sezioni unite in tema di *compensatio lucri cum damno* (Cass. III, Sez. Civ. Ord. n. 15536 consultabile al sito [www.iurisprudenzia.it](http://www.iurisprudenzia.it)) si pronuncia in relazione a detto principio. In particolare, la Corte osserva che lo stesso può desumersi, oltre che dall'art. 1223 c.c., anche dagli artt. 1909 e 1910, i quali assoggettano l'assicurazione contro i danni al c.d. principio indennitario, e di conseguenza escludono che la vittima di un danno possa cumulare il risarcimento e l'indennizzo. Si osserva, inoltre che lo stesso è anche indirettamente espresso dall'art. 1224, co 1, ultima parte, c.c. Detta norma, rende chiaro che ove il legislatore ha inteso derogare al principio dell'indifferenza lo ha fatto in modo espresso nella parte in cui statuisce che nelle obbligazioni pecuniarie sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali «anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno». Il principio dell'indifferenza è rinvenibile anche dagli artt. 1149 (che prevede la compensazione tra diritto del proprietario alla restituzione dei frutti e l'obbligo di rifondere al possessore le spese per produrli), 1479 (che nel caso di vendita di cosa altrui prevede la compensazione tra il minor valore della cosa e il rimborso del prezzo), 1592 (che prevede la compensazione del credito del locatore per i danni alla cosa con il valore dei miglioramenti).

È necessario quindi porre la vittima in una situazione equivalente a quella che si sarebbe determinata in assenza di illecito. Il risarcimento non deve né arricchire, né impoverire il danneggiato, quindi è necessario che il *quantum* dovuto dal danneggiante non superi l'entità della perdita subita dal danneggiato.

Per il danneggiato dovrebbe essere indifferente da un punto di vista economico non subire affatto il danno ovvero subire lo stesso, ma ottenere il risarcimento.

D'altro canto, è necessario che il risarcimento sia integrale e quindi che l'entità della riparazione non sia inferiore rispetto al danno subito.

In altri termini, l'attore riceverà nulla di meno, e nulla di più, della perdita da lui subita e imputabile al convenuto.

Tali principi letti in combinato disposto sono l'ulteriore conferma della funzione riparatoria che anima la responsabilità civile.

Quanto detto sembra essere confermato a livello legislativo anche nell'ambito di un settore specifico, ove la necessità di un danno avente valenza sanzionatoria, per la verità, si palesa in modo evidente.

Il riferimento è alla direttiva UE 104/2014 nella parte in cui, con riguardo alla quantificazione del danno derivante da illecito *antitrust*, mantiene fermo il divieto di *overcompensation*<sup>37</sup>.

L'indicazione di principio rimane quindi quella della riparazione integrale del danno volta, da un lato ad ottenere una *full compensation*, ma dall'altro ad evitare una *overcompensation*<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Recepita con il Decreto Legislativo 19 gennaio 2017, n. 3. Il riferimento è, in particolare, all'art. 1 co 2 il quale afferma che: «Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenzazioni».

<sup>38</sup> Nondimeno, è stato osservato che quello della quantificazione del danno concorrenziale costituisce un tema particolarmente complicato che viene affrontato dalla direttiva con mezzi non adeguati. In realtà, un'impresa colpita da comportamenti escludenti subisce un danno in termini di perdita di *chance* di successo in quel mercato. In tali situazioni «parlare di risarcimento come ripristino di una situazione effettiva, che si sarebbe determinata “se la violazione non fosse stata commessa” significa formulare

Del resto il *trend* dottrinale di cui si discorre è stato a lungo condiviso dalla giurisprudenza, che solo recentemente ha scardinato il principio alla luce del quale la responsabilità civile avrebbe esclusivamente funzione compensativa<sup>39</sup>. La giurisprudenza, specialmente in passato, è stata a tal punto legata all'idea che il risarcimento non possa e non debba avere funzione punitiva tanto da averne fatto uno dei pochi principi d'ordine pubblico di cui si abbia cognizione pratica nel nostro ordinamento. Sovente è stato negato *l'exequatur* per contrarietà all'ordine pubblico di pronunce provenienti dal *common law* aventi valenza sanzionatoria<sup>40</sup>.

---

un'equazione con molte incognite, perché nessuno è in grado di prevedere esattamente cosa sarebbe avvenuto, in quel complesso gioco "botta e risposta" che caratterizza l'economia di mercato» (Così LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e mercato* 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 267.). L'esigenza più pregnante in tema di illecito *antitrust* è quella di assicurare una adeguata deterrenza; esigenza, questa, non fronteggiata dalla direttiva UE 104/2012 nella parte in cui nega diritto di cittadinanza ai danni punitivi. In definitiva, la direttiva forgia una lacuna difficilmente colmabile con gli strumenti che di regola presiedono alla liquidazione del danno in un sistema così peculiare qual è quello del danno derivante da illecito *antitrust*. (Cfr. ID., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, cit., 271-272 e OSTI, *Un approccio programmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 295).

<sup>39</sup> Il riferimento è alla Cassazione civile a sez. unite, 05/07/2017 n. 16601. In tale occasione la Suprema Corte ha affermato che «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile.

Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico». Sul punto si veda: PALMIERI e PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, 2630; D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 2017, I, 2644; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* in *Foro it.*, 2017, I, 2648; VIAZZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *riv. dir. civ.* 2018/1, 328 ss. e LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *riv. dir. civ.*, 1/2018, 317. Si avrà modo di tornare sull'argomento nel prosieguo della trattazione.

<sup>40</sup> Il principio in questione è stato espresso in maniera inequivoca, come già detto, dalla Cass. Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1183 (Cfr. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, 9, 983 ss.; PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e resp.*, 2007, 1125 ss.; FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. giur.*, 2007, 497 ss.;

Il sistema sembrerebbe, in tal guisa, essere “sigillato”.

Proprio alla luce di quanto detto la problematica dell’arricchimento ingiusto si palesa in modo evidente. Di regola, il danneggiante a fronte di un danno idoneo a procurargli un profitto maggiore rispetto alla perdita ingiustamente arrecata al danneggiato, potrà trattenere presso di sé il maggior valore.

### **2.1. Una recente conferma giurisprudenziale della funzione compensativa della responsabilità civile: *la compensatio lucri cum danno***

Conferma del fatto che la responsabilità civile ha funzione compensativa e, più specificamente, che il risarcimento non deve essere fonte di vantaggio neanche per il danneggiato sembra provenire dai recenti arresti giurisprudenziali in tema di *compensatio lucri cum danno*.

Il riferimento è alle due ordinanze di remissione rispettivamente effettuate dalla Cass. III, Sez, Civ. Ord. n. 15536 alle Sezioni Unite e dal Cons. St., sez. IV, ord., n. 2719 all’ Adunanza Plenaria<sup>41</sup>.

Ebbene, in talune ipotesi l’illecito dà luogo al tempo stesso ad un danno ed un vantaggio<sup>42</sup>. L’istituto in questione descrive una tecnica di quantificazione del danno ove assume rilevanza, oltre alla perdita

---

PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 e ss. e, successivamente, dalla Cass., dell’8 febbraio del 2012 n. 1781 (con nota P. PARDOLESI *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* in *Corr. giur.*, 2012, 1068 ss e in *Danno e Resp.*, 2012, 609 e ss. con nota PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*).

<sup>41</sup> Consultabili in <http://www.iurisprudencia.it>.

<sup>42</sup> Si pensi al caso in cui la moglie a seguito dell’uccisione del marito maturi oltre che il diritto al risarcimento del danno, anche quello alla percezione di emolumenti da parte di enti previdenziali o assicurativi (es. pensione di reversibilità).

patrimoniale subita dal danneggiato, anche l'eventuale vantaggio ottenuto da quest'ultimo<sup>43 44</sup>.

Il fondamento giuridico di questo istituto è da sempre stato particolarmente tormentato.

La *compensatio lucri cum damno*, infatti, nonostante non fosse ignota ai classici, non ha mai goduto di un riconoscimento esplicito.

Secondo una prima ricostruzione il fondamento andrebbe individuato nel Digesto (specificamente al D.3.5.10<sup>45</sup>) che, però, tratta della *negotiorum gestio*.

Secondo altra opinione, l'operatività del principio della *compensatio lucri cum damno* era talmente certa da non richiedere un espresso riconoscimento normativo. Si osservava, inoltre, che in ogni caso quest'ultimo è in realtà applicazione del più generale e pacifico principio secondo cui *nemo se locupletiolem facere potest cum alterius detrimento*<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Per una disamina generale dell'istituto v. CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 688. L'istituto oggetto di esame deve essere tenuto distinto da quello della compensazione disciplinata dall'art. 1241 ss. c.c. Quest'ultimo è uno dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, per elisione di reciproci debiti. Ebbene, mentre nella compensazione, quale causa di estinzione dell'obbligazione, la reciprocità di debiti e crediti presuppone l'esistenza di due separati e autonomi patrimoni appartenenti a due soggetti diversi, la "*compensatio lucri cum damno*" da operarsi tra vantaggio e danno, invece, è riferibile ad un unico assetto patrimoniale. Il fatto illecito, infatti, ha contemporaneamente determinato un danno e corrisposto un beneficio nella sola sfera giuridica del soggetto danneggiato.

<sup>44</sup> La difficoltà che ha incontrato la dottrina tradizionale nel descrivere detto istituto è plasticamente descritta dall'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, le quali con riguardo alla *compensatio* hanno affermato che «di essa si discute da secoli senza frutto, e ad essa sono state date di volta in volta le soluzioni più disparate tanto nei presupposti teorici, quanto negli effetti pratici».

<sup>45</sup> Specificamente al D.3.5.10, *Pomponius libro 21 ad Quintum Mucium. Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet*. In questi termini si esprime anche l'ordinanza di remissione della questione alle Sezioni Unite.

<sup>46</sup> Sul punto v. SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 937.

Le medesime incertezze che incontrava il diritto romano nel rinvenire il fondamento del principio in argomento si rinvengono anche nell'attuale riflessione dottrinale e giurisprudenziale.

L'assenza di una esplicita base normativa ha condotto parte della dottrina<sup>47</sup> a negare *ab ovo* l'operatività del principio, facendo perno su un immancabile richiamo all' iniquità di un istituto che ha l'effetto di sollevare l'autore di un fatto illecito dalle conseguenze del suo operato.

Secondo una prima impostazione, alla base del principio in parola vi sono esigenze di carattere equitativo, ciò ha indotto, parte della dottrina a rinvenirne il fondamento nell'ambito del 2041<sup>48</sup>.

Tuttavia questa ricostruzione non sembra convincente.

Infatti, il rimedio di cui all'art. 2041 c.c. opera solo nell'ipotesi in cui lo spostamento patrimoniale non sia giustificato. Si osserva, invece, che quando si discorre di cumulabilità di ristori ricollegabili comunque all'illecito (es. indennitario e risarcitorio) gli spostamenti patrimoniali sono - al contrario - certamente giustificati<sup>49</sup>.

Invero, il principio della *compensatio* descrive una tecnica liquidatoria del danno<sup>50</sup>, conseguentemente sembra preferibile l'opinione di chi rinviene il suo fondamento direttamente nell'ambito dell'art. 1223

---

<sup>47</sup> V. CAZZARA, *Il problema dei vantaggi commessi con l'illecito e la cosiddetta compensatio lucri cum damno*, in *studi per Zingali*, III, 411 ss. e GALLIZIOLI, *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 346 ss.; BONA, *Accordi transattivi INAIL – Assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria?* in *Resp. Civ. prev.*, 2013, fasc. 5, 1688 ss., spec. nota 10 ove a seguito di un'ampia rassegna giurisprudenziale, l'A. rievoca in dubbio la stessa esistenza del principio.

<sup>48</sup> In questo senso CICCHITTI, *Brevi considerazioni sull'orientamento dottrinale e giurisprudenziale in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Arch. Resp. Civ.*, 1969, 136.

<sup>49</sup> L'indennizzo è giustificato dalla legge speciale che di volta in volta lo prevede, invece, il risarcimento trova la propria giustificazione nel fatto illecito. Sul punto v. SANTISE, *Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno*, in <http://www.iurisprudenzia.it>. e RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1973, 369.

<sup>50</sup> In questi termini con chiarezza si esprime Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2265 con nota SANTARSIERE, secondo cui le questioni inerenti all'eventuale *compensatio lucri cum damno* possono influire non sulla sussistenza o meno della responsabilità, ma solo sul riconoscimento in concreto di un danno risarcibile e sulla sua liquidazione.

c.c. Non può leggersi il 1223 c.c. in modo asimmetrico, non si può limitare l'operatività dello stesso con riguardo ai danni, escludendo dal suo ambito applicativo anche i profitti. Ciò in quanto sia i danni che i benefici sono conseguenza immediata e diretta dell'illecito.

L'eventuale incremento patrimoniale prodotto nella sfera del soggetto leso dall'illecito - quale conseguenza immediata e diretta dello stesso - dovrà essere decurtato dall'ammontare del danno risarcibile verificandosi, in caso contrario, una palese violazione dell'art. 1223 c.c. che persegue la finalità di ripristinare la situazione patrimoniale in cui versava il danneggiato prima dell'illecito.

In altri termini, proprio perché le conseguenze di un illecito non sono sempre solo di tipo negativo, ma possono dar luogo anche ad incrementi patrimoniali, necessariamente la liquidazione del danno si basa su un giudizio ipotetico di differenza tra due situazioni, e cioè tra quella attuale e quella che si sarebbe verificata in assenza delle ripercussioni patrimoniali che il fatto dannoso ha prodotto nel patrimonio del danneggiato<sup>51</sup>.

In questo solco interpretativo si colloca l'ordinanza di remissione della questione alle Sezioni Unite. In questa sede la Suprema Corte ha affermato espressamente che «la regola tralatiziamente definita con questa espressione altro non è che una perifrasi per definire il principio di integralità della riparazione o “principio di indifferenza”, in virtù del quale il risarcimento deve coprire l'intera perdita subita, ma non deve costituire un arricchimento per il danneggiato. Tale principio è desumibile dall'art. 1223 c.c.»<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Così CARBONE, *La compensatio lucri cum danno tra ambito del danno risarcibile e rapporto di causalità*, in *Danno e Resp.*, 1996, IV, 430 in nota a Cass. civ., Sez III, 7 maggio 1996, n. 4242. In questo senso anche SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 2016, 795.

<sup>52</sup> Così Cass. III, Sez, Civ. Ord. n. 15536, pagina 13 consultabile in <http://www.iurisprudenzia.it>.

L'orientamento largamente prevalente<sup>53</sup> in giurisprudenza ha applicato il principio della *compensatio* al ricorrere congiunto di tre presupposti: 1) pregiudizio ed incremento patrimoniale (*id est*, vantaggio economico) devono discendere dallo stesso evento<sup>54</sup>; 2) danno e vantaggio devono conseguire con rapporto di causalità diretto ed immediato dall'evento (c.d. unicità del titolo)<sup>55</sup>; 3) le poste compensative devono avere la medesima natura giuridica<sup>56</sup>.

Conseguentemente si esclude l'applicazione del citato principio qualora il rapporto tra vantaggio e danno sia di mera occasionalità necessaria, nel senso che semplicemente favorisca il verificarsi del vantaggio o del danno.

In altri termini, se a lenire le conseguenze pregiudizievoli dell'evento dannoso subentra un fattore derivante da un titolo indipendente dal fatto illecito che ha causato il danno, l'eventuale profitto a tale fattore correlato non può essere detratto dall'ammontare dell'intero danno. È evidente, inoltre, che dette indennità non derivano in modo diretto e immediato dall'illecito, ma sono semplicemente occasionate

---

<sup>53</sup> Cfr. Cass., 30 gennaio 1990, n. 632, in *Foro it.*, 1991, I, 571; Cass., 30 gennaio 1990, n. 632, in *Foro it.*, 1991, I, 571; Trib. Milano, 23 settembre 2009, n. 11179 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass. 22 dicembre 1987, n. 9528, in *Arch. Giur. Circol e sinistri*, 1988, 303; Cass., 27 luglio 2001, n. 10291, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Cass., 30 gennaio 1990, n. 632, in *Foro it.*, 1991, I, 571.

<sup>54</sup> In tema di prestazioni assicurative, l'esclusione dell'applicabilità della *compensatio* è stata operata per l'indennizzo corrisposto dall'INPS, in quanto questo trova la propria fonte nel contratto di assicurazione e, quindi, nasce da un titolo indipendente dal fatto dannoso. In questo senso SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 939. A tale stregua, l'operatività del principio è ammessa quando le ripercussioni patrimoniali favorevoli derivano dallo stesso fatto dannoso che ha prodotto quelle negative: si pensi al risarcimento del danno subito dal lavoratore tra licenziamento ed annullamento, il cui l'ammontare va ridotto in funzione dei compensi percepiti dallo stesso per lo svolgimento di altra attività lavorativa (c.d. *alunde perceptum*). Così Cass., 15 dicembre 1989, n. 5645 in *Foro it.*, 1991, I, 885, con nota CECCONI.

<sup>55</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, 340; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1979, sub art. 1223, 310; COSSU, *La responsabilità solidale, la valutazione del danno*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa – Bessone, Torino, 1987, 33.

<sup>56</sup> FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno*, in *Resp. Civ.*, 2010, 1, 48.

dallo stesso. In realtà queste ultime rinvengono la propria fonte, in senso stretto, nelle normative speciali che le prevedono e non nel fatto dannoso.

*Ergo*, per potersi matematicamente compensare i vantaggi e gli svantaggi debbono necessariamente condividere la medesima matrice, debbono derivare dal medesimo fatto, indipendentemente da altri rapporti.

Sempre in questa prospettiva, per oltre un trentennio in giurisprudenza, si è ritenuto di escludere l'applicabilità del principio facendo perno su un'ulteriore osservazione. Il riferimento è alla diversità della natura giuridica fra l'indennità, riconosciuta a favore di soggetti beneficiari<sup>57</sup>, ed il risarcimento del danno<sup>58</sup> subito in conseguenza del fatto illecito.

Le vittime, quindi, ricevono il risarcimento del danno che va a cumularsi con un'indennità, quale contributo solidaristico<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Si pensi alle vittime di disastri naturali, catastrofi o attacchi (anche terroristici) al sistema o, ancora, vittime di attività eseguite in ottemperanza di leggi a tutela della collettività (ad es., l'esecuzione delle vaccinazioni obbligatorie) ovvero, infine, vittime cadute in servizio (poliziotti o carabinieri o militari dell'Arma).

<sup>58</sup> Si ricordi che la finalità solidaristica che caratterizza l'indennizzo è estranea al risarcimento del danno. In ordine alla diversità tra indennizzo e risarcimento v. LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela del bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir.rel.ind.*, fasc., 4, 2013, 1049 ss.

<sup>59</sup> La giurisprudenza ha quindi ammesso il cumulo tra risarcimento del danno e la pensione di reversibilità (sulla quale v. sez. III, sent. n. 5504 del 10/03/2014 consultabile in *Banca Dati DeJure*) e tra pensione di invalidità e risarcimento (in merito alla quale si v. BATÀ – SPIRITO, *Danno alla persona*, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 1, 102 - nota a Cass. civ. Sez. III, 12 luglio 2000, n. 9228 - e FABRIZIO – SALVATORE, *La compensatio lucri cum danno nell'ambito del risarcimento a seguito di sinistro stradale*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 7, 754, nota a Cass. civ. Sez. III, 14 giugno, 2001, n. 8062). Nota a tutti è la tragica vicenda del Vajont. Il 9 ottobre 1963 una frana causò il crollo di una diga che provocò la distruzione dei paesi a valle e numerose vittime. La società Enel avanzò un'istanza di *compensatio* tra il risarcimento del danno ambientale causato ai Comuni interessati e le indennità di solidarietà stanziato dallo Stato.

La Cassazione rigettò la domanda data la diversa natura dei crediti in gioco (da un lato, un danno naturalistico con funzione di risarcimento e, dall'altro, un contributo sociale offerto alle vittime del disastro naturale) e l'assenza dei presupposti richiesti per la sua operatività (nesso di causalità giuridica ed omogeneità dei reciproci vantaggi). Sul punto si veda Cass. civ., 15 aprile 1998 n. 3807, in *Giur. It.*, 1999, I, 2770 s.s. con nota di SUPPA, *Disastro del Vajont: inapplicabilità della compensatio lucri cum danno e via libera alla risarcibilità dei danni morali all'ente esponenziale*.

L'orientamento contrario alla cumulabilità dell'indennizzo e del risarcimento del danno si è iniziato a diffondere in tema di vaccinazioni obbligatorie<sup>60</sup>.

Per la prima volta, infatti, il Tribunale di Roma<sup>61</sup>, ha sottratto dal *quantum* dovuto a titolo di risarcimento l'indennizzo già percepito. Anche le Sezioni Unite nel 2008 nell'affrontare la questione concernente il rapporto fra indennizzo e risarcimento del danno hanno affermato che la differente natura giuridica non osta alla compensazione tra le due poste<sup>62</sup>.

Ebbene, in questo solco interpretativo si collocano anche le recenti ordinanze di remissione alle Sezioni Unite e all'Adunanza Plenaria di cui si è detto in precedenza.

In particolare, si osserva che alla stregua dell'orientamento prevalente il soggetto danneggiato riceve una doppia locupletazione in virtù dello stesso evento di danno, praticamente sempre. Pretendere il medesimo titolo per il danno e per il lucro, al fine di giustificare l'operatività dello scomputo, finisce sostanzialmente con l'azzerare qualsiasi spazio applicativo del principio in parola.

La Cassazione osserva, inoltre che l'orientamento tradizionale è incoerente con la moderna nozione di causalità giuridica, la quale non distingue tra "causa prossima" e "occasione". Tali concetti sono stati sostituiti dalla nozione di "regolarità causale". Una condotta può dirsi causa di un evento se senza la prima, il secondo non si sarebbe verificato<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Sulla problematica v. LOCATELLI, *Danno no fault da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*, in *Resp. Civ. prev.*, 2012, fasc. 6, 1893.

<sup>61</sup> Trib. Roma, 8 gennaio 2003, in *Foro It.*, 2003, I, 622.

<sup>62</sup> v. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro It.*, 2008, 2, 451. Le Sezioni Unite osservano che «in caso contrario la vittima si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, godendo, in relazione al fatto lesivo del medesimo interesse tutelato di due diverse attribuzioni patrimoniali dovute stesso soggetto (il Ministero della salute) ed aventi causa dal medesimo fatto (trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati infetti) cui direttamente si riferisce la responsabilità del soggetto tenuto al pagamento».

<sup>63</sup> Sul punto v. Cass. civ. sez. III, n. 12103 del 13/09/2000 consultabile in *Banca Dati DeJure*. ove è stato affermato che «tutti gli antecedenti in mancanza dei quali un evento dannoso non si sarebbe verificato

Non può ritenersi “spezzata” la serie causale, e ritenere che il danno derivi dall’illecito e l’incremento patrimoniale dalla legge, infatti senza il primo non vi sarebbe stato il secondo<sup>64</sup>.

Opinare diversamente determinerebbe *un’interpretatio abrogans* delle norme che disciplinano l’azione di surrogazione spettante all’assicuratore e all’ente previdenziale (ex art. 1203 c.c., 1916 c.c. o in virtù delle singole norme previste dalla legislazione speciale). E’ noto che il danneggiante non può mai essere costretto, per effetto della surrogazione, a pagare due volte<sup>65</sup>. Conseguentemente, una volta costretto il responsabile del sinistro a pagare l’intero risarcimento l’assicurazione vedrà definitivamente pregiudicato il suo diritto di surroga.

Osserva la Corte di Cassazione<sup>66</sup> che questa conclusione non è ammissibile, in quanto priva l’assicuratore (o l’ente previdenziale) di un diritto espressamente riconosciuto dalla legge ed è contraria ad evidenti ragioni di giustizia.

Deve concludersi che, nella stima dei danni civili, l’operazione che il giudice dovrà effettuare è unica e consiste nel sottrarre dal patrimonio della vittima *ante* sinistro il patrimonio della vittima *post* sinistro. Pertanto, se in tale operazione ci si imbatte in un profitto che sia conseguenza dell’illecito, dovrà constatarsi che in quella parte il danno non si è affatto prodotto<sup>67</sup>.

Quanto detto offre l’occasione alla Corte di Cassazione per ribadire che la funzione della responsabilità civile è di tipo riparatorio.

---

debbono considerarsi sue cause, abbiano essi agito in via diretta e prossima o in via indiretta e remota». Sulla nozione di nesso di causalità v. *ex multis*, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 710

<sup>64</sup> In questi termini si esprime l’ordinanza di remissione alle Sezioni Unite a pagina 19.

<sup>65</sup> *Ex plurimis* v. Sez. III, sent. n. 4642 del 27/04/1995.

<sup>66</sup> Specificamente a pagina 20.

<sup>67</sup> Specificamente a pagina 25.

Sul punto si è di recente pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite con sentenze nn. 12564/5/6/7 del 22 maggio 2018<sup>68</sup>.

In questa sede la Suprema Corte ha affermato che la *compensatio* è sempre ammessa nell'ordinamento quando, nel rapporto bilaterale debitore - creditore alla prestazione risarcitoria, si sommino, in tutto o in parte, i benefici ai pregiudizi, nella valutazione globale degli effetti dell'atto dannoso.

Nelle ipotesi in cui si presenti invece una situazione di terzietà del vincolo obbligatorio, nel senso che il creditore abbia una posizione attiva verso due distinti soggetti obbligati alla corresponsione di un vantaggio che derivi da differenti fonti (il responsabile e l'assicuratore), per procedere con la *compensatio* e quindi con il defalco della partita indennitaria da quella risarcitoria, occorre che i due benefici da corrispondere al danneggiato abbiano il medesimo collegamento funzionale.

Questa coincidenza funzionale è tale in tutti i casi in cui la causa della prestazione economica sia finalizzata alla rimozione degli effetti pregiudizievoli del danno.

Infine, condizione di accessibilità della *compensatio*, è che l'ordinamento abbia previsto legislativamente un meccanismo di *surroga* a favore dell'assicuratore (pubblico o privato) mediante il quale possa essere valorizzata e realizzata la regola dell'indifferenza del risarcimento verso la vittima, evitando in questo modo che di tale scomputo benefici l'autore dell'illecito.

Le condizioni perché possa operare la *compensatio* dunque, e in estrema sintesi, sono che l'indennizzo possa essere ritenuto funzionale alla

---

<sup>68</sup> Consultabili in *Banca Dati De Jure*.

rimozione degli effetti del danno e che l'ordinamento abbia previsto un meccanismo di surroga (si badi bene in via astratta e non quindi condizionato dalla effettività del suo esercizio) che consenta di rendere effettiva e completa l'obbligazione risarcitoria dell'autore dell'illecito.

Ebbene, l'ampliamento dell'ambito di operatività di detto principio sembrerebbe ulteriore conferma del fatto che lo scopo della responsabilità civile è quello di riportare la condizione patrimoniale della vittima nello stato in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, in coerenza con il principio di indifferenza.

La tutela risarcitoria, quindi, non potrebbe mai avere funzione punitiva in quanto, da un lato, il danneggiato non può arricchirsi in occasione dell'illecito, dall'altro, il danneggiante non è tenuto a versare oltre quanto necessario a riparare il pregiudizio<sup>69</sup>.

Dunque, volendo tirare le fila del discorso, è evidente che, ai fini della riflessione oggetto di studio, questi recentissimi arresti giurisprudenziali confermando la funzione riparatoria della r.c., di converso, rendono ancor più evidente la problematica degli arricchimenti ingiusti.

Dal *quantum* dovuto a titolo di risarcimento al danneggiato dovrà, quindi, sottrarsi l'*aliunde perceptum*, così come il danneggiante, a fronte di un danno idoneo a procurargli un profitto maggiore rispetto alla perdita ingiustamente arrecata al danneggiato, potrà trattenere presso di sé il maggior valore.

L'obiettivo è riparare la perdita subita, nulla di più e nulla di meno.

---

<sup>69</sup> Cfr. SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 970.

### 3.L'arricchimento senza causa. I suoi limiti

L'incapacità del rimedio scolpito nell'ambito dell'art. 2043 c.c. di fronteggiare la problematica oggetto di studio costringe l'interprete a volgere lo sguardo verso altri rimedi. Il riferimento è all'arricchimento ingiustificato.

L'istituto in questione si colloca tra le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto e dall'illecito e quindi nell'ambito degli altri fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico (v. art. 1173 c.c.). Esso è enunciato dall'art. 2041 c.c., norma di chiusura del sistema chiamata ad operare in via sussidiaria nelle ipotesi in cui non sia azionabile ovvero non sia previsto un differente mezzo di tutela<sup>70</sup>. Il rimedio *de quo* regola, quindi, l'obbligo restitutorio di chi si arricchisce senza causa a danno di altro soggetto<sup>71</sup>. In tale prospettiva, può affermarsi che esso è conferma del principio causalistico<sup>72</sup> ed espressione di giustizia

---

<sup>70</sup> V. Codice civile, Libro IV, Delle obbligazioni, Titolo VIII, Dell'arricchimento senza causa, art. 2041 c.c., Azione generale di arricchimento, «Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda».

<sup>71</sup> Per una ricostruzione dell'istituto in dottrina Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 705 ss.; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit.; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964; SCHLESINGER, *Arricchimento (azione di), diritto civile*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, 1006 e ss.; FACCHINO, *L'azione generale di arricchimento dopo la riforma del codice civile*, in *Riv. Dir. Com.*, 1957, I, 430 e ss.; FAVA, *Il contratto*, 2012, 2341 e ss.; BOCCHINI-QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2016, 1300 e ss. e ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2016, 627 ss. In Giurisprudenza v. *Cons. di Stato*, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4702; *Cass.*, sez. I, 29 novembre 2007, n. 24949; *SS.UU.* 29 maggio 2008, n. 14201; *Cass.*, sez. I, 18 giugno 2008, n. 16596; *SS.UU.*, 11 settembre 2008, n. 23385; *SS.UU.*, 8 ottobre 2008, n. 24772, consultabili in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>72</sup> «Oggi si può dire che il principio di causalità rappresenta un vero e proprio principio cardine del nostro ordinamento. Nell'idea del legislatore, infatti, non può esistere, fatte salve le dovute eccezioni, uno spostamento patrimoniale sine causa. Ciò si evince nitidamente, ad esempio, dagli artt. 2033 e 2041 c.c., ovvero dalle norme che prevedono il pagamento dell'indebito e l'azione di ingiustificato arricchimento, che rappresentano degli strumenti di riequilibrio finalizzati proprio a rimediare a spostamenti patrimoniali privi di giustificazione causale [...] Se, quindi, come emerge dall'art. 2041 c.c., vi è un principio generale secondo il quale nessuno può arricchirsi ingiustamente, a contrario si può pacificamente affermare che qualunque spostamento patrimoniale deve essere giustificato». Così SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 276.

commutativa<sup>73</sup> in quanto il fine ultimo è quello di ripristinare l'originario equilibrio ingiustamente alterato.

Tracce del divieto generale di arricchimento senza causa sono rinvenibili già in epoca romana<sup>74</sup>.

Tuttavia, solo ad opera dei giusnaturalisti l'arricchimento senza causa divenne una clausola generale, al pari del principio del *neminem laedere*<sup>75</sup>. Tale azione ha ottenuto un espresso riconoscimento nell'ordinamento italiano solo con il codice del 1942. Il codice del 1865, infatti, sulla scia del modello francese, disciplinava esclusivamente la gestione di affari e la ripetizione dell'indebito, le quali in qualche modo sostituivano l'azione di ingiustificato arricchimento<sup>76</sup>.

Ebbene, l'art. 2041 c.c. codifica una clausola generale<sup>77</sup> che persegue lo scopo di garantire un costante adeguamento della legge alla

---

<sup>73</sup> A tal riguardo si ricorda che «*Iure natura aequum est neminem cum alterius deprimento et iniuria fieri locupletioem*», l'espressione è contenuta nel celebre frammento di Pomponio, conservato in D. 50.17.206. Cfr. CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1400.

<sup>74</sup> Il diritto romano non conosceva l'azione di arricchimento, bensì la «*condictio*», una *actio in personam* avente ad oggetto la restituzione di beni o somme di denaro derivante da un obbligo. Un rimedio a carattere recuperatorio che non aveva una causa determinata, ma era caratterizzato dall'astrattezza. Ciò consentiva di applicare l'azione in tutte le ipotesi in cui un soggetto aveva ricevuto una prestazione indebita.

<sup>75</sup> GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco*, Torino, 1996, 4 e ss.

<sup>76</sup> Cfr. CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1400. Giova precisare, tuttavia, che nell'ambito del codice del 65 esistevano riferimenti all'azione di arricchimento, pur se nell'ambito di norme aventi valenza settoriale. Si pensi agli artt. 445, 449, 450, 468, 470, 490 del codice civile del 65.

<sup>77</sup> In generale tutta la disciplina delle restituzioni si basa su clausole generali (giusta causa nella stipula art. 2041 c.c., doveri morali e sociali nell'art. 2034 c.c., buon costume nell'articolo 2035 c.c.). Giova rilevare che sovente la dottrina ha guardato con sospetto il ricorso alle clausole generali in quanto foriere di incertezze applicative e di abusi del potere giudiziario. (MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, in *Quaderni Romani Diritto Privato*, a cura di C. Angelici A. Di Majo, G.B. Ferri, A. Masi, Padova, 2000, 248 e ss; BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 5, *La responsabilità*, cit., 800 e ss.). Ciò ha in parte frenato l'evoluzione di tale rimedio, similmente a quanto è avvenuto con riguardo al concetto di ingiustizia del danno. (FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*. Artt. 1374 – 1381, in *Il codice civile commentato diretto P. Schlesinger*, Milano 1999, 181).

mutevole realtà sociale<sup>78</sup> descrivendo un sistema di tutele atipico<sup>79</sup> simile, *in parte qua*, al 2043 c.c.

L'arricchimento si identifica con la differenza tra la consistenza del patrimonio in seguito al fatto produttivo del medesimo e quella che il patrimonio avrebbe avuto ove tale fatto non si fosse verificato. Inoltre, deve essere oggettivo<sup>80</sup>, effettivo (ovvero non meramente eventuale) e patrimonialmente valutabile<sup>81</sup>. In altri termini, l'arricchimento è un concetto economico, deve avere natura patrimoniale e non morale.

Può consistere in un profitto diretto ovvero in un risparmio di spesa, in un aumento quantitativo<sup>82</sup> ovvero qualitativo<sup>83</sup> del patrimonio, in un'attribuzione patrimoniale ovvero nella liberazione da un debito.

L'arricchimento, altresì, può derivare sia da un'azione dell'arricchito, che da un'azione dell'impoverito. Alla prima categoria sono riconducibili le ipotesi di godimento, di disposizione<sup>84</sup> e di

---

<sup>78</sup> In questo senso ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, 9. In dottrina l'importanza del ruolo della clausole generali è stata affermata a partire dall'Ottocento. Cfr. KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Cont. e impr.*, Europa, 1998, 664 e RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, II, 718. VISINTINI,

<sup>79</sup> Sul punto ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., 42.

<sup>80</sup> L'arricchimento è ingiustificato in quanto privo di una giusta causa. Il legislatore ha preferito una connotazione oggettivistica, connessa al binomio arricchimento e diminuzione patrimoniale, senza alcun richiamo al requisito soggettivo. Ciò rappresenta il *discrimen* con le ipotesi dell'illecito civile ex art. 2043 c.c., ove è richiesto l'elemento soggettivo (dolo o colpa).

<sup>81</sup> Tali concetti sono ricostruiti in TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, *Diritto civile*, in *Enc. del Dir.*, III, Milano 1959, 70 e ss.

<sup>82</sup> Ad esempio quando si ottiene un bene proveniente dal patrimonio altrui.

<sup>83</sup> È il caso di miglioramenti apportati dal depauperato su un bene dell'arricchito.

<sup>84</sup> Per quanto concerne la fattispecie riguardante gli atti di disposizione di beni altrui il riferimento è all'art. 535 c.c.- in materia di alienazione di beni ereditari - ed all'art. 1776 c.c., contemplante l'ipotesi dell'erede del depositario che alieni in buona fede le cose consegnate in deposito. Da queste disposizioni è possibile desumere il principio in virtù del quale l'atto di disposizione, se compiuto in buona fede, comporta solo l'obbligo di restituire il profitto conseguito. Giova osservare, tuttavia, che il principio generale dettato in materia di arricchimento è in parte diverso rispetto alla disciplina contenuta nelle norme appena menzionate. Nel primo caso l'indennità è limitata al minor valore tra lucro conseguito e perdita inferta, invece nel secondo vi è l'obbligo di devoluzione integrale del corrispettivo conseguito. Nel caso in cui il bene sia stato trasferito a titolo gratuito, invece, il terzo acquirente è soggetto ad una responsabilità nei limiti dell'arricchimento. In materia di successioni, in conformità alla preferenza accordata per la tutela del regime dell'appartenenza rispetto alla certezza dei traffici, trova applicazione la regola in virtù della quale la disposizione avente ad oggetto beni che appartengono al terzo è affetta da nullità ex 651 c.c. Nel caso di alienazione di bene ricevuto indebitamente, invece, l'obbligo restitutorio muta in ragione dello stato soggettivo dell'*accipiens* ex 2038 c.c. A tale stregua, chi ha ricevuto la cosa in buona fede e l'ha alienata

consumazione di un bene altrui<sup>85</sup>. La fattispecie *de qua* presenta punti di contatto con l'illecito aquiliano sul piano dell'elemento oggettivo, inteso come lesione di un diritto, tuttavia se ne discosta sotto il profilo dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), essenziale ai fini della configurabilità del 2043 che, invece, è irrilevante ai fini dell'azione di arricchimento.

Nell'ambito della categoria dell'arricchimento riconducibile all'iniziativa dell'impoverito si è soliti ricondurre tutte quelle azioni compiute senza spirito di liberalità che comunque sono idonee ad apportare un vantaggio patrimoniale ad altro soggetto c.d. arricchito (si pensi alle addizioni, ai miglioramenti, alle riparazioni). In particolare, si discorre di «arricchimento imposto» allorché l'impoverito, in assenza di previo consenso o di imposizione normativa, effettua in buona fede delle modificazioni qualitative o quantitative al patrimonio dell'arricchito<sup>86</sup>.

---

indebitamente è tenuto a restituire il corrispettivo. Chi, invece, ha alienato la cosa ricevuta in mala fede è tenuto a restituirla in natura o a corrisponderne il valore. Nel caso in cui il bene sia stato trasferito a titolo gratuito, invece, il terzo acquirente è sempre soggetto ad una responsabilità nei limiti dell'arricchimento.

<sup>85</sup> Ebbene, anche il semplice uso abusivo di beni altrui può integrare gli estremi dell'arricchimento senza causa. La legge garantisce al titolare anche il valore d'uso del bene. Sarà azionabile il 2041 c.c. anche ove comunque il proprietario non avrebbe utilizzato detto bene e anche ove la *res* non sia stata integralmente consumata. Ciò conferma il principio secondo cui è possibile rinvenire un arricchimento anche in assenza di danno. In questi termini, CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1304. Cfr. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., 240 e ss.

<sup>86</sup> In questo caso viene in rilievo uno scontro tra principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica e principio di equità sotteso all'azione di arricchimento. Al fine di conciliare gli opposti principi la dottrina ritiene che nel caso di arricchimento riconducibile all'iniziativa del depauperato l'obbligo restitutorio sussista laddove l'arricchito accetti la prestazione, ma anche nell'ipotesi in cui, pur in assenza di consenso, il depauperato migliori il bene altrui in buona fede credendolo proprio e in generale ogniqualvolta le spese sostenute costituiscano un beneficio incontrovertibile. In questo senso CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1303 Sui cd. «*Incontrovertibile benefit*» v. GOFF – JONES, *The law of restitution*, Londra, 1966, 144 e ss. Cfr. FRANCESCHETTI- MARASCA, *Le obbligazioni*, Torino, 2008, 697 e ss., scrive «Secondo un'opinione, uno dei presupposti dell'azione è che l'arricchimento sia stato conseguito anche grazie alla volontà dell'arricchito, o perlomeno senza che costui fosse contrario; se costui era contrario ad arricchirsi, oppure se chi si è impoverito era in mala fede, l'azione non è esperibile; questo perché deve essere tutelata la volontà dei soggetti di non arricchirsi se non ne hanno l'intenzione. Ad esempio non sarebbe esperibile l'azione di arricchimento da parte dell'imbianchino che ha dipinto per sbaglio la casa di un altro soggetto e non del suo cliente. Confermano tale principio numerose norme del codice (per esempio gli articoli 1592, 936 e 939)».

Tra le fonti dell'arricchimento senza causa vi è anche l'esecuzione di una prestazione di lavoro *prohibente domino*<sup>87</sup>. In questo caso, tuttavia, si rivela determinante non la disciplina di cui all'art. 2041 c.c., bensì quella di cui al 2126 c.c. che impone in ogni caso la retribuzione della prestazione di lavoro effettuata anche nel caso di nullità del contratto di lavoro.

Secondo l'orientamento tradizionale anche l'impovertimento costituisce presupposto essenziale dell'azione<sup>88</sup> e così come l'arricchimento quest'ultimo deve essere effettivo ed economicamente valutabile<sup>89</sup>.

Il pregiudizio indennizzabile è tradizionalmente fatto coincidere con la perdita causata dall'arricchimento, non dando rilievo, di tal guisa, al mancato guadagno<sup>90</sup>.

Si fa leva, in questa prospettiva, sulla distinzione ontologica esistente tra perdita – rilevante ai sensi del 2041 - e danno, rilevante ai sensi del 2042. La prima riguarda la sola alterazione peggiorativa delle componenti attuali del patrimonio, il secondo, invece, è comprensivo anche del mancato guadagno<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup>A differenza dell'arricchimento imposto, in questo caso, non solo l'arricchito ha rifiutato la prestazione, ma si è addirittura opposto alla sua esecuzione. È il caso di un soggetto che inizi un'attività lavorativa ovvero la continui senza il consenso del datore. (perché ad esempio licenziato). Dopo un lungo dibattito giurisprudenziale è stato stabilito che il datore di lavoro che ha ottenuto un incremento patrimoniale a seguito della prestazione deve retribuire (più che indennizzare) il lavoratore ai sensi dell'articolo 2126 c.c. (Cfr. *App. Bologna 8 luglio 1960, in Riv. Dir. Lav.*, 1962, II, 1; *Cass. 10 maggio 1963 n. 1153, in Giur. It.*, 1963, I, 854, relativo alla vicenda del custode di uno stabilimento che, nonostante il licenziamento ed il rifiuto del datore di lavoro, non restituiva le chiavi e continuava a svolgere la propria attività).

<sup>88</sup> Infatti la norma discorre espressamente di «correlativa diminuzione patrimoniale».

<sup>89</sup> In senso parzialmente difforme si esprime ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., sul quale si tornerà tra poco.

<sup>90</sup> In questo senso SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 134 e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 707 – 708.

<sup>91</sup> Anche le note Sezioni Unite 11 settembre 2008, n. 23385 hanno ribadito la computabilità ai fini della determinazione dell'indennità del solo danno emergente. In quest'occasione la corte ha enunciato il seguente principio di diritto: «In tema di azione d'indebito arricchimento nei confronti della P.A., conseguente all'assenza di un valido contratto di appalto di opere (nella specie perché annullato dal Giudice Amministrativo), tra la P.A. (nella specie un Comune) ed un privato (nella specie un consorzio di cooperative) l'indennità prevista dall'art. 2041 cod. civ. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed

In questa prospettiva, si osserva che commisurare l'indennità prevista dal 2041 c.c. non solo al danno emergente, ma anche al lucro cessante, comporterebbe una inammissibile equiparazione dell'ingiustificata diminuzione patrimoniale con il danno rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c.

L'azione generale di arricchimento non è finalizzata ad attuare una *restitutio in integrum*, bensì tende alla eliminazione delle iniquità che si producono a seguito di uno spostamento patrimoniale ingiustificato. In altri termini, non mira alla ricomposizione del patrimonio dell'impoverito, ma ad eliminare lo squilibrio creatosi attraverso lo spostamento patrimoniale ingiustificato. Inoltre, la linea di demarcazione tra i due istituti va rintracciata anche nell'elemento soggettivo, che nell'ipotesi dell'arricchimento è totalmente irrilevante, mentre nell'illecito aquiliano è elemento costitutivo. Le Sezioni Unite osservano, quindi, che non si può traslare supinamente il concetto di danno proprio dell'illecito aquiliano nell'alveo del 2041 c.c., pena la creazione di una forma di responsabilità oggettiva priva di espresso fondamento legislativo<sup>92</sup>.

Tale conclusione fa perno, inoltre, sul dato letterale.

L'art. 2041 c.c. nel determinare l'indennizzo dovuto fa espressamente riferimento alla «correlativa diminuzione patrimoniale». La norma sembrerebbe chiara nell'individuare l'entità dell'indennizzo

---

efficace; pertanto, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, non può farsi ricorso alla revisione prezzi, tendente ad assicurare al richiedente quanto si riprometteva di ricavare dall'esecuzione del contratto, la quale, non può costituire neppure un mero parametro di riferimento, trattandosi di meccanismo sottoposto dalla legge a precisi limiti e condizioni, pur sempre a fronte di un valido contratto di appalto (Principio enunciato dalle Sezioni Unite, in fattispecie antecedente alla legge 24 aprile 1989, n. 144, risolvendo un contrasto in riferimento ai criteri di calcolo dell'indennizzo ex art. 2041 cod. civ.)». Consultabile in *Corriere giur.*, 2009, 59, con nota DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*; PISANELLI, *L'istituto della revisione prezzi non è il parametro di riferimento*, in *Guida dir.* 2008, f. 40, 32.

<sup>92</sup> Questi gli argomenti utilizzati dalle Sezioni Unite 11 settembre 2008, n. 23385, sulla quale v. DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*, cit., 68; PISANELLI, *L'istituto della revisione prezzi non è il parametro di riferimento*, cit., 32.

nella minor somma sussistente tra arricchimento di un soggetto e impoverimento dell'altro<sup>93</sup>.

È evidente che il concetto di impoverimento così descritto è destinato a perimetrare ed individuare la portata dell'obbligo restitutorio.

In definitiva, il soggetto che senza una debita giustificazione causale ricavi un utile superiore all'impoverimento potrà lucrare il plusvalore ( c.d. profitto netto) ottenuto grazie alle proprie capacità<sup>94</sup>. A ciò si aggiunga che sarà possibile anche una *compensatio lucri cum damno* ove l'impoverito abbia beneficiato di eventuali vantaggi patrimoniali derivanti dal comportamento altrui, con conseguente ulteriore riduzione dell'indennizzo<sup>95</sup>.

A tal riguardo, è opportuno evidenziare che parte della dottrina ha tentato di fornire una soluzione alla problematica oggetto di studio appellandosi proprio all'azione generale di arricchimento. In tale prospettiva, l'art. 2041 c.c. andrebbe ad affiancarsi all'art. 2043 c.c. riempiendo i vuoti di tutela lasciati da quest'ultimo, il quale – come noto - non può operare nè nei casi di buona fede<sup>96</sup>, né in assenza di un vero e proprio danno. Questa lettura - sulla scorta degli insegnamenti provenienti dal diritto angloamericano ove questa problematica è risolta grazie all'ausilio dei rimedi restitutori<sup>97</sup> - valorizza la clausola generale scolpita

---

<sup>93</sup> In questo senso GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 707 – 708.

<sup>94</sup> Secondo un'autorevole dottrina lo strumento restitutorio deve essere limitato al danno effettivo, in quanto la restituzione del profitto netto violerebbe il principio secondo il quale le ricchezze devono affluire verso la loro utilizzazione più efficiente in questo senso GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., 51. Nella stessa prospettiva si inserisce anche chi ritiene che «se la somma potesse implicare il versamento al danneggiato di somme molto più importanti, e fuori di ogni proporzione con il danno, subire un atto illecito potrebbe risolversi in un affare, dal che potrebbe derivare un allentamento delle misure di precauzione da parte delle vittime potenziali» così TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, cit., 1156 e ss.

<sup>95</sup> In argomento, ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., 305 e ss. e CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1305.

<sup>96</sup> Non richiedendosi in questo caso né dolo né colpa che, com'è noto, costituiscono elementi strutturali della fattispecie dipinta dall'art. 2043 c.c.

<sup>97</sup> Cfr. PALMER, *The law of restitution*, Boston-Toronto, 1978, p. 133, che afferma «*the general requirement...does not mean that the gain to the defendant need to be equated to the loss to the plaintiff, nor*

dall'art. 2041 c.c. facendo coincidere il concetto di danno rilevante in tale sede con la mera ingerenza ingiustificata nell'altrui sfera giuridica. In altri termini, non si richiede l'accertamento di una diminuzione patrimoniale nella sfera dell'impovertito e si rivendica l'autonomia del concetto di danno di cui al 2041 c.c., negando diritto di cittadinanza ad una lettura panauquiliana di tale norma. L'indennizzo, di tal guisa, sarà commisurato non alla perdita subita dall'attore, bensì al semplice pregiudizio inteso in senso lato ovvero al profitto ingiustamente locupletato<sup>98</sup>.

Autorevole dottrina, tuttavia, osservava che «il presente problema non ha nulla a vedere con la materia dell'arricchimento senza causa. L'arricchimento senza causa presuppone l'incremento patrimoniale di un soggetto, e il correlativo depauperamento del controinteressato; presuppone dunque il danno (nel senso di depauperamento) del soggetto, a cui è concessa l'azione. La questione che qui si pone è un'altra: se il soggetto della lesione debba riversare al soggetto leso il proprio

---

*indeed that there need be any loss to the plaintiff except in the sense that a legally protected interest has been invaded».*

<sup>98</sup> In questo senso si esprime ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., *passim*. e GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, 450. Cfr. anche LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione in merito ad una recente indagine*, cit. 709 ove l'A. afferma: «Da un lato, può ben considerarsi vigente, all'interno dell'ordinamento, una regola restitutoria del profitto eccedente il simmetrico pregiudizio, dall'altro, il riconoscimento di tale regola non impone una rilettura lettura dell'articolo 2041 comma 1, perché la limitazione espressa in quella norma continua a conservare un ruolo specifico in relazione arricchimento di di buona fede. In concreto, ciò significa che l'obbligazione restitutoria operante nei confronti dell'autore della disposizione del diritto altrui, non consapevole dell'altruità, non può eccedere il valore dell'oggetto del medesimo atto di disposizione illegittima. La restituzione di tale *surplus* potrà invece essere imposta ove la disposizione sia stata perpetrata in malafede. Se ci si ostinasse, anche in questa circostanza, a limitare l'obbligazione al mero "valore oggettivo" prendendo in considerazione solo la "più normale" delle utilizzazioni possibili del bene giuridico, ciò potrebbe costituire incentivo al più intenso e dinamico sfruttamento del diritto altrui, con fatale sacrificio di quest'ultimo. Onde evitare tale esito, ci si troverebbe costretti a considerare "valore oggettivo" il profitto che l'uomo medio avrebbe ricavato dal bene in conformità della destinazione comparativamente più lucrosa fra quella impressa all'autore della lesione è quella che gli avrebbe impresso il soggetto leso. Così inteso, il valore obiettivo coinciderebbe con la maggior somma fra l'arricchimento e il depauperamento. Ciò significa che, anche quando il rimedio così teorizzato concorra con il rimedio risarcitorio su di un terreno che possa reputarsi comune ad entrambi esso non sarà di certo costretto nel limbo della sussidiarietà: piuttosto la preferenza verrà accordata al primo fra i due in quanto l'unico in grado di scongiurare e, prima ancora, prevenire l'illecito dannoso».

arricchimento, indipendentemente dal depauperamento arrecato (ossia, quando il depauperamento manca, od è inferiore all'arricchimento)»<sup>99</sup>.

Ma più a monte parte della dottrina sostiene l'inapplicabilità del rimedio di cui al 2041c.c. alla problematica oggetto di studio per una motivazione di tipo strutturale.

Non devono essere, a tal fine, confusi i limitrofi, ma distinti concetti di arricchimento ingiustificato e di arricchimento ingiusto.

L'art. 2041 c.c. è norma chiamata a regolare gli spostamenti patrimoniali ingiustificati. Tuttavia, autorevole dottrina osserva che «il profitto conseguito in modo antiggiuridico sarà forse privo di una causa *secundum ius*, ma non è privo di una causa qualsiasi. Il profitto ricavato dall'autore della lesione è il premio della sua iniziativa; l'iniziativa potrà essere biasimevole; ma è pur sempre un fatto dell'autore della lesione. Lo stesso arricchimento, ove sia assegnato al titolare del diritto leso, è invece privo di qualsiasi altra causa diversa da questa, che il titolare del diritto leso deve essere altresì titolare di tutti i risultati utili conseguiti mediante il bene, che forma oggetto del suo diritto. L'attribuzione dell'arricchimento al titolare del diritto leso ha dunque una causa altrettanto labile e controvertibile quanto l'avrebbe l'attribuzione del profitto all'autore della lesione»<sup>100</sup>.

D'altro canto, il carattere della sussidiarietà che caratterizza detto rimedio – espressamente contemplato dall'art. 2042 c.c. - confina la concreta operatività dello stesso in ipotesi del tutto marginali. In altri termini, l'art. 2042 c.c. impedisce che il rimedio restitutorio si cumuli con altri strumenti specifici<sup>101</sup>. A tale stregua, l'azione di ingiustificato

---

<sup>99</sup> v. SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 3.

<sup>100</sup> Così SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 134.

<sup>101</sup> In ordine al concetto di sussidiarietà dell'azione si contrappongono due diversi orientamenti. Secondo una prima ricostruzione deve essere esclusa l'applicazione dell'azione di arricchimento nei casi in cui in

arricchimento si presenta come un «rimedio estremo da invocare soltanto quando la situazione di squilibrio non possa venire regolata con altro mezzo riconosciuto dalla legge»<sup>102</sup>.

A ciò si aggiunga che si tratta di un istituto marginalizzato nella prassi applicativa, tanto da condurre alcuni autori a discorrere di «esequie all'articolo 2041»<sup>103</sup>.

Quanto detto dimostra l'incapacità del rimedio scolpito nell'ambito del 2041 c.c. di rispondere alle pregnanti esigenze di tutela sottese alla tematica dell'illecito efficiente.

A tale stregua, l'arricchito è chiamato a restituire solo la minor somma tra danno e arricchimento, la differenza ulteriore finisce con l'essere sostanzialmente un premio<sup>104</sup> per la sua condotta. Questa è una conclusione inaccettabile.

A tal riguardo, si ricordano le parole di chi ha affermato che «la necessaria ricorrenza del presupposto del danno nel diritto italiano non manca nella pratica di tra dursi in un diniego di tutela»<sup>105</sup>.

---

astratto il legislatore contempra un'altra azione, anche nell'ipotesi in cui quest'ultima non sia utilmente esperibile in concreto (ad es. perché prescritta). Tale orientamento esclude il rischio di elusione delle preclusioni processuali. Secondo altro orientamento, il concetto di sussidiarietà deve essere inteso in concreto. Conseguentemente l'azione di arricchimento sarà esperibile anche quando, pur avendo il legislatore previsto altre azioni in astratto, queste, tuttavia, non siano più fruibili in concreto. In argomento v. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., 334 e ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 707 e CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1302-1303.

<sup>102</sup> TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, *Diritto civile*, cit., 74.

<sup>103</sup> Espressione di SALCIARINI, *Esequie all'articolo 2041 del codice civile*, in *Giur. It.*, 1956, I, c. 689; discorre, invece, di «norma rifugio» LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989, 12.

<sup>104</sup> «Non manca chi a prima vista si sentirà stimolato alla difesa dell'insegnamento corrente secondo cui (allorquando il soggetto lesso non abbia subito un depauperamento) l'autore della lesione può trattenere tale supero [...] tutto il supero realizzato dall'autore della lesione è dovuto esclusivamente al suo merito: alla sua iniziativa, all'abilità [...] alla sua perizia da lavoratore. Se non v'è ragione inconfutabile perché il soggetto, il cui diritto è stato lesso, pretenda oltre ai danni subiti, il maggiore arricchimento prodotto dall'autore della lesione, non v'è nemmeno ragione, per cui tale maggiore arricchimento debba competere all'autore della lesione», tratto da SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 7 e ss.

<sup>105</sup> V. LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 700 ss.

#### 4. Alla ricerca della soluzione perduta

In un sistema che limita le pretese del danneggiato all'esistenza di un danno, il vero problema che stimola la presente indagine è la ricerca di uno strumento di tutela che consenta di ottenere la restituzione di quel profitto netto, quale integrale arricchimento ottenuto dall'usurpatore.

L'indagine è quindi teleologicamente orientata a rispondere ad una domanda di giustizia a misura degli interessi concretamente coinvolti, al fine di evitare di giungere alla paradossale conclusione<sup>106</sup> di premiare l'autore della condotta illecita.

Si tratta di indagare le possibili soluzioni prospettabili a fronte del conflitto tra titolare del diritto leso e autore dell'iniziativa che ha tratto un profitto in modo anti-giuridico.

Posto che non sembra possa risolversi la problematica in esame semplicemente rievocando la nota formula secondo cui nessuno può trarre profitto da un proprio illecito<sup>107</sup> in quanto, in tal guisa, si finisce semplicemente per riproporre in termini solo formalmente diversi l'enunciazione di quanto, invece, dovrebbe costituire oggetto di spiegazione<sup>108</sup>.

Del pari, non sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che così come il creatore del rischio deve rispondere delle conseguenze dannose dello stesso, nello stesso modo il creatore dell'arricchimento può appropriarsi dello stesso<sup>109</sup>. A ben guardare anche l'opinione *de qua* non

---

<sup>106</sup> SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 9.

<sup>107</sup> Il riferimento è alla formula «Questa Corte non permette ad alcuno di trarre profitto da un torto» è tratta da una sentenza del giudice inglese Lord Hatherley, fu preposta come motto dallo SCHULZ, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, in *Arch. f. cir. Praxis*, 1909, 440 e 441.

<sup>108</sup> In questo senso si esprime SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 135

<sup>109</sup> In questo senso RIPERT et TESSEIRE, *Essay d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit français*, in *Rev. trim. de dr. civ.*, t. III, 1904, 755 ss.

si cura di dimostrare l'esistenza di un serio fondamento atto a sostenere tale assunto<sup>110</sup>.

Ciò posto, giova evidenziare che queste riflessioni hanno spinto dottrina, giurisprudenza e lo stesso legislatore alla ricerca di soluzioni adeguate<sup>111</sup> finalizzate ad obbligare l'autore dell'illecito a restituire l'ingiusta locupletazione.

Questa virtuosa cooperazione tra formanti ha tracciato una parabola evolutiva che, talvolta, si è conclusa con l'intervento del legislatore, il quale, sensibile alle sirene echeggiate da dottrina e giurisprudenza, si è tuttavia limitato ad intervenire nell'ambito di discipline di settore<sup>112</sup>.

La scelta di intervenire in settori specifici è probabilmente da ricollegare al fatto che sembrano venire in rilievo meccanismi rimediali che presentano profili di (apparente?) inconciliabilità con gli strumenti tipici "nostrani", la cui matrice è verosimilmente da ricercare nell'ambito di altri ordinamenti<sup>113</sup>.

L'intervento del legislatore limitato in settori specifici demanda alla dottrina e alla giurisprudenza l'arduo compito di ricercare soluzioni

---

<sup>110</sup> In questo senso SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 136 il quale al contempo riconosce che detta ricostruzione ebbe il merito di intuire i termini generali di un problema che nessuno, in Francia, vedeva con chiarezza.

<sup>111</sup> A tal proposito emergono le riflessioni concernenti gli istituti della gestione di affari altrui (v. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 114 ss.; SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche e restituzione del profitto*, cit. *passim*; GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit., 174), dell'arricchimento ingiustificato (v. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., 15; TROIANO, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, cit., 207) della restituzione dei frutti (v. GITTI, *il "possesso dei beni immateriali" e la riversione dei frutti*, in AIDA, 2000, 152). Per un sintetico ed efficace quadro riepilogativo delle soluzioni emerse in dottrina e in giurisprudenza si rimanda a P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto lecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, cit., 523.

<sup>112</sup> A titolo meramente esemplificativo si richiamano: l'art. 125 codice della proprietà industriale (Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30); l'art. 12 della l. n. 47/1948 (legge sulla stampa), l'art. 156 della l. 22 aprile 1941 n. 633 (legge di protezione del diritto di autore) e l'art. 18 della l. n. 349/1986 in tema di danno ambientale. Quest'ultima disposizione, tuttavia, è stata eliminata in conseguenza delle modifiche legislative introdotte dal d.lgs. 3.4.2006, n. 152 (c.d. codice ambiente).

<sup>113</sup> In questi termini anche ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 C.P.I.*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2013, 1, 25.

“alternative”, che possano avere una portata generale e quindi idonee ad operare anche al di fuori dei casi espressamente disciplinati dalla legge.

Per di più, la problematica dell’illecito efficiente si presenta ancora più inquietante in settori sensibili come quello della proprietà industriale, ove la contraffazione economicamente profittevole rischia di alterare il libero gioco della concorrenza e di ostacolare l’innovazione; in tal guisa, si determina un risultato che contraddice gli scopi perseguiti dalla legge nel riconoscere e regolare le private.

In altri termini, “premiare” la contraffazione efficiente rende inevitabilmente instabili i diritti di proprietà industriale e conseguentemente pregiudica la competitività e il funzionamento del mercato<sup>114</sup>.

Il dibattito circa l’allocazione del plusvalore, inteso quale profitto netto sorto in assenza di danno o quando sia superiore alla perdita subita, risale agli anni Sessanta.

Tuttavia, i recenti arresti giurisprudenziali in tema di ammissibilità dei *punitive damages* consegnano all’interprete un principio che forse può in modo indiretto illuminare i percorsi interpretativi che negli anni hanno seguito dottrina e giurisprudenza per risolvere l’“ombrosa” problematica degli arricchimenti ingiusti<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> In questi termini GUGLIEMMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit. 177 ss.; v. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, cit., 204. Per uno studio relativo al delicato legame che avvince la concorrenza e la tutela dei diritti di proprietà intellettuale si veda *ex multis*, BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004, *passim*; R. PARDOLESI, GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e “liaisons dangereuses”*, in *Foro it.*, V, 2003, 194.

<sup>115</sup> A tal riguardo si osserva che anche SACCO, *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 11 affermava che: «De iure condendo, la condanna al pagamento del valore obiettivo del bene sottratto ad altri, la condanna alla riversione dell’arricchimento illegittimamente conseguito, la condanna alla pena privata, appaiono i correttivi integratori del sistema giuridico italiano quale ci è presentato dall’insegnamento comune».

La ricerca si dirige – sulla base di indicazioni metodologiche alimentate dall'analisi comparativa - verso una soluzione omologante<sup>116</sup> che non sembra poi tanto impraticabile alla luce dell'evoluzione del sistema.

Si passeranno di seguito in rassegna i tentativi dottrinali di fornire una risposta alla tematica oggetto di studio e, di seguito, i principali indici normativi in cui è dato cogliere la volontà del legislatore di dare ingresso a strumenti in grado di garantire il duplice obiettivo di sanzionare l'autore dell'illecito e di dissuadere chicchessia dall'emulare tale condotta illegittima.

Non è detto che le precedenti acquisizioni, con tutto il peso della loro autorità, precludano inevitabilmente sviluppi ulteriori e ancor meno quelli futuri.

---

<sup>116</sup> Sul concetto di omologazione (inteso come «opera di riduzione delle categorie di un ordinamento alle categorie di un'altra area culturale») v. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, cit., 40 ss.

## CAPITOLO II

### I RIMEDI PROSPETTATI DAL FORMANTE<sup>117</sup>

#### DOTTRINALE

##### 1. Premessa

Come è stato precedentemente accennato, la nozione di illecito efficiente è pressoché sconosciuta al sistema normativo italiano; tuttavia, appare facile esprimere detto concetto trattando dell'illecito senza danno, ovvero di fattispecie che abbiano tutti i connotati del comportamento anti-giuridico<sup>118</sup>, ma che difettino dell'elemento oggettivo della conseguenza dannosa ovvero che procurino all'usurpatore un lucro maggiore della perdita arrecata al titolare del diritto <sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Come precedentemente accennato il concetto di formante è stato ideato da SACCO in *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 47 ss.

<sup>118</sup> Con riguardo all'obiettiva anti-giuridicità degli atti di disposizione di diritti altrui il SACCO scrive a pagina 99, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit. che: «dell'obiettiva ingiustizia (ossia, dell'anti-giuridicità) dell'atto di disposizione dei diritti alieni non è possibile dubitare se si prova che la legge assegna al titolare del diritto una pretesa *erga omnes*, a che nessuno disponga del diritto medesimo. La relativa norma è espressa soltanto in tema di proprietà (il proprietario ha diritto di disporre delle cose in modo esclusivo), ma la sua esistenza è resa pacifica dall'insegnamento tradizionale ed incontestato (*culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*)». Va, infatti, considerato che le ipotesi di c.d. arricchimento ingiusto derivano di solito non da condotte dirette a ledere o a distruggere materialmente un bene altrui, ma da comportamenti che violano la titolarità del potere di disposizione su di un bene. A tal riguardo NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, III, 784 afferma che: «invero, della lesione come fatto distruttivo di ricchezza si può ben distinguere una lesione come appropriazione di ricchezza. Il diritto, in altri termini, è lesa aquilianamente quando vi è lesione sotto il profilo del godimento, mentre si configura una fattispecie di arricchimento ingiustificato quando la lesione inerisce al potere di disposizione inteso come prerogativa del titolare sulla ricchezza derivante da atti di disposizione sul bene. I c.d. illeciti che non producono depauperamenti, ma arricchimenti sono in definitiva lesioni dal punto di vista di questa prerogativa assegnata in via esclusiva al titolare e che quindi dev'essere tutelata nel caso di ingerenze non autorizzate da parte di altri». Sulla distinzione tra «lesione del potere di godimento» e «lesione del potere di disposizione», con particolare riguardo alla lesione della proprietà industriale si rinvia a capitolo 3, par. 3. Cfr. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 200 ss.; PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005 e CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., *passim*.

<sup>119</sup> In argomento v. LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 700. Afferma l'A. che il riferimento vale a rievocare la formula pomponiana relativa alle ipotesi in cui vi sia *iniuria senza detrimento*.

Si avrà modo di osservare nel prosieguo della trattazione che la copertura di questa lacuna normativa non richiede necessariamente una modifica ad opera del legislatore. È stato pregio di un esiguo ma decisivo contributo dottrinale - che ha trattato più in generale la problematica degli arricchimenti ingiusti - tentare di colmare detto vuoto di tutela, adattando norme esistenti a una situazione di fatto non ovviabile attraverso altri rimedi.

Inoltre, il B.G.B. risolve detta problematica *apertis verbis* sancendo che chiunque consegua un arricchimento senza causa giuridica, a spese altrui, è tenuto alla restituzione del profitto<sup>120</sup> anche quando la lesione non dia origine ad un vero depauperamento.

In altri termini, il riferimento al danno scompare e viene in rilievo il concetto di «*auf dessen Kosten*». Tale espressione venne preferita in sede di codificazione affinché risultasse inequivocabile la sufficienza della sola presenza del profitto realizzato attraverso lo sfruttamento abusivo delle altrui risorse e, conseguentemente, la non necessità del danno al fine di esperire il rimedio in parola<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> PLANCK'S, *Kommentar zum B.G.B.*, II, *Recht der Schuldverhältnisse, Bes. Teil.*, VI ed., Berlino e Lipsia, 1928, § 812, 1624.

<sup>121</sup> Rammonta GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Tratt. Dir. Comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 1997, 74 come il principio descritto abbia ricevuto autorevole avallo da una decisione della Corte Suprema del 1971 (*Flugreiseentscheidung*): BGHZ 55,128. Proprio sul presupposto che alla nascita delle obbligazioni restitutorie non sia coesistente la prova del danno i giudici condannarono un minore che aveva viaggiato in aereo senza biglietto da Amburgo fino a New York, a pagare il corrispettivo del volo: in questo caso non entrava in gioco né la responsabilità contrattuale (il minore non aveva concluso alcun contratto con la compagnia aerea), né quella aquiliana, non essendo riscontrabile un danno. Il minore aveva tuttavia risparmiato una spesa, ed era quindi configurabile il rimedio dell'arricchimento senza causa. Ricalcano le direttrici tracciate in materia dal B.G.B.: il Codice federale svizzero all'art. 62 (Cfr. CHAPPINS, *La restitution des profits illegittimes*, Helbig, Liechtenstein, Faculté de Droit de Geneve, 1991); il nuovo codice brasiliano (entrato in vigore nel 2003 sul quale v. NEGREIROS, *Enriquecimento sem causa – aspectos de sua aplicação no Brasil como un principio geral de direito*, in *Revista de Ordem dos Advogados*, 55 – III, Lisboa, 1995, 798); il codice portoghese all'art. 885 (Cfr. DE ALMEIDA COSTA, *Nocoes de direito civil*, Coimbra, 1991, 76 ss.) e infine sulla stessa scia si pone anche il codice Giapponese che in luogo dell'espressione «correlativa diminuzione patrimoniale» preferisce il concetto di arricchimento ottenuto a spese altrui (Cfr. *Civil code of Japan*, trad. Inglese di Becker, Londra, 1909). Per ulteriori riferimenti sul punto nell'ambito delle opere italiane v. *ex multis* ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., 374 – 377. Si avrà modo di porre l'attenzione sul sistema angloamericano nel prosieguo della trattazione.

*Ergo* «Il B.G.B. risparmia il lavoro agli interpreti con il chiaro ed esplicito § 816, secondo cui il non legittimato, il quale compia un atto di disposizione efficace nei confronti del legittimato, risponde nella misura di quanto ha conseguito per effetto dell'atto di disposizione. Nessuna limitazione di responsabilità è prevista per il caso in cui la prestazione conseguita sia superiore ai danni subiti dal titolare del diritto alienato. La dottrina sottolinea che l'azione di cui al § 816 adempie ad una funzione pratica proprio in quanto è svincolata dai normali presupposti dell'azione aquiliana»<sup>122</sup>.

Infine giova notare in una prospettiva comparatistica che, in realtà, in tutti i sistemi che non ricalcano il modello francese la prova di un danno effettivo non è richiesta. Quello che nell'ordinamento italiano è denominato danno s'identifica, invece, in altri ordinamenti con la semplice interferenza ovvero ingerenza non giustificata nella sfera giuridica di un altro soggetto<sup>123</sup>.

## **2. La pioneristica soluzione avanzata dal Sacco**

La dottrina che per prima<sup>124</sup> ha affrontato la questione ha riconosciuto l'operatività, all'interno dell'ordinamento, di un principio non scritto alla luce del quale imporre la restituzione dei profitti ottenuti mediante «fatto ingiusto»<sup>125</sup> indipendentemente dall'impoverimento arrecato ed a prescindere dallo stato soggettivo in cui l'autore del fatto si

---

<sup>122</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 107.

<sup>123</sup> In argomento ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., 377, inoltre si rinvia a quanto detto in nota 116.

<sup>124</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., spec. 114 ss.

<sup>125</sup> L'espressione è da ricondurre sempre a SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., *passim*.

trovasse al momento della lesione. Ad avviso di tale orientamento il principio in questione «si manifesta in tema di indebita ingerenza di mero fatto, di atto di disposizione, di godimento e sfruttamento del bene altrui; e pervade, cioè, l'intera materia dei fatti lesivi»<sup>126</sup>.

Del resto, si osserva che «per il diritto romano, gli atti di disposizione del non titolare erano, salve rarissime eccezioni, inefficaci. Tanto basta perché il nostro legislatore, dopo aver previsto e regolato numerosissimi atti di disposizione del non titolare efficaci in virtù dell'apparenza, o della buona fede, o della pubblicità ecc., abbia omesso di regolare le conseguenze che, dal verificarsi di tale atto, derivano nei rapporti interni fra l'antico titolare del diritto, privato del suo bene per effetto dell'atto di disposizione, e colui che tale atto di disposizione ha posto in essere»<sup>127</sup>.

In tale prospettiva, il principio in questione non trova una consacrazione espressa, ma è desumibile da un'analisi sistematica di diverse previsioni codicistiche che si passeranno di seguito in rassegna e trova, in particolare, espressione nella norma di cui all'art. 2032, ai sensi della quale «la ratifica dell'interessato produce, relativamente alla gestione, gli effetti che sarebbero derivati dal mandato, anche se la gestione è stata compiuta da persona che credeva di gestire un affare proprio»<sup>128</sup>. In altri termini, secondo l'interpretazione *de quo* il rinvio che

---

<sup>126</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 114.

<sup>127</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 97.

<sup>128</sup> Si ricorda con riguardo alla gestione di affari altrui che «a fronte di un generale principio di tendenziale indipendenza delle sfere giuridiche, la legge ammette il compimento di atti che possono produrre effetti nella sfera giuridica altrui, anche in assenza di mandato e cioè di incarico dell'interessato, quando tali atti si rivelino utili per l'interessato. In tale ottica si colloca *la gestione di affari altrui*, la quale consiste nel compimento di atti spontaneamente e utilmente posti in essere dal gestore nell'interesse altrui, in assenza di ogni rapporto legale o contrattuale che imponga al gestore di intervenire nella sfera giuridica altrui. Devono dunque ricorrere: a) *l'utile cura* di un affare altrui; b) l'assunzione *scientemente* (cioè con consapevolezza) e *spontaneamente* (cioè senza esservi obbligato); *l'assenza dell'interessato* e comunque l'assenza di una sua proibizione. La disciplina segna un punto di equilibrio tra la tutela delle sfere individuali l'operare di un criterio di socialità: perciò la gestione è fonte di obbligazioni se compiuta quando

l'art. 2032 c.c. effettua alla disciplina del mandato a seguito della ratifica dell'interessato fa sì che quest'ultimo possa pretendere dal gestore sia il rendiconto che il profitto dell'operazione. Quanto detto, in definitiva, vuol significare che qualunque sia l'*animus* del gestore, egli ha l'obbligo, a fronte della ratifica dell'interessato, del rendiconto e alla restituzione del profitto, restando, naturalmente, impregiudicate le indennità e gli altri diritti che potrebbero competere al gestore<sup>129</sup>. L'art. 2032 c.c., dunque, sarebbe in grado di regolare ogni ipotesi di gestione oggettivamente aliena a fronte del ricorrere del requisito della ratifica dell'interessato, volta ad attribuire efficacia all'altrui gestione illegittima<sup>130</sup>. La portata di detta regola è estesa non solo alla gestione operata in buona fede, ma anche a quella di mala fede e più in generale a tutte le ipotesi di ingerenza ingiustificata nella sfera giuridica altrui<sup>131</sup>, sia essa compiuta mediante attività negoziale che materiale<sup>132</sup>.

In tale prospettiva, sarebbero da respingere quelle interpretazioni che – limitando notevolmente l'ambito applicativo dell'art. 2032 –

---

il titolare dell'interesse non può intervenire e sempre che sia utilmente iniziata». In questi termini si esprime BOCCHINI – QUADRI, *Diritto privato*, 2014, Torino, 1224 – 1225.

<sup>129</sup> Sull'inscindibilità degli effetti della gestione, BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, 176.

<sup>130</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 123.

<sup>131</sup> Tale estensione sarebbe possibile anche alla luce di un'argomentazione storica secondo cui la gestione obiettiva e quella con *animus* furono confuse nel *Corpus Iuris Civilis*, con conseguente disorientamento dei Pandettisti ed esitazione dei codificatori. In questo senso si osserva che prova di ciò sembra essere rinvenibile anche nell'ambito della giurisprudenza francese che sovente impose al gestore l'obbligo di rendiconto e restituzione dell'utile al *dominus* anche nel caso di gestione obiettivamente aliena. In questo senso si esprime SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 121 ss. e anche LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 701 spec nota 10. Propende per un'interpretazione estensiva del 2032 anche MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1949, I, 291.

<sup>132</sup> Assunto che tutti gli atti di disposizione sui diritti altrui rientrano direttamente nella previsione dell'articolo appena esaminato, si sottolinea come lo stesso non tratti dei profitti conseguiti mediante ingerenza di fatto nel bene altrui. Tale lacuna, tuttavia, sarebbe solo apparente, in quanto il concetto di gestione dell'affare altrui sarebbe così ampio da comprendere necessariamente anche comportamenti puramente materiali sul punto v. PACCHIONI, *I quasi contratti. Lezioni di diritto civile*, Padova, 1935, 110; FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, 164; oltre che SACCO, in *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 126. Si osserva, inoltre, che tale prospettiva trova avallo anche alla luce di una prospettiva comparata; sul punto si veda TUHR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, Losanna, 1929, 133.

rinvengono nella buona fede e quindi nella liceità della gestione un elemento imprescindibile per determinare l'operatività del rimedio in parola. Ciò in quanto, non v'è chi non veda come in questo modo si finirebbe per assicurare al gestore in mala fede un trattamento di favore<sup>133</sup>.

*Ergo* ogni gestione, a prescindere dall'*animus* del gestore, obbliga lo stesso al rendiconto e alla restituzione del profitto a semplice richiesta dell'interessato. Si osserva, inoltre, che l'attività di gestione dell'affare altrui, salvo speciali ipotesi di buona fede, rientra nella normalità degli accadimenti nella categoria delle violazioni di un diritto. In ciò risiede la ragione per cui chiunque si sia arricchito mediante tale violazione deve riversare detto arricchimento al soggetto titolare del diritto leso.

Giova notare che la natura generale del principio in questione sarebbe desumibile dalla concordanza di quanto scolpito nell'ambito dell'art. 2032 con altre norme che si passeranno di seguito in rassegna.

Gli artt. 1148 ss., le norme sulla disposizione del bene altrui e quella sul danneggiamento o distruzione<sup>134</sup>, in quest'ottica, confermerebbero il principio non scritto *de qua*.

Più specificamente, vengono interpretate come mera estensione del principio generale non scritto di cui si discorre le norme di cui agli artt.

---

<sup>133</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 115, scrive al riguardo che «la limitazione secondo cui la ratifica è operante solo quando il gestore abbia l'erronea opinione di gestire un affare proprio è manifestamente irrazionale. Tale erronea opinione è null'altro che la sua buona fede. Ove egli scientemente gestisca un affare obiettivamente alieno, con l'intento di godere del profitto, si verifica proprio la fattispecie obiettiva dell'articolo 2032, con l'unica variante che il gestore è in mala fede. Noi respingiamo qualsiasi interpretazione letterale, la quale conduca al risultato di riservare al gestore di mala fede un trattamento più favorevole di quello previsto per il gestore di buona fede. Ne consegue che anche il gestore di mala fede è assoggettato agli effetti della ratifica di cui all'art. 2032».

<sup>134</sup>È sulla base del confronto con l'art. 2038, ai sensi del quale il ricevente di buona fede è tenuto alla restituzione di tutto il prezzo ottenuto che SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 96 giustifica l'obbligo di restituzione dell'intero arricchimento in capo all'*accipiens* di buona fede in caso di consumazione totale o parziale della cosa (2037 c.c.).

535 co. 2<sup>135</sup>, 1776<sup>136</sup> e 2038<sup>137</sup>. Ebbene, in tutti questi casi è consentito al titolare del diritto sul bene da altri alienato di pretendere la restituzione del corrispettivo ricevuto anche se superiore al valore del bene. Dette disposizioni non sarebbero a detta del Sacco né eccezionali, né speciali, né *contra tenorem rationis*.

In altri termini, «che gli artt. 535, 1776, 2038 contengano una norma a sapore eccezionale, sarebbe difficile sostenere. Una regola eccezionale non troverebbe campo per tre diverse applicazioni in tre diversi istituti; il numero sempre maggiore di riconoscimenti concessi dalla lettera della legge al criterio in esame (che fu enunciato dal codice napoleonico solo per l'erede del depositario, dal codice del 1865 anche per l'erede apparente, dal nostro codice attuale anche per il ricevente d'indebito, dal B.G.B. per tutti i possibili atti di disposizione) dimostra che la norma non è *contra tenorem rationis* [...] Ammesso che il principio non sia eccezionale, dobbiamo domandarci se non sia per lo meno speciale (giustificato cioè da una ratio riscontrabile solo nei tre articoli citati). Ci pare che la specialità del principio non possa essere sostenuta. La *ratio* della norma non giace certo in un particolare rapporto dell'alienante con la cosa, in quanto tale rapporto varia nelle tre ipotesi: l'alienante è possessore nel caso dell'art. 535, detentore nel caso dell'art. 1776, mentre non è necessariamente possessore né detentore nel caso dell'art. 2038»<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> Alla stregua di detta norma si ricorda che il possessore, anche di buona fede, del bene ereditario, che lo abbia alienato pure in buona fede, è tenuto a restituire all'erede il «prezzo o corrispettivo» che ben potrebbe essere maggiore del valore oggettivo di mercato del bene.

<sup>136</sup> Medesimo principio si evince da detta norma la quale dispone che «L'erede del depositario, il quale ha alienato in buona fede la cosa che ignorava essere tenuta in deposito, è obbligato soltanto a restituire il corrispettivo ricevuto».

<sup>137</sup> Nella stessa prospettiva si pone anche l'art. 2038 c.c. il quale dispone che «chi, avendo ricevuto la cosa in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito».

<sup>138</sup> Così SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 112 – 113. In altri termini, è evidente che non può ritenersi eccezionale la regola che trova indistintamente applicazione in relazione a tre diversi istituti e, d'altro canto, deve ritenersi che le norme in questione non hanno neanche carattere speciale,

Al contrario, l'art 1148 nella parte in cui protegge la buona fede del possessore che ha recepito frutti mediante ingerenza materiale nella cosa aliena prenderebbe veste di regola eccezionale<sup>139</sup>, mentre quelle che assicurano all'avente diritto il recupero dei frutti percepiti illegittimamente da altri supererebbe l'ambito dei rapporti fra proprietario e possessore, irradiando tutto il campo delle relazioni fra l'avente diritto ed il terzo che ha approfittato illegittimamente di beni alieni<sup>140</sup>.

Ebbene, in virtù della lettura sinottica di tali dati normativi sarebbe possibile dedurre, ad avviso di tale illustre dottrina, il principio generale in virtù del quale il titolare di un patrimonio può sempre pretendere da colui che si ingerisca nel medesimo il profitto così come conseguito<sup>141</sup>. E' stato osservato, inoltre, che anche parte della giurisprudenza<sup>142</sup> ha dato la stura ad interpretazioni estensive delle norme in esame, d'altro canto, «sotto l'impero del codice del 1865 il principio di cui si tratta fu considerato da un autore come canone di universale applicazione»<sup>143</sup>.

Su altro versante, tale opinione ritiene che l'art. 2041 c.c. non fornisca un rimedio idoneo a fronteggiare la problematica dell'arricchimento conseguito mediante fatto ingiusto, in quanto lo stesso

---

poiché la *ratio* delle stesse non giace in un particolare rapporto dell'alienante con la cosa, in quanto tale rapporto varia nelle tre ipotesi appena richiamate.

<sup>139</sup> Il riferimento è al 1148 nella parte in cui dispone che «il possessore di buona fede fa suoi i frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino al giorno stesso».

<sup>140</sup> In termini SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 126. In commento al Sacco afferma TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 54 che «Il principio non potrebbe, ad avviso del Sacco, essere scalfito dalla norma che consente al possessore di buona fede di far propri i frutti (art. 1148 cod. civ.). Ciò perché esisterebbe un'alternativa secondo la quale o è eccezionale la responsabilità del possessore di mala fede per i frutti percetti (cioè per l'arricchimento), oppure è eccezionale l'esonero del possessore di buona fede per i frutti percetti e percipiendi, e poiché il primo termine dell'alternativa è da escludersi, il secondo termine sarebbe dimostrato».

<sup>141</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 115.

<sup>142</sup> Il riferimento è a Cass. 6 febbraio 1946, n. 106, inedita che ha esteso la disposizione di cui all'art. 535 a tutti i casi di possesso di buona fede (si vedano le massime nei comuni repertori). In argomento SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 112 – 113.

<sup>143</sup> ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, *passim*.

limita la restituzione al valore della perdita ovvero del depauperamento subito dall'attore<sup>144</sup>.

In questa prospettiva, tale limitazione ontologica rende l'art. 2041 rimedio poco utile a fronte del fenomeno degli arricchimenti ingiusti in quanto, di tal guisa, comunque l'usurpatore riuscirà a locupletare il maggior valore dato dalla differenza tra perdita subita dal titolare del diritto e profitto ingiusto. L'Autore, inoltre, rievoca la già accennata dicotomia tra arricchimento ingiusto e arricchimento ingiustificato. In altri termini, l'art. 2041 c.c. non sarebbe un rimedio idoneo a fronteggiare la problematica *de qua*, in quanto l'arricchimento dell'usurpatore è lungi dall'essere uno spostamento *sine causa*. Detto spostamento patrimoniale, se pur privo di una causa *secundum ius* non è, in realtà, privo di una causa qualsiasi. Il profitto ricavato dall'autore della lesione è il premio per la sua iniziativa, benché antiggiuridica e, conseguentemente, la giustificazione causale andrebbe rinvenuta in ciò.

Da queste argomentazioni, tale filone interpretativo fissa un principio generale, non scritto, per cui il soggetto che compie atti di disposizione, efficaci nell'altrui sfera giuridica, a nulla rilevando la buona o mala fede, deve riversare il proprio arricchimento al soggetto, il cui diritto è stato leso.

---

<sup>144</sup> Per maggiori riferimenti si rinvia a quanto detto a tal riguardo nel corso del primo capitolo.

## 2.1 Una recente applicazione giurisprudenziale della teoria del Sacco

Una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 11135 del 2012)<sup>145</sup> ha affrontato il problema della restituzione dell'illecito arricchimento avvalendosi del disposto di cui all'art. 2032 c.c. in tema di *negotiorum gestio*<sup>146</sup>. Come precedentemente accennato le ipotesi di c.d. arricchimento ingiusto generalmente trovano la loro genesi, non già nell'ambito di condotte dirette a ledere o a distruggere materialmente utilità appartenenti ad altri, bensì con riferimento a comportamenti atti a violare la titolarità del potere di disposizione su di un bene altrui<sup>147</sup>.

La Suprema Corte di Cassazione, nella fattispecie, è stata chiamata ad occuparsi di un contratto di locazione di un bene in comunione, stipulato da parte di uno dei due comproprietari con un terzo.

Nel caso di specie, la questione giuridica sottoposta alla Corte è stata quella di comprendere se sia consentito al comunista non locatore di richiedere la restituzione dell'ammontare del canone di locazione proporzionalmente a lui spettante.

---

<sup>145</sup> Consultabile in *Banca Dati de Jure*, ha sancito il seguente principio di diritto: «La locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari rientra nell'ambito di applicazione della gestione di affari ed è soggetta alle regole di tale istituto, tra le quali quella di cui all'art. 2032 cod. civ., sicché, nel caso di gestione non rappresentativa, il comproprietario non locatore potrà ratificare l'operato del gestore e, ai sensi dell'art. 1705, secondo comma, cod. civ., applicabile per effetto del richiamo al mandato contenuto nel citato art. 2032 cod. civ., esigere dal conduttore, nel contraddittorio con il comproprietario locatore, la quota dei canoni corrispondente alla quota di proprietà indivisa». Commenta la pronuncia in oggetto MOSER, *Danno evento e danno conseguenza nella struttura dell'illecito contrattuale. Si soffermi, in particolare, il candidato sul danno da morte immediata e sul c.d. arricchimento mediante fatto ingiusto*, in *Magistra* 3/2015, 60.

<sup>146</sup> Per riferimenti al riguardo v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 698.

<sup>147</sup> A tal riguardo SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 99 scrive: «dell'obiettiva ingiustizia (ossia, dell'antigiuridicità) dell'atto di disposizione dei diritti alieni non è possibile dubitare se si prova che la legge assegna al titolare del diritto una pretesa *erga omnes*, a che nessuno disponga del diritto medesimo. La relativa norma è espressa soltanto in tema di proprietà (il proprietario ha diritto di disporre delle cose in modo esclusivo), ma la sua esistenza è resa pacifica dall'insegnamento tradizionale ed incontestato (*culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*)».

La Cassazione, in questa sede, dopo aver escluso la configurabilità di un mandato (tacito o presunto) tra comproprietari per lo sfruttamento del bene in comunione<sup>148</sup>, ritiene applicabili – effettuando un implicito rinvio alla teorica del Sacco<sup>149</sup> – le disposizioni in materia di gestione di affari altrui e, in particolare, l’art. 2032 c.c. che, come precedentemente descritto, rappresenta una sorta di “ponte”<sup>150</sup> di congiunzione con le norme in tema di mandato (senza rappresentanza)<sup>151</sup>.

La Corte, quindi, ha ritenuto che è consentito al gerito di ratificare l’operato del gestore, producendosi così gli effetti che sarebbero derivati da un contratto di mandato, non solo nei casi di gestione operata in buona fede, ma anche a quelli in cui la stessa sia operata in mala fede e in generale in tutte le ipotesi di abusiva ingerenza nell’altrui sfera giuridica. Di tal guisa, la Corte ha consentito alla vittima del fatto ingiusto di esercitare i diritti di credito assunti dal gestore (*ex art. 1705 co. 2 c.c.*). Più

---

<sup>148</sup> Secondo tale ricostruzione, sussisterebbe tra i comunisti un reciproco rapporto di rappresentanza e una presunzione di consenso fondato su un mandato tacito. Detto rapporto di rappresentanza reciproca troverebbe il suo fondamento nell’ambito dell’art. 1105 c.c. che depotenzierebbe il principio dell’amministrazione congiuntiva al fine di favorire la circolazione del bene comune e tutelare l’affidamento dei terzi contraenti. A tale stregua, è riconosciuta la possibilità a ciascun comproprietario di esercitare le azioni derivanti dal contratto (pagamento dei canoni, rilascio dell’immobile e sfratto per morosità) senza necessità di integrare il contraddittorio. In senso critico, è stato osservato che detta opzione ermeneutica muove da una petizione di principio e cioè dalla configurazione dei rapporti tra comunisti in termini di mandato disgiuntivo presunto, il che dovrebbe, invece, escludersi in un sistema fondato sulla regola organizzativa opposta dell’amministrazione congiunta. Sul punto si veda *amplius* CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1385 – 1386.

<sup>149</sup> V. SACCO, *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., spec.114 ss.

<sup>150</sup> L’espressione è di MOSER, *Danno evento e danno conseguenza nella struttura dell’illecito contrattuale. Si soffermi, in particolare, il candidato sul danno da morte immediata e sul c.d. arricchimento mediante fatto ingiusto*, cit.,60.

<sup>151</sup> In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto che l’esistenza di una situazione di contitolarità del bene da parte del gestore non osta all’applicazione dell’art. 2028 c.c.. Si osserva, infatti, che risulta difficile negare che il partecipante alla comunione che amministra la cosa comune curi l’interesse non solo proprio, ma anche degli altri. Inoltre, *l’animus aliena negotia gerendi* (cioè il proposito di agire a vantaggio di altri) non deve necessariamente risultare da dichiarazione espressa del *dominus negotii*, ma può risultare anche da circostanze di fatto. Quanto al requisito dell’*utiliter coeptum* la Corte ritiene sufficiente che la gestione sia utilmente intrapresa e cioè che sia stata spiegata un’attività che lo stesso *dominus* avrebbe esercitato se avesse dovuto provvedere efficacemente da sé alla gestione dell’affare. Nell’ambito della gestione di affari altrui, con specifico riguardo al presupposto dell’*absentia domini* si aggiunge che tale requisito è sussistente non solo allorchè l’interessato versi in una condizione di impedimento che si traduca in una impossibilità materiale rispetto alla cura dei propri affari, ma anche qualora lo stesso non manifesti, espressamente o tacitamente, il divieto a che altri si ingerisca nei propri affari.

specificamente, è stato consentito al comproprietario non locatore di esigere dal conduttore, nel contraddittorio con il locatore, la porzione dei canoni corrispondente alla quota di proprietà indivisa.

### 3. Non è tutto oro quello che luccica

La così teorizzata generica operatività del principio di restituzione dei profitti postula, con elevato grado di probabilità, l'accoglimento, ad opera dell'ordinamento, dell'idea di pertinenza dei frutti alla cosa madre e il rifiuto della possibilità che questi possano essere fatti propri da terzi<sup>152</sup>. Si osserva, infatti, che, in assenza di una previa scelta ordinamentale, il raffronto degli interessi che di volta in volta vengono in rilievo si presenta ondivago: come potrebbe mancare una ragione atta ad attribuire ogni vantaggio al titolare del diritto leso, così potrebbe mancare un valido motivo per attribuire all'autore della lesione il profitto così realizzato. In altri termini, in assenza di solidi binari normativi, entrambe le attribuzioni sembrerebbero avere giustificazioni fragili e controvertibili. È quindi una scelta politica del legislatore attribuire a ciascun interesse un preciso ruolo all'interno dell'ordinamento, decidendo, di tal guisa, quale destinazione imprimere ai beni la cui appartenenza all'una o all'altra parte in causa non potrà essere *a priori* ed in linea di principio dimostrata<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup>In termini si esprime LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 701.

<sup>153</sup> A tal riguardo LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 701 spec. nota 14 afferma che «Nel caso di combinazione non concertata di fattori di produzione, la cui titolarità spetti a soggetti diversi, la tutela del titolare della condizione di produzione usurpata sarà funzione della risposta che si ritenga di dover dare, quanto meno, a quattro distinte domande: 1) il soggetto usurpato avrà diritto alla sola reintegrazione della diminuzione patrimoniale subita a seguito dell'altrui comportamento antiggiuridico ovvero ad appropriarsi, ed eventualmente in qual misura, della ricchezza prodotta dall'altrui iniziativa? 2) attraverso quale forma giuridica (comproprietà, proprietà esclusiva, diritto di credito) il soggetto usurpato potrà eventualmente appropriarsi della ricchezza prodotta? 3) all'eventuale diritto di appropriarsi della ricchezza prodotta dall'altrui iniziativa dovrà fare da

E' stato, a tal riguardo, opinato che «né la giustizia, né esigenze di utilità pubblica richiedono che, quando l'arricchimento sia stato conseguito in buona fede, esso venga riversato al soggetto del diritto leso anche oltre i limiti del danno da questo subito»<sup>154</sup>.

In altri termini, ad avviso di tale opzione ermeneutica, tra l'estrema attribuzione di ogni utile scaturente dal bene a colui che sia titolare di un diritto sullo stesso<sup>155</sup> e l'estremo (opposto) riconoscimento di quell'utile all'iniziativa dell'usurpatore<sup>156</sup>, sembra doversi preferire l'opzione intermedia.

Appare cioè doversi eliminare dall'ambito di operatività della regola di restituzione integrale dei profitti – così come dipinta dal Sacco - tutto il microcosmo dei comportamenti non consapevoli. Si limita,

---

contrappeso una proporzionale distribuzione del rischio? 4) gli ordinari principi dell'illecito aquiliano saranno inapplicabili ad un fatto antiggiuridico cui consegue non già distruzione, ma creazione di ricchezza?». Dette problematiche sono state poste da BELFIORE nel pregevole lavoro pubblicato in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 855 intitolato *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*.

<sup>154</sup> TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 54. D'altro canto, lo stesso SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 9 scrive a questo proposito che «In sostanza, se non v'è ragione inconfutabile perché il soggetto, il cui diritto è stato leso, pretenda, oltre i danni subiti, il maggiore arricchimento prodotto dall'autore della lesione, non v'è nessuna ragione, per cui tale maggiore arricchimento debba competere all'autore della lesione. Il principio di giustizia, la comparazione degli interessi ecc., sono costretti a manifestare, sul punto, una certa polivalenza; si tratta di decidere quale destinazione imprimere a beni, la cui appartenenza in linea di principio all'una o all'altra delle parti in causa non potrà mai essere dimostrata». E ancora lo Stesso illustre Autore a pagina 134 afferma che: «Il profitto ricavato dall'autore della lesione è il premio della sua iniziativa; l'iniziativa potrà essere biasimevole; ma è pur sempre un fatto dell'autore della lesione. Lo stesso arricchimento, ove sia assegnato al titolare del diritto leso, è invece privo di qualsiasi altra causa diversa da questa, che il titolare del diritto leso deve essere altresì titolare di tutti i risultati utili conseguiti mediante il bene, che forma oggetto del suo diritto. L'attribuzione dell'arricchimento al titolare del diritto leso ha dunque una causa altrettanto labile e controvertibile, quanto l'avrebbe l'attribuzione del profitto all'autore della lesione».

<sup>155</sup> Come visto in questi termini si esprime SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., *passim*.

<sup>156</sup> Giungono a tale conclusione anche quanti riconoscono l'esistenza di un diritto soggettivo all'impresa. Si rievocano a tal riguardo gli studi del MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, il quale a pagina 249 afferma che «il profitto d'impresa va attribuito immediatamente a titolo originario a una fattispecie costitutiva autonoma, che non può non essere il diritto di impresa inteso appunto come autonoma situazione soggettiva». Il titolare del diritto di impresa, pertanto, anche se usurpatore in mala fede di beni altrui (materie prime, beni strumentali, complesso dei beni organizzati in azienda) fa propri i frutti per l'esclusiva ragione che l'ordinamento collega l'acquisto degli stessi all'esercizio di tale situazione giuridica soggettiva (o, secondo BARCELLONA, *Frutti e profitto d'impresa*, Milano, 1970, al mero fatto dell'«esercizio dell'attività»). In questo senso si pone anche NICOLÒ, *Riflessioni sul tema d'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina di diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 93. *Contra v. SANTINI, Le teorie sull'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 442.

pertanto, l'operatività dell'art. 2032 c.c. alle sole ipotesi di lesione del diritto perpetrata in mala fede.

Premessa logica atta a sorreggere dette osservazioni è il riconoscimento dell'iniziativa (dell'arricchito) quale coefficiente della produzione (c.d. terzo fattore).

Ovviamente, «ogni questione verrebbe meno, infatti, se la ricchezza prodotta fosse solo la somma del risultato prodotto meccanicamente dal capitale (ad es. frutti che scaturiscono di per sé dalla cosa) più il risultato del lavoro in senso stretto esercitato su quel capitale, se, cioè, venisse negata in radice la possibilità che l'autore della lesione tragga dal bene dell'impovertito un lucro diverso da quello che quest'ultimo avrebbe potuto trarre»<sup>157</sup>.

In questa prospettiva, il principio di remunerazione dell'iniziativa sarebbe imposto dalla struttura stessa dei rapporti economici esistenti in una società moderna, in quanto non fondata soltanto sui tradizionali fattori produttivi del lavoro (mano d'opera) e del capitale (materia prima), ma anche sul fattore iniziativa<sup>158</sup>.

Se il compenso per l'iniziativa è configurato dal ricavo nella misura in cui eccede i costi – questo è l'assetto di interessi che governa l'ipotesi “non patologica” in cui il proprietario mette a disposizione il proprio bene produttivo, a titolo oneroso, a favore di chi lo intenda sfruttare

---

<sup>157</sup> In questi termini si esprime LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 702. L'A. in nota aggiunge che «Del terzo fattore non aveva evidentemente nozione l'economia romana, il che comportava una tendenziale indifferenza fra il criterio del risarcimento dei danni subiti dal proprietario per il mancato godimento del bene e il criterio della restituzione dei frutti».

<sup>158</sup> Afferma a tal riguardo TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 55 che «Si consideri che, secondo la struttura dei rapporti economici nella nostra società, quella parte del ricavo che eventualmente superi i costi (fra i quali sono il prezzo di mercato per l'uso dei beni capitali, gli interessi sui mutui, i canoni di locazione o di affitto, i corrispettivi per le licenze d'uso di privative industriali) costituisce il compenso per l'iniziativa. Ora, se questo è l'assetto di interessi nelle ipotesi in cui il proprietario del bene produttivo lo mette a disposizione (contro un corrispettivo) di chi lo voglia sfruttare economicamente, non si vede perché al proprietario che sia rimasto del tutto inerte, senza minimamente partecipare al processo produttivo dell'arricchimento, debba spettare di più (l'intero profitto) quando la cosa sia stata sfruttata da altri senza titolo e in buona fede».

economicamente - altrettanto deve valere nell'ipotesi, anche se di per sé obiettivamente patologica, di sfruttamento del bene ad opera di terzi di buona fede<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Per le medesime ragioni non sembra convincente anche quella ricostruzione che rinviene nell'ambito dell'art.2038 c.c. risposta alla problematica oggetto di studio. Più nello specifico, secondo questa impostazione l'art. 2038, date le specificità delle forme di arricchimento ivi disciplinate è norma speciale rispetto all'art. 2041, comma 1 c.c. e non deve quindi risentire del limite del "correlativo impoverimento" (contemplato, come detto dal 2041 co.1), dovendosi, piuttosto, coordinare con il comma 2. In questa prospettiva, un'interpretazione che costringesse l'articolata e dettagliata disciplina di cui all'art. 2038 entro i termini di cui al comma 1 dell'art. 2041 mortificherebbe i caratteri peculiari di questa forma di arricchimento; all'opposto, «un'enfaticizzazione dell'autonomia, rispetto all'arricchimento, dell'art. 2038 c.c. e delle altre norme che regolano il danno come lesione del potere di disposizione le priverebbe di fondamento sistematico, provocandone, come pure già è accaduto, una probabile deriva verso l'area dell'illecito. E ciò farebbe assumere loro una funzione punitiva che è estranea alla concezione moderna della responsabilità civile» (NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit., 524). Conseguentemente gli arricchimenti ottenuti attraverso la lesione del potere di disposizione saranno valutati in linea di principio secondo la misura reale. In questa prospettiva, viene quindi in rilievo l'art. 2041 co.2 il quale afferma che «qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda». In altri termini, il carattere determinato del surrogato della cosa renderebbe superfluo il ricorso alla concezione patrimoniale: pertanto si sarebbe esonerati dal procedere alla liquidazione dell'indennizzo attraverso la valutazione delle conseguenze economiche rilevate nei patrimoni coinvolti. A tale stregua, quando il corrispettivo è minore del valore, l'alienante dovrà restituire il solo corrispettivo ed il rischio dell'affare ricadrà sul *dominus*. Invece, quando il corrispettivo è superiore al valore del bene, l'*accipiens* dovrà restituirlo per intero, attribuendo quindi il profitto al titolare. (Così NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit.,122 ss.). In primo luogo, non sembra convincente la riconduzione del 2038 nell'ambito del 2041 co. 2. La norma contenuta nell'art. 2041 co. 2, infatti, lungi dall'essere una norma generale, sembra piuttosto un'ipotesi specifica e sussidiaria rispetto a quella di cui al 2041 co. 1. Inoltre, è stato obiettato che: «c'è poi un fattore determinante che induce a non accogliere la soluzione proposta: esse rispetta la differenziazione del trattamento delle ipotesi di buona e mala fede, che il legislatore ha evidentemente postulato, soltanto in presenza di determinate circostanze, finendo, quando i presupposti della fattispecie concreta mutino per accumulare le due situazioni soggettive differenti nel medesimo esito. Laddove, infatti, il corrispettivo percepito mediante la lesione del potere di disposizione sia inferiore al valore oggettivo del bene, l'alienante di buona fede restituirà solo il corrispettivo, mentre quello di mala fede dovrà restituire tutto il valore; ma quando il corrispettivo ecceda il valore, sia quello di buona che di mala fede saranno chiamati a restituire l'intero corrispettivo. Ciò significherebbe trattare situazioni diverse in modo uguale, discostandosi dagli intenti del legislatore. La minore tutela, che l'alienante di buona fede riceve quando la norma di cui all'art. 2038 venga letta secondo l'esclusiva misura reale, ne avvicina pericolosamente il trattamento a quello di mala fede, al punto che una differenza rimane percepibile soltanto in una delle due ipotesi in concreto verificabili: quella di non eccedenza del prezzo ottenuto dal valore oggettivo del bene. Una distinzione è mantenuta, infatti, soltanto sotto il profilo dell'accollo del rischio di un'operazione che ha avuto un esito economicamente negativo, concludendosi cioè con la percezione di un prezzo inferiore al valore del bene. Non ammettere mai la remunerazione dell'iniziativa è, inoltre, un esito difficilmente conciliabile con il ruolo che la proprietà assume in un'economia moderna e finisce col segnare una tutela indifferenziata ed assoluta a vantaggio di un proprietario inerte ed estraneo al processo produttivo, dimenticando l'evoluzione subita dal diritto di proprietà e la sua definitiva funzionalizzazione ad opera della Costituzione. Nè può quella soluzione trovare supporto in un'anacronistica considerazione dell'attività di disposizione come strumento di mera circolazione (e non produzione) di ricchezza. Piuttosto, si deve prendere atto di come oggi la disposizione di un bene sia attuata mediante un complesso di attività (la previa pubblicizzazione, la sua presentazione in una veste allettante, la individuazione, sul mercato, di una potenziale domanda, la trattativa) volte a spuntare il prezzo migliore possibile l'organizzazione di tali sforzi tradisce un intento sicuramente più vicino a quello

Più specificamente, tale dottrina ritiene che «la diminuzione patrimoniale per la quale l'impovertito deve essere indennizzato deve considerarsi pari al giusto prezzo della prestazione da lui eseguita, o del bene sottrattogli, o della facoltà di godere e sfruttare il suo bene, secondo i casi»<sup>160</sup>. Ciò che deve essere restituito «non è l'arricchimento lordo, poiché da questo va detratto il valore dei beni e delle attività spettanti all'arricchito. Non si detrae invece il valore dei beni e delle attività spettanti all'impovertito: lo qualificheremo, pertanto, come “arricchimento semi lordo” [...]. La differenza positiva tra l'arricchimento semilordo e la correlativa diminuzione patrimoniale altrui costituisce il plus-valore derivante dalla combinazione fra i fattori produttivi spettanti all'impovertito, e i fattori produttivi di spettanza dell'arricchito [...] sembra che, nell'ordinamento italiano, tale plus-valore spetti all'autore dell'iniziativa, purché egli sia in buona fede»<sup>161</sup>.

In altri termini, il riferimento è a quel plusvalore derivante dall'organizzata combinazione dei fattori produttivi di spettanza dell'impovertito leso e dell'arricchito: plusvalore cioè, causalmente riconducibile a quel fattore produttivo che, fra i vari intervenuti nel processo creativo della ricchezza, è l'iniziativa dell'arricchito. Ebbene, alla stregua di tale opzione ermeneutica, tale plusvalore spetterebbe al soggetto che ha intrapreso l'iniziativa profittevole in buona fede, ancorché questa si sia verificata a mezzo di un'ingerenza non previamente autorizzata nell'altrui sfera giuridica<sup>162</sup>.

---

“produttivo” che a quello “distruttivo” di ricchezza». In termini LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 707.

<sup>160</sup> In questi termini si esprime TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 51.

<sup>161</sup> Sempre in questi termini si esprime TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 51 e 52.

<sup>162</sup> Tale risultato sarebbe raggiunto – limitatamente alle iniziative profittevoli intraprese in buona fede – a mezzo di una lettura orientata in questa direzione dell'art. 2041 c.c. V. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 52 – 53. Circa le problematiche ermeneutiche afferenti alla tematica in oggetto con riguardo all'art. 2041 c.c. si è già detto nell'ambito del I capitolo.

Sotto il profilo eminentemente normativo detta tesi sembra trovare conferma normativa *in primis* nell'ambito dell'art. 1148 c.c.

In questa prospettiva l'Autore osserva che – contrariamente a quanto sostenuto dal Sacco - non si potrebbe limitare la portata di detta disposizione qualificandola come eccezionale<sup>163</sup> sul fondamento di un'alternativa<sup>164</sup> non necessaria, poiché si potrebbe ammettere che il beneficio dei frutti derivi dal principio generale secondo cui il profitto netto di un'operazione economica spetti a chi ha intrapreso l'iniziativa in buona fede, tralasciando il fatto che la responsabilità del possessore di mala fede per i frutti è anch'essa manifestazione di un principio generale<sup>165</sup>. Vieppiù, che l'art. 1148 c.c. non sia una disposizione eccezionale è confermato dalla concordanza con l'art. 1150 co. 3 c.c., in tema di miglioramenti. È noto che il risultato utile di una attività economica può manifestarsi anche sotto forma di incremento del valore capitale della cosa. Orbene, la norma in esame stabilisce che il possessore ha diritto a un'indennità per i miglioramenti e che tale indennità deve ragguagliare, se il possessore è in buona fede, la misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa per effetto degli stessi<sup>166</sup>. Ebbene, anche detta disposizione attribuisce all'autore dell'iniziativa tutto il risultato utile di essa<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> Come è stato precedentemente illustrato si ricorda che, invece, SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit. è di opinione contraria. Si rinvia, quindi, a quanto osservato precedentemente.

<sup>164</sup> L'alternativa che critica il Trimarchi è quella affermata dal Sacco, alla stregua della quale o è eccezionale la responsabilità del possessore di malafede per i frutti, oppure è eccezionale il beneficio dei frutti in favore del possessore di buona fede. Sul punto si veda SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 126.

<sup>165</sup> Si ricorda che il principio secondo cui il proprietario (capitalista) è creditore dei frutti civili conseguiti dal possessore di mala fede è anche espresso dall'art. 549 del Cod. Nap., dal § 335 dell'AGBG austriaco, dal § 987 del BGB tedesco e dall'art. 940 del cod. civ. svizzero.

<sup>166</sup> In altri termini, tale indennità non deve corrispondere semplicemente ad un rimborso delle spese per il lavoro ed i capitali impiegati.

<sup>167</sup> «Peralto anche di questa norma si è creduto di poter affermare il carattere eccezionale e, per negare che esista un principio generale per cui l'arricchimento spetti all'iniziativa, si è fatto ricorso agli articoli 936 e 937 cod. civ., rilevando che queste norme, relative alle migliorie apportate al fondo altrui dal terzo non possessore del fondo, attribuiscono l'aumento di valore al proprietario del suolo, che «pure non vi ha merito

Tale opzione ermeneutica propone quindi una lettura restrittiva dell'art. 2032, il quale potrà operare nei termini descritti dal Sacco solo nelle ipotesi in cui l'autore dell'iniziativa versi in mala fede, pena la violazione del principio poc'anzi dipinto. In altri termini, una tale antinomia potrà essere evitata interpretando restrittivamente l'art. 2032 c.c. e conferendo effetto alla ratifica solo ove il gestore abbia agito *animo*

---

alcuno» (L'espressione è di SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 70). [...] Ora, per valutare l'esatta portata di questa norma, occorre tener presente che nell'ipotesi ivi configurata le opere non sono state compiute da un possessore di buona fede. Infatti, ove si trattasse di miglioramenti o addizioni fatte dal possessore di buona fede, si applicherebbe l'art. 1150 cod. civ. Si devono anche escludere le ipotesi in cui il terzo, facendo le piantagioni, costruzioni od opere, abbia adempiuto un proprio obbligo contrattuale ed extracontrattuale; perché in tal caso il rapporto verrebbe regolato dal contratto o dalle norme relative alla fonte non contrattuale dell'obbligazione adempiuta. Ciò detto, appare evidente che l'ipotesi centrale regolata dall'art. 936 cod. civ. è quella in cui il terzo abbia inteso rendere una prestazione al proprietario del fondo, e tale prestazione non fosse dovuta. Se così è, l'art. 936 cod. civ. non contraddice al principio secondo il quale il profitto netto di un'operazione economica deve spettare all'autore dell'iniziativa. Infatti, l'iniziativa alla quale deve spettare il profitto netto è quella di chi ha progettato la combinazione dei fattori produttivi e di lavoro, e l'ha realizzata allo scopo di acquisire il profitto netto che ne deriva; ma se un terzo fa opere sul fondo altrui con l'intenzione di rendere una prestazione al proprietario, e se l'aumento di valore del fondo supera il valore della prestazione, dando così origine a un plusvalore, è chiaro che questo non spetta a un'iniziativa di tipo imprenditoriale attribuibile al terzo che ha compiuto la prestazione, giacché alla sfera di attività e di iniziativa di costui appartiene l'organizzazione dei fattori produttivi materiali e del lavoro necessari per il compimento della prestazione, e vi appartiene la prestazione stessa, ma il fondo, e le conseguenze della prestazione sul valore del fondo sono al di fuori della sua sfera economica. Ciò può essere opportunamente chiarito dalla discussione del caso seguente. Il proprietario di un fondo destinato alla coltivazione, ma poco fertile, ha l'idea di modificare la destinazione costruendovi un albergo. Il luogo è ameno e tranquillo, e anche se finora nessuno ha pensato di sfruttare turisticamente la zona, quando si saprà della costruzione dell'albergo i clienti non mancheranno. Così la nuova destinazione del fondo si rivelerà più economica di quella precedente. Egli stipula dunque un contratto di appalto con un imprenditore perché provveda alla costruzione dell'edificio. Se le previsioni di questa decisione economica e di questo investimento si rivelano fondate, il fondo acquista un valore superiore alla somma del valore che aveva avuto finché fu destinato alla coltivazione agricola e del giusto prezzo per la in edificazione dell'albergo. La differenza rappresenta il profitto netto dell'operazione, che viene acquisito dal proprietario del fondo. Supponiamo ora che il contratto di appalto del nostro esempio sia nullo, o che sia stato annullato. Forse che ora l'appaltatore che ha costruito l'albergo potrebbe pretendere di appropriarsi l'eventuale profitto che deriva dall'aumento di valore del fondo? No certamente. Come – nel caso che il contratto fosse stato valido – egli non avrebbe avuto diritto che al corrispettivo per la prestazione eseguita, così – essendo il contratto invalido – le sue pretese non possono andare al di là del giusto prezzo della prestazione. Se l'aumento di valore del fondo supera questa somma, il saldo attivo spetta all'iniziativa del proprietario del fondo, nel caso che il contratto sia invalido, non diversamente dal caso in cui il contratto sia valido. E questa è appunto la soluzione codificata nell'art. 936 c.c. [...] Considerazioni analoghe possono ripetersi a proposito dell'art. 937 cod. civ., relativo alle ipotesi che le opere siano state fatte dal terzo con materiali altrui». In questi termini si esprime, TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 57 – 60. In estrema sintesi, ciò significa che anche queste norme confermano e non smentiscono il principio in virtù del quale il profitto spetta a colui il quale ha intrapreso l'iniziativa in buona fede. Peraltro, a tale principio è possibile ricondurre, all'interno del sistema anche l'art. 2037 co. 3 e 2038 co. 1: in entrambi i casi, nonostante la diversità della fattispecie, l'autore della lesione in buona fede è tenuto nei limiti dell'impoverimento correlativo. Sul punto v. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 63 ss. e LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit., 702.

*depraedandi*<sup>168</sup>. Si badi che, in ogni caso, dal profitto oggetto di restituzione, in applicazione delle regole del mandato, dovrà comunque detrarsi il rimborso delle spese (art. 1720 c.c.) e il compenso dell'attività (art. 1709 c.c.).

Giova preliminarmente osservare, in senso critico, che la ricostruzione in parola finisce per incentivare ingerenze che, per quanto in buona fede, restano comunque ingiustificate, in quanto - come precedentemente illustrato - in queste ipotesi l'Autore afferma con vigore il principio di remunerazione dell'iniziativa. È evidente che ciò, in ogni caso, entra in rotta di collisione con i principi cardine sui quali si regge il vivere sociale.

Vieppiù, l'impiego non autorizzato di un bene giuridico altrui, a queste condizioni<sup>169</sup>, potrebbe risultare preferibile rispetto alla previa conclusione di un accordo. Ciò consentirebbe di non correre il rischio di un rifiuto da parte del titolare e, d'altro canto, colui che opta per l'intrusione non consentita nella sfera giuridica altrui è chiamato solo *ex post* alla restituzione del prezzo che avrebbe richiesto il titolare del diritto. Tralasciando le difficoltà che si correlano a tale tipologia di prova, è evidente che detto prezzo, inoltre, sarà determinato dal giudice sulla base delle risultanze probatorie. È quindi ben possibile che lo stesso sarà

---

<sup>168</sup> Afferma TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 70: «A mio avviso, l'applicazione dell'art. 2032 cod. civ. va opportunamente limitata. Come è certo che il proprietario di una cosa posseduta in buona fede da altri non può valersi della ratifica di cui all'art. 2032 cod. civ. per appropriarsi i frutti civili conseguiti dal possessore e a questo attribuiti definitivamente dall'art. 1148 cod. civ., così in generale, se si ammette il principio secondo il quale il profitto spetta all'iniziativa di buona fede, l'applicazione dell'art. 2032 cod. civ. dovrà essere contenuta entro limiti tali da evitare contraddizioni con quel principio. La ratifica opererà, quindi, in tutta la sua estensione, nel caso di gestione compiuta *animo depraedandi*; ove, invece la gestione sia stata compiuta in buona fede la ratifica non potrà costituire strumento per appropriarsi dei frutti già prodotti dall'iniziativa altrui».

<sup>169</sup> Il riferimento è, ancora una volta al principio di remunerazione dell'iniziativa profittevole in buona fede, così come precedentemente descritto e come dipinto dal TRIMARCHI a pagina 51 ss., *L'arricchimento senza causa*, cit.

considerevolmente inferiore rispetto al corrispettivo che avrebbe richiesto (e con un po' di abilità ottenuto) il titolare del diritto.

Ad ogni buon conto, se è vero com'è vero che in relazione alla tematica oggetto di studio – ovvero quella degli illeciti efficienti – la condotta è generalmente caratterizzata da un alto tasso di abusività - quindi in *parte qua* le conclusioni raggiunte potrebbero essere soddisfacenti<sup>170</sup>- è comunque necessario osservare che esse difettano di coerenza con riguardo ad altri profili.

Il ricorso alla *negotiorum gestio* – istituto che trova il proprio fondamento nel principio di solidarietà sociale<sup>171</sup> – sarebbe, in ogni caso, una forzatura quando si discorre di un'attività - com'è quella che viene in rilievo in caso di illeciti efficienti - che è animata evidentemente da finalità egoistiche. Non è un caso che l'opinione tradizionale ritiene applicabile la disciplina *de qua* esclusivamente a fronte di iniziative altruistiche<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Ci si riferisce alla lettura restrittiva dell'art. 2032 c.c. fornita dal Trimarchi, il quale – come precedentemente illustrato - ritiene applicabile detta norma solo nelle ipotesi di ingerenze nell'altrui sfera giuridica effettuate in mala fede. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 70.

<sup>171</sup> *Ex multis* BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2016, 273 il quale afferma espressamente che «La disciplina della gestione si fonda sul principio di solidarietà sociale [...]. Il presupposto dell'utilità iniziale della gestione (*utiliter coeptum*) attiene anch'esso alla causa di solidarietà dell'istituto. La legge richiede che la gestione sia utilmente iniziata (art. 2031 c.c.) in quanto un risultato finale eventualmente negativo non toglie che l'intervento del gestore fosse giustificato se al momento dell'assunzione della gestione questa si presenta vantaggiosa per l'interessato. D'altra parte, il venir meno dell'utilità della gestione preclude al gestore di proseguire un'attività che si riveli inutile o addirittura dannosa». È evidente che quanto detto rende, da un punto di vista ontologico, inapplicabile l'istituto in commento alla problematica degli illeciti efficienti. Inoltre, per costante giurisprudenza, essenza della gestione di affari è il compimento di atti giuridici spontaneamente ed utilmente posti in essere nell'interesse altrui, in assenza di ogni genere di obbligo legale o convenzionale. Si richiede la sussistenza dell'*absentia domini*, da intendersi non come impossibilità soggettiva ovvero oggettiva di curare i propri interessi, bensì come semplice mancanza di un'opposizione ovvero di un divieto del *dominus* a fronte di un intervento spontaneo del gestore. Occorre, inoltre, l'utilità della gestione (*utiliter coeptum*), la quale sussiste quando sia stata esplicita un'attività che, producendo un incremento patrimoniale o risolvendosi in un'evitata diminuzione patrimoniale, sarebbe stata esercitata dallo stesso interessato quale buon padre di famiglia, se avesse dovuto provvedere efficacemente da sé alla gestione dell'affare (Cass. 25-5-2007 n. 12280 e Cass. 7-6-2011, n. 12304 consultabili in *Banca Dati de Jure*).

<sup>172</sup> CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004, 146; CASELLA, *Gestione di affari* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, I, 2; GALLO, *Gestione d'affari altrui* (voce), in *Dig. Discipl. Priv.*, Torino, 1992, 701 e BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 273.

Ciò che viene meno è lo stesso “affare altrui”, essendo evidente che l’usurpatore agisce nell’intento di curare un “proprio affare”. D’altronde, è proprio il principio di solidarietà sociale che giustifica e rende lecita un’attività che, altrimenti, lecita non sarebbe qual è l’ingerenza non autorizzata nell’ambito dell’altrui sfera giuridica<sup>173</sup>.

Tali ricostruzioni<sup>174</sup>, in definitiva, danno luogo ad una dilatazione del presupposto dell’*absentia domini* che di fatto legittima un’intromissione del gestore nell’altrui sfera giuridica indipendentemente dalla sussistenza di un impedimento in senso stretto del gerito, legittimando, di tal guisa, anche condotte abusive.

Su altro versante, anche per quanto concerne il profilo riguardante le ingerenze profittevoli nell’altrui sfera giuridica effettuate in mala fede il riconoscimento del rimborso delle spese (ex. art. 1720) e del compenso dell’attività (ex. art. 1709) alla stregua del rinvio effettuato dall’art. 2032 c.c. alle norme sul mandato lascia comunque insoddisfatte esigenze di carattere preventivo e dissuasivo. A ciò si aggiunga l’eventualità che il titolare del diritto leso rinunci ad intraprendere una qualsiasi azione a sua difesa, anche in considerazione dei tempi e costi della giustizia.

S’impone, quindi, la necessità di individuare un rimedio che non sia solo in grado di porre la vittima della lesione nella medesima “curva di indifferenza” su cui si sarebbe trovata in assenza di ingerenza ingiustificate, ma che sia, altresì, capace di dissuadere *ex ante* e sanzionare *ex post* la commissione dell’illecito. In altri termini, sarà necessario

---

<sup>173</sup> Cfr. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 146; CASELLA, *Gestione di affari* (voce), cit., 2; GALLO, *Gestione d'affari altrui* (voce), cit., 701 e NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., 784 il quale osserva che: «non è accettabile ritenere che la gestione d'affari possa costituire espressione valida per comprendere fenomeni di segno contrario l'uno rispetto all'altro, ovvero per indicare sia un atto di gestione solidaristica di un bene altrui posto in essere per procurare un'*utilitas* al *dominus* assente, sia un atto di ingerenza usurpativo con cui l'estraneo si appropria di ricchezza spettante al titolare».

<sup>174</sup> Il riferimento è tanto alla ricostruzione del TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., quanto a quella del SACCO (*L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit.).

individuare uno strumento atto a ricondurre all'accordo volontario gli scambi tra privati ovvero idoneo ad evitare l'eventualità che venga preferita la circolazione incontrollata e profittevole dei beni realizzata a mezzo di comportamenti opportunistici, pena la violazione della stessa tutela del mercato e della concorrenza.

In conclusione, per fare del mercato la sede privilegiata degli scambi - anche in coerenza con la carta costituzionale<sup>175</sup> - è necessario porre al centro dello stesso lo strumento contrattuale delegittimando e disincentivando comportamenti opportunistici, in qualsiasi misura essi siano profittevoli.

#### **4. La riscoperta della responsabilità civile, in una visuale futura e futuribile**

Alla luce delle considerazioni effettuate non sembra un fuor d'opera sottolineare che probabilmente l'attenzione dovrebbe rivolgersi verso uno strumento a tal fine relativamente sottovalutato dalla riflessione dottrinale, ma non anche dal legislatore<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Il riferimento è all'art.41 Cost.

<sup>176</sup> Si pensi ai molteplici tentativi legislativi di fornire una risposta alla complessa tematica dell'arricchimento derivante da fatto ingiusto. Il riferimento è in particolare all'art. 125 del codice della proprietà industriale; all'art. 12 della legge n. 47/1948 (legge sulla stampa); all'art 18 legge n. 349/1986 in tema di danno ambientale; all'art 158 n. 633/1941 in tema di diritto d'autore. Il legislatore, inoltre, è intervenuto approntando ulteriori rimedi che prescindono dalla tematica degli illeciti efficienti e sono animati da una *ratio* esclusivamente punitiva. Si guardi l'art. 187 *undecies* II co. del Testo Unico della Finanza; le nuove sanzioni irrogate dal giudice civile ai sensi del d.lgs n. 7/2016; l'art 96, 709 *ter*, 614 *bis* c.p.c. e all'art. 114 IV co. lett. e) c.p.a. In questo senso si esprime anche CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1989, 886 il quale osserva che: «Chi si domandi, oggi quanto profondamente sono riusciti a penetrare all'interno del circuito aquiliano taluni spunti di carattere afflittivo [...] si trova di fronte ad un panorama abbastanza contraddittorio. Da un lato un'udienza ragguardevole, comunque un buon tasso di fecondità, presso il legislatore e anche da parte della giurisprudenza; dall'altro lato un interesse quanto mai vago nella dottrina - soprattutto la più diffusa, quella cioè dei manuali, delle rassegne, dei commentari, delle voci di enciclopedia, dei trattati, dei *case-books* [...] oppure brevi tratti frettolosi, menzioni che la dottrina effettua in modo esitante, talvolta con imbarazzo [...] Non è facile indovinare esattamente le ragioni di un atteggiamento così poco accorto, da parte dei nostri

Forse la (ri)scoperta delle effettive potenzialità dell'istituto della responsabilità civile potrebbe fornire adeguata risposta alla problematica oggetto di studio.

È tempo di effettuare una rivisitazione critica della r.c., da tempo oramai adagiata su direttrici apparentemente pacifiche. In questa prospettiva, l'istituto della *de quo* va scrutato come duttile strumento di mediazione degli interessi in conflitto.

L'intenzione è quella di attribuire alla responsabilità aquiliana anche una valenza deterrente e punitiva, ma ciò vuol dire sfidare l'orientamento tradizionale e declinare al plurale le funzioni della responsabilità<sup>177</sup>.

Il concetto di risarcimento sanzionatorio, in verità, va emergendo quale strumento mediante il quale rafforzare la prevenzione degli illeciti e quale forma di tutela rispetto a lesioni che difficilmente potranno trovare adeguato ristoro nella logica risarcitoria ovvero mediante compensazioni di utilità equivalenti.

Giova, a tal riguardo, passare in rassegna gli ambiti in cui si colloca tale rinnovato interesse per le pene private, specialmente di carattere risarcitorio.

In primo luogo, si osserva che le pene private potrebbero essere un mezzo efficace attraverso cui attuare il processo di depenalizzazione. Le pene civili hanno l'indiscutibile vantaggio di coniugare l'efficacia punitivo - deterrente ad un impatto più contenuto sulle situazioni soggettive di chi è punito rispetto alla pena criminale *stricto sensu* intesa.

---

interpreti [...] può darsi che una parte delle spiegazioni debba essere cercata, magari, nella debolezza letteraria – nella scarsa ispirazione – propria dei cari contributi monografici che con maggiore favore hanno inneggiato, per il recente passato, alla vitalità di tutte queste prospettive».

<sup>177</sup> Cfr. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, cit., 533 ss.

È evidente che la pena privata incidendo sul patrimonio non realizza il medesimo stigma etico – sociale apportato dalla sanzione criminale, la quale, invece, incide sulla libertà personale. In altri termini, la pena privata ha la capacità di realizzare il fine ultimo della prevenzione cagionando un minor numero di effetti collaterali<sup>178</sup>.

Tale strumento contribuisce ad attuare il principio generale alla stregua del quale il ricorso alla sanzione penale deve essere inteso come *extrema ratio* e consente quindi di realizzare un ricorso alla stessa che sia proporzionato rispetto alle modalità e alla gravità di aggressione concretizzata dall'illecito<sup>179</sup>.

Il ricorso alla pena civile potrebbe far conseguire un ulteriore risultato che spesso sfugge alla sanzione penale. L'indipendenza della pena privata rispetto alla struttura dei potenziali destinatari dell'illecito, infatti, rende la stessa idonea a sortire effetti sanzionatori e deterrenti anche in presenza di organizzazioni dotate di personalità giuridica<sup>180</sup>.

Inoltre, sarebbe auspicabile un ricorso alle stesse in tutte quelle ipotesi in cui il “danno sociale” risulti maggiore rispetto ai singoli

---

<sup>178</sup> «A differenza della pena criminale, la quale per vero è destinata a rimanere imbrigliata nella logica *malum per malum*, la reazione punitiva di diritto civile potrebbe consentire di dare avvio a processi indirettamente virtuosi: a far nascere, se così ci si può esprimere, un qualcosa di “buono” dal male inflitto, in virtù di reazioni mirate e più attente agli interessi coinvolti e alle esigenze del sistema economico nel complesso». Così BENAZZO, “*Le pene civili*” nel diritto privato d'impresa, Milano, 2005, 241.

<sup>179</sup> PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss ove si afferma che «Nei procedimenti penali a differenza che di quelli civili, alla perdita per un soggetto non corrisponde un beneficio per un altro e la pena rappresenta principalmente un costo netto piuttosto che un trasferimento: ciò contribuisce a spiegare le ragioni per cui è necessario comminarla con particolare scrupolo». Inoltre Cfr. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985.

<sup>180</sup> Sulla tematica della responsabilità delle organizzazioni complesse v. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1021 ss. e MANNA, *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, *ibidem*, 1999, 913 ss.

risarcimenti che il responsabile, eventualmente<sup>181</sup>, sarà chiamato a corrispondere. Il riferimento è ai c.d. *mass Torts*<sup>182</sup>.

In altri termini, ogniqualvolta vi sia una discrasia tra danno complessivo e danni individuali la semplice imposizione di un risarcimento compensativo non è idonea a dissuadere il danneggiante dal compimento dell'atto illecito. Ciò specialmente nelle ipotesi in cui il responsabile è una grande industria dotata di ingenti entrate. Giova osservare, infatti, che in tali ipotesi il numero di soggetti che concretamente agirà in giudizio è inferiore rispetto al numero di soggetti lesi o potenzialmente lesi<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Al riguardo GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 18 ricorda il caso *Ford Corporation v. Grimshaw* 174 Cal. Rptr. (1981), 348 in cui per iniziativa dei produttori dell'autovettura era stato collocato il serbatoio nella parte posteriore del veicolo onde, tra l'altro, ottenere un risparmio sui costi di produzione di soli 15 dollari per ogni auto. Tale scelta aveva dato luogo all'esplosione, in seguito ad un tamponamento, di uno degli autoveicoli così realizzati. In tal caso, la decisione della Corte californiana, di attribuire una somma a titolo di *punitive damages*, è stata fondata su risultanze probatorie da cui emergeva che la *Ford* aveva formulato detta scelta in seguito ad una analisi costi – benefici in cui aveva tenuto conto della scarsa probabilità che qualcuno agisse in giudizio per chiedere il risarcimento.

<sup>182</sup> Sulla necessità di trovare strumenti di tutela degli interessi c.d. diffusi all'interno del nostro sistema processuale, civile, penale e amministrativo v. ALPA, voce *Interessi diffusi*, in *Dig. Disc. Sez. Civ.*, vol. IX, Torino, 1993, 603 le cui considerazioni anche dopo gli interventi legislativi in materia di tutela del consumatore rivestono sempre un carattere di attualità.

<sup>183</sup> Proprio con riferimento ai c.d. *mass torts* si sono diffuse le c.d. *class actions*, specialmente in ragione della pluralità di soggetti potenzialmente danneggiati.

In tale sede, il ricorso ai danni punitivi e alla *class action* risulta utile al fine di superare ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia, assicurando economie di scala nella gestione del contenzioso civile ed evitando, di tal guisa, che l'illecito seriale risulti redditizio.

Con l'espressione illeciti seriali 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. Giova notare che spesso si producono in capo ai soggetti appartenenti alla classe dei "micro danni" che conducono il singolo a non agire "in solitudine" in giudizio. Conseguentemente spesso detta tipologia di illecito si rivela fonte di lucro per il danneggiante. L'isomorfismo (l'espressione è di 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, 526) 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.

Ebbene, in questa prospettiva lo strumento della *class action* (riducendo sensibilmente i costi processuali in capo ad ogni singolo danneggiato) unitamente alla liquidazione in tale sede di danni punitivi evita che detti illeciti seriali divengano occasione di profitto rappresentando un utile incentivo al ricorso in giudizio. Per ampi riferimenti sul punto v. GIUSSANI, *Studi sulle class action*, Padova, 1996; CONSOLO, *Class action fuori degli USA?*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 613 ss. e BENATTI, *Danni punitivi e class action nel diritto nordamericano*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, 231 ss.

E' quindi opportuna in questa sede la comminazione di risarcimenti punitivi determinati sulla base della misura del costo sociale complessivo<sup>184</sup>.

Lo strumento della pena privata verrebbe utilmente in rilievo, inoltre, nelle ipotesi in cui all'illecito non consegue un danno ovvero consegue un danno inferiore rispetto alla gravità dell'offesa.

Infine, il mezzo del risarcimento sanzionatorio sarebbe in grado di fornire un'efficace risposta, specialmente, in relazione al problema oggetto della presente indagine e quindi in relazione alle ipotesi di c.d. illecito efficiente, ossia, in relazione ai casi in cui l'entità del danno arrecato sia inferiore rispetto al profitto lucrato dall'autore della violazione.

In altri termini, la valenza compensativa della responsabilità civile si dimostra inidonea a fronteggiare ipotesi di danno figlie dell'evoluzione dell'ordinamento che si caratterizzano per essere non più solo di carattere materiale e che danno luogo a fenomeni di intrusioni nelle altrui sfere giuridiche non facilmente comprensibili secondo ottiche di scambio e di redistribuzione di danni<sup>185</sup>.

Questo aspetto si distingue dal precedente in quanto non riguarda la possibile divaricazione sussistente tra offesa e danno ovvero tra lesione di un interesse e danno risarcibile, ma si riferisce alla differenza tra profitti e costi (anche derivanti dall'obbligo risarcitorio) che dall'illecito possono derivare. E' evidente che nelle ipotesi in cui il profitto risulti superiore

---

<sup>184</sup> In questo senso si esprime GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 19.

<sup>185</sup> Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 736 e DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 61 il quale, a tal riguardo, afferma che: «A fronte di una tale situazione, la prospettiva rimediale, in quanto disancorata dalla fattispecie e dalla valenza compensativa di cui la stessa si è resa espressione, si dimostra più flessibile e adeguata rispetto alla tutela di interessi che non sono suscettibili di tecniche compensative secondo logiche di scambio e comparazioni ma, semmai, di essere restaurati nelle loro indennità originarie o, in alternativa, che la loro lesione sia sanzionata con forme penalizzanti, a tal punto da fare bene sperare nell'esito dell'opera di prevenzione».

rispetto all'entità del danno si avrebbe una totale compressione dell'efficacia deterrente del rimedio aquiliano<sup>186</sup>.

In tutte queste ipotesi la logica compensativa “fa acqua da tutte le parti”.

Ciò segnala la necessità che il sistema della responsabilità si collochi su binari diversi in grado di rispondere efficacemente rispetto a bisogni di tutela difficilmente inquadrabili nell'ambito della tradizionale valenza compensativa della responsabilità.

Anche a livello europeo varie sono le iniziative che tendono ad evidenziare l'opportunità di scoprire ambiti in cui è rintracciabile una funzione *latu sensu* sanzionatoria e deterrente della responsabilità civile.

Tale necessità è particolarmente avvertita nella dottrina tedesca ove non si esita ad affermare che «fra il punto di vista teorico che ascrive all'obbligo di indennizzo una mera funzione reintegrativa e nega ogni aspetto penale e la soluzione pratica di certi problemi esiste un netto distacco»<sup>187</sup>.

Anche la dottrina francese, interrogandosi in relazione agli sviluppi che potrà avere l'istituto della responsabilità civile nel corso del XXI secolo, sembra aprire le porte alla funzione deterrente. A tal riguardo è stato osservato che «*la responsabilité civile à l'aube du XXI siècle est- elle appelée à se développer encore ou, au contraire, suscitera-t-elle des réactions devra sans doute composer avec d'autres tendances dont*

---

<sup>186</sup> In argomento GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 16. In tal senso con particolare riferimento alla violazione della c.d. proprietà intellettuale v. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., *passim*.

<sup>187</sup> GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in *Le pene private*, cit. 372. Evoca una modernizzazione del diritto privato tedesco in chiave punitiva anche EBERT, *Ponale Elemente in Deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, 2004, Tubingen.

*l'importance ne cesse de se renforcer: il s'agit de la fonction punitive et de la fonction préventive»<sup>188</sup>.*

Anche Von Bar nel coordinare il progetto dei *Principles* formulati dallo *Study Group on European Civil Law on a European Civil code* afferma l'ammissibilità di un risarcimento avente valenza sanzionatoria<sup>189</sup> precisando che «*can evidently only be seen in relation to the continental European damages for pain and suffering»<sup>190</sup>.*

Di grande rilievo, è anche l'*Avant – projet de Reforme du droits des Obligations* del Codice civile francese<sup>191</sup>. In un ordinamento che storicamente rappresenta il principale modello di quello italiano, anche per quel che concerne la responsabilità civile, tale riferimento invia un messaggio all'interprete che non può essere sottovalutato.

Il progetto prevede il passaggio dalle poche norme dettate in tema di *delits e quasi – delits*, a ben 64 articoli. Ciò che più preme evidenziare è che alla responsabilità si chiede di perseguire anche finalità preventive al fine di fronteggiare necessità che la società moderna non può più ignorare. L'art. 1371<sup>192</sup> prevede che l'autore di un fatto “*manifestement délibéré*” e “*notamment lucrative*” ovvero che mira ad ottenere un vantaggio economico, possa essere condannato al pagamento di danni

---

<sup>188</sup> VINEY, *Rapport de synthèse*, in *Resp. Civ. et assurances. La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle: bilan prospectif*, 2001, 85 – 86.

<sup>189</sup> VON BAR, *The Common European Law of Torts*, II, Oxford – New York, 2000, 173.

<sup>190</sup> La precisazione *de qua*, in realtà non sembra condivisibile come si avrà modo di dimostrare nel corso della trattazione.

<sup>191</sup> *L'Avant – projet*, conosciuto anche come *Project Catala*, è un progetto di riforma del libro III del *Code Civil* voluto nel 2004 da Chirac. Sul punto v. BEAUCHARD, *Le projet de reforme, du code civil français*, in *Europa e Dir. priv.*, 3/2006, 903; FERRI, *L'Avant – projet di riforma dei titoli tre e quattro del Libro Terzo del code civil*, in *Europa e Dir. priv.*, 1 /2006, 35; BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 281.

<sup>192</sup> «*L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné outre les dommages intérêts compensatoires à des dommages intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une partie spécialement motivée et leur montant distinguée de celui autres dommages – intérêts accordés à la victime. Le dommages – intérêts punitifs ne sont pas assurable*». Un commento si ritrova in SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, cit., 532 – 534.

punitivi. Il progetto prevede, altresì, che la loro concessione deve essere specificamente motivata ed essi devono essere, altresì, distinti dai danni compensativi. E' stabilita la facoltà del giudice di destinare una parte dell'importo dovuto a titolo di risarcimento a fondi statali e l'impossibilità di assicurare detti danni, pena la frustrazione della funzione deterrente<sup>193</sup>.

Il concetto di deterrenza nel suo significato ultimo si identifica con il potere di distogliere il singolo ovvero l'intera comunità dal compimento di un'azione dannosa per timore di una punizione. Viene in rilievo la funzione di prevenzione della responsabilità civile come strumento per «ridimensionare l'invadenza degenerativa di una funzione indiscriminatamente compensativa»<sup>194</sup>.

In sostanza la *deterrence* evoca un fattore economico che l'agente prende in considerazione al fine di operare una razionale valutazione circa

---

<sup>193</sup> Giova notare che gli elementi della condotta che giustificano tali *damages punitifs* sono identici a quelli richiesti dalle Corti Americane. Anche in questo caso è la gravità e la volontarietà della condotta a giustificare l'afflittività di tale tipologia di danni. La necessità di una motivazione particolarmente significativa permette di realizzare un controllo sia sui presupposti applicativi che sulla quantificazione degli stessi tale da garantire il rispetto del principio di proporzionalità. Inoltre, la facoltà del giudice di destinare parte del *quantum* dovuto a fondi statali evidenzia la necessità di evitare che i danni punitivi si traducano in un risarcimento eccessivo per la vittima. Tutti tratti questi che sembrano caratterizzare anche i danni punitivi di matrice nordamericana. Il sistema francese, invece, sembrerebbe differenziarsi dalla maggioranza degli stati americani nella parte in cui non consente l'assicurabilità degli stessi, pena la violazione della funzione deterrente. Cfr. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento contrattuale*, Milano, 2008, 128 ss.

<sup>194</sup> In questi termini *Danno e Responsabilità civile* a cura di BUSNELLI-PATTI, cit., 226. Sempre in questa sede l'A. traccia la distinzione tra deterrenza nostrana e quella di matrice americana e afferma che: «il riferimento alla funzione deterrente porta in sé una basilare ambiguità di fondo, legata alla disinvolta, ma oramai (anche qui) acquisita, traduzione del termine “*deterrence*” in una “deterrenza” nostrana ancora ignorata dal classico Zingarelli. La “*deterrence*” immortalata dal *Cost of Accidents* non è una funzione della responsabilità ma, piuttosto, un obiettivo di politica economica e sociale a cui la responsabilità presta le proprie funzioni, e in particolare la funzione di prevenzione, chiamata a sdoppiarsi secondo un metodo di “prevenzione generale, o di mercato” e un metodo di “prevenzione specifica, o collettivo”, e quindi a svilupparsi soprattutto nella direzione degli *unintentional torts* e della responsabilità (oggettiva) da attività imprenditoriale. La c.d. deterrenza nostrana non è neppure essa una funzione della responsabilità ma, essendo tradizionalmente connessa con il presupposto della colpa, esprime un'esigenza morale affidandone la realizzazione a una funzione preventiva, la quale necessariamente tende a palesare un profilo sanzionatorio che riecheggia *mutatis mutandis* un modello penalistico. *Deterrence* nordamericana e c.d. deterrenza nostrana hanno in comune una valorizzazione della funzione di prevenzione [...] Ma i loro itinerari necessariamente divergono – calandosi in una strategia politica e in una logica di mercato, la prima, ispirandosi esclusivamente a valori costituzionali, la seconda – e proiettano tale divergenza sulla natura dei danni – *latu sensu* punitivi – che all'una e all'altra si ricollegano, nonché sulla misura e sulle modalità del relativo risarcimento».

i vantaggi e gli svantaggi di una determinata operazione. La *deterrence* assume, così, il ruolo di un costo e riesce a realizzare un controllo indiretto delle attività private quante volte i sacrifici economici derivanti da quelle dannose siano maggiori dei profitti. In altri termini, il desiderio di realizzare delle utilità economiche si trasformerà in una vera e propria spinta verso l'illecito quante volte le conseguenze dannose dello stesso (*id est* il *quantum debeatur* a titolo di risarcimento) non intacchino i profitti<sup>195</sup>.

E' necessario, in altri termini, che sia abbattuta qualsivoglia strategia di profitto del danneggiante<sup>196</sup>.

Del resto, l'esigenza di rinvigorire adeguatamente la funzione preventiva o deterrente della responsabilità civile è incoraggiata da più parti, s'invoca di tal guisa «un ritorno alla deterrenza»<sup>197</sup>.

Anche il contributo pragmatico che giunge dallo studio dell'analisi economica del diritto approda alle medesime conclusioni.

L'economista non concepisce il diritto come un insieme di precetti accompagnati da una sanzione, bensì come degli incentivi rivolti ai consociati. A tale stregua, i precetti introducono una serie di costi espressi in modo indiretto in relazione a determinati comportamenti degli individui. Solo nell'ipotesi in cui il prezzo di un determinato comportamento (*contra ius*) sia sufficientemente alto, tale da rendere per il soggetto più conveniente non intraprenderlo affatto, il precetto sarà verosimilmente osservato.

---

<sup>195</sup> Sulla maggiore efficacia deterrente delle forme di responsabilità per colpa, rispetto a quelle oggettive si rinvia a p. 294- 295 ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit..

<sup>196</sup> In argomento ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 2003, 296.

<sup>197</sup> L'espressione è di PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2006, II, 293. In questo senso anche BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 219- 220, ove viene ripresa la relazione presentata al Convegno su «La funzione deterrente della responsabilità civile» svoltosi a Siena dal 19 al 21 settembre 2007.

«Come in qualsiasi situazione di mercato, il soggetto avrà aperta la possibilità di comprare il prezzo della disubbidienza al precetto con possibili usi alternativi di quelle risorse. Fatta questa comparazione, sceglierà se ubbidire, disubbidire, sfidare la regola in corte, recarsi all'estero per svolgere lo stesso comportamento, ecc. In altre parole, l'economia insegna al giurista a svegliarsi dal sogno velleitario del positivismo legislativo. Il giurista è abituato a credere che sia sufficiente una legge per determinare un certo corso di eventi. L'economista, abituato a studiare i mercati (e anche i mercati neri), gli insegna che tale convinzione è il portato di un delirio di onnipotenza del legislatore e che l'eterogenesi dei fini è sempre in agguato»<sup>198</sup>.

La responsabilità è vista in questa prospettiva come un sistema di incentivi per tenere un comportamento efficiente.

L'effetto punitivo - deterrente si presenta, a tale stregua, come una necessità, pena la costruzione di una zona di impunità che finisce con il tradursi in un'intollerabile spinta verso l'illecito.

Le evidenziate insufficienze e criticità dei tentativi di fornire soluzione alla *quaestio* oggetto di studio, unitamente alle considerazioni appena svolte, spingono a volgere lo sguardo verso lo strumento della responsabilità civile, specialmente alla luce del carattere polifunzionale della stessa (che si avrà modo di dimostrare nel prosieguo della trattazione).

Quello che si vuole sostenere è che la responsabilità aquiliana, caricata legittimamente e necessariamente, di una valenza *latu sensu*

---

<sup>198</sup> Così COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole*, cit., 11 – 12. Si avrà modo di approfondire questo profilo successivamente.

punitiva potrebbe forse essere il rimedio<sup>199</sup> giusto per fornire la soluzione alla problematica di cui si tratta<sup>200</sup>.

Ciò consentirebbe di rinvenire, nell'ambito delle maglie dell'ordinamento, uno strumento di tutela dai confini mobili, idoneo ad assicurare in modo adeguato il raggiungimento dello scopo. Di tal guisa, sarebbe possibile non solo neutralizzare gli effetti di detti illeciti efficienti, ma anche prevenire la commissione degli stessi.

La capacità della soluzione prospettata di agire sul piano della prevenzione del fenomeno degli illeciti efficienti sembra essere un valore aggiunto che, invece, non è dato cogliere nell'ambito degli altri autorevoli tentativi di fornire una soluzione alla problematica in oggetto.

La prospettiva punitiva deve essere considerata «una funzione del rimedio, che intende essere “*fair and reasonable*” proprio rispetto ai

---

<sup>199</sup> Questa soluzione sembra essere stata tra le righe già sposata da autorevole dottrina che ha, appunto, posto l'attenzione sul c.d. linguaggio dei rimedi. Si osserva che la funzione dell'ordinamento giuridico non è solo quella di dare sistemazione alle categorie giuridiche, ma anche quella di fornire risposte in positivo ove siano realizzate delle violazioni. Il rimedio è lo strumento per rispondere ad un interesse che risulta leso e insoddisfatto, esso si caratterizza per essere particolarmente duttile ed elastico, infatti, è stato definito da autorevole dottrina come «cura contro i torti» (discorre di *cure for wrongs* LAWSON, *Remedies of English Law*, London, 1980). E' stato convincentemente affermato che «allo stato presente, senza necessità di mutazioni legislative, la prospettiva rimediale può essere percorsa dai giudici, per giungere a decisioni operative sul terreno del risarcimento, anche a fronte di lesioni sicuramente gravi per gli interessi colpiti, ma largamente deficitarie sul piano (della identificazione) delle “conseguenze” materiali o immateriali, che ne derivano». In questi termini si esprime DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 67.

Sul concetto di rimedio v. MATTEI, *Il diritto soggettivo*, t.2, Tratt. Sacco, Torino, 2001, 107; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 4 ss. e 49 ss.; ID, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341; ID *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 289 ss.; ID, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., 1859; CASTRONOVO e MAZZANUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 739.

<sup>200</sup> Giova rilevare che a conclusioni simili giunga anche P.PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, disgorgement e punitive damages*, Bari, 2012, attraverso un'analisi comparata della responsabilità civile nostrana e di quella di matrice angloamericana pagina 129 ss. spec. p.166 ove l'A. afferma che «sembra che l'arco dei rimedi possa estendersi, sulla base delle suggestioni provenienti dall'esperienza di *common law*, sino a ricomprendere la restituzione del profitto illecito [...] ciò implica che un risarcimento in chiave punitivo/ sanzionatorio non costituisca più una chimera [...] di fronte ad un danno impalpabile o di dimensioni contenute, si va a misurare il più consistente vantaggio di chi ha violato il diritto: di là dai contorsionismi interpretativi, questa è giustappunto la logica della pena privata, se si preferisce dei danni punitivi e dei “*disgorgement damages*”. Nondimeno, la necessità/pretesa di assicurare una coerenza sistematica richiede un drastico cambiamento del modo di “pensare” la responsabilità civile. Più nello specifico: prende corpo l'esigenza di riscoprirne (e fortificarne) la matrice polifunzionale, da sempre radicata nel suo DNA ma, nell'ultimo mezzo secolo, mortificata dal predominio della compensazione».

fattori che hanno segnato la rilevanza giuridica del danno. In altre parole tra fattispecie e rimedio v'è stretta convergenza nel senso che proprio il giudizio di "rilevanza" del danno, derivante dai fattori descritti, richiama la prospettiva di un rimedio adeguato (appunto in termini non solo di riparazione)»<sup>201</sup>.

Nel prossimo capitolo si passeranno in rassegna le singole ipotesi di pene private da illecito aquiliano, al fine di dimostrare la natura polivalente della responsabilità civile.

Ciò non comporta un ritorno alla concezione riduttiva e sanzionatoria della responsabilità civile, bensì si tenta di proiettare l'operatività della stessa anche verso la casistica non ancora tipizzata ovvero insuscettibile di tipizzazione da parte del legislatore.

Il problema sarà quindi quello di individuare le concrete potenzialità e, di converso, i limiti di operatività di tale tecnica di tutela rispetto alla problematica oggetto di studio.

Lo sviluppo di tali capacità espansive deve essere affidato al governo di giurisprudenza e dottrina. Laddove, quest'ultima è chiamata ad individuare le coordinate ermeneutiche ed al contempo i confini operativi di una regola generale, qual è quella scolpita nell'ambito del 2043 c.c., e la seconda è chiamata ad effettuare un'opera incessante di risoluzione delle problematiche offerte dall'esperienza.

---

<sup>201</sup> Così DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1859. L'Autore giunge a questa conclusione anche richiamando il progetto di regolazione redatto dalla Commissione Von Bar (art. 2.201 n. 2 e 3). In particolare, afferma l'A. che: «nel diritto europeo la proposta di introdurre il concetto di "danno giuridicamente rilevante" (*legally relevant damage*) e cioè di una "clausola di chiusura", che è tale da fungere da polo d'attrazione delle varie "conseguenze" che si intendono collegare al fatto di responsabilità, è tale da contrassegnare una inversione di rotta rispetto al modello del "danno" che intende essere (solo) l'equivalente della perdita subita. Ed è in ordine alla definizione di "danno giuridicamente rilevante" che possono essere determinati fattori tra i quali "il fondamento dell'imputazione, la natura e prossimità del danno, le aspettative ragionevoli di colui che il danno subisce o incorre nel pericolo di subirlo" e che oramai assegnano al risarcimento svariate funzioni». In termini v. DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e Dir. Privato*, 2006, 29 ss.

A tal riguardo, sembrano condivisibili le parole di chi osserva che «la vicenda della responsabilità civile non è, dunque, un cerchio che si chiude; è una parabola che si colloca su una linea tracciata verso l'infinito»<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> Così BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 185.

## CAPITOLO III

### L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE E LA FUNZIONE MULTIPOLARE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

#### 1. Le pene private: una categoria dagli incerti confini

In questo capitolo si passeranno in rassegna i rimedi tipici previsti dal legislatore per fronteggiare la complessa tematica dell'arricchimento derivante da fatto ingiusto e altri rimedi aventi carattere sanzionatorio, al fine di dimostrare la polisemicità della responsabilità civile.

Tuttavia, sembra preventivamente opportuno tentare di lumeggiare le caratteristiche che connotano l'eterogeneo *genus* delle pene private nell'ambito del quale si iscrivono i rimedi che si esamineranno nel corso della trattazione.

Con la locuzione “pena privata” si è soliti designare delle sanzioni di carattere eterogeneo comminate nei confronti di un soggetto a vantaggio di altro privato<sup>203</sup>, che non siano comunque riconducibili alle pene di diritto penale ovvero di diritto amministrativo<sup>204</sup>.

Tale definizione è comunque approssimativa, in quanto finisce per erigere una categoria giuridica particolarmente disomogenea<sup>205</sup>. In realtà non è dato rinvenire una nozione univoca di pena privata ovvero di sanzione civile. Giova osservare, infatti, che da un lato, il legislatore non ha mai fornito una definizione di tale concetto e, d'altro canto,

---

<sup>203</sup> PATTI, *Penà privata*, cit., *passim*.

<sup>204</sup> MOSCATI, *Penà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 779.

<sup>205</sup> BENAZZO, “*Le pene civili*” nel diritto privato d'impresa, cit., 102. Non possono porsi *sic et simpliciter* sullo stesso piano strumenti poco hanno in comune. Nell'alveo della eterogenea categoria delle pene private, infatti si suole ricondurre, ad esempio, tanto la clausola penale, quanto *l'astreinte*. La distanza tra tali due istituti è palese.

raramente<sup>206</sup> la dottrina ha tentato di stilare una catalogazione delle pene private esistenti.

La sanzione in generale «viene concepita nei modi più disparati»<sup>207</sup>, tuttavia, è anche vero che la dottrina appare sostanzialmente unanime su due punti: in primo luogo sul fatto che le pene sono concepite sempre come un *posterius*<sup>208</sup> rispetto alla norma e, in secondo luogo, che la finalità di tutte le sanzioni è il rafforzamento e la conservazione dell'ordinamento giuridico<sup>209</sup>.

È comunque necessario effettuare ulteriori precisazioni.

In primo luogo, è possibile distinguere tra pene private di fonte legale<sup>210</sup> e convenzionale<sup>211</sup>.

In realtà è stato sottolineato che i confini che separano dette categorie sono spesso mobili. Si osserva, infatti che tanto le sanzioni di tipo legale, quanto quelle di tipo negoziale sono comunque irrogate dall'autorità giudiziaria e, di converso, quelle di tipo giudiziale comminate ad istanza di parte ovvero d'ufficio sulla base di specifiche previsioni normative<sup>212</sup>.

Si reputa, conseguentemente, opportuno distinguere le pene private in ragione della condotta oggetto di sanzione, la quale può consistere in

---

<sup>206</sup> GALGANO, *Civile e penale nella produzione della giustizia*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1983, 53; ID, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. Impr.*, 1987, 531; CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 237; ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1; PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, cit., 55 ss.

<sup>207</sup> CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969, 56.

<sup>208</sup> V. GAVAZZI, *Sanzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, XXVIII, 1.

<sup>209</sup> *Ex multis* v. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, cit., 247.

<sup>210</sup> Il riferimento è all'art. 125 del codice della proprietà industriale; all'art. 12 della legge n. 47/1948 (legge sulla stampa); all'art. 18 legge n. 349/1986 in tema di danno ambientale; all'art. 158 n. 633/1941 in tema di diritto d'autore; all'art. 187 *undecies* II co. del Testo Unico della Finanza e all'art. 96, 709 *ter*, 614 *bis* c.p.c.

<sup>211</sup> Le pene private convenzionali sono quelle riconducibili all'autonomia privata delle parti. Si pensi alla clausola penale di cui all'art. 1382 c.c.; alle sanzioni disciplinari previste dagli statuti delle persone giuridiche ex art. 16 c.c. e delle associazioni non riconosciute ex art. 36 c.c. riconducibili al potere disciplinare endoassociativo e alle c.d. penali testamentarie. Per questa distinzione v. *amplius* PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990, 2.

<sup>212</sup> Cfr., GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 35.

un illecito extracontrattuale<sup>213</sup> ovvero nell'inadempimento<sup>214</sup> di una pregressa obbligazione. Si distingue, quindi, tra pene da illecito extracontrattuale e pene private da inadempimento.

Le pene private, inoltre, sono solite caratterizzarsi per essere a contenuto tipicamente pecuniario il cui ammontare supera l'entità del pregiudizio da questi effettivamente sofferto. Ebbene, detta eccedenza risarcitoria costituisce il tratto caratterizzante della figura in esame<sup>215</sup>.

Funzione della pena privata è quella di disincentivare condotte illecite svincolando il risarcimento dalla prova ovvero ampliando lo stesso concetto di danno, le cui difficoltà probatorie spesso rischiano di risolversi in un indebito vantaggio per il danneggiante.

Ciò conduce gli interpreti a rilevare la natura bifronte di dette pene private, le quali, da un lato, sono riconducibili al diritto penale – in considerazione dello scopo afflittivo che perseguono – dall'altro al diritto civile, in ragione della forma e degli effetti che le caratterizzano<sup>216</sup>. Si osserva, infatti, che dette pene, benché irrogate dal giudice civile, tendono non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato, bensì alla punizione del danneggiante, assolvendo così alla funzione propria delle sanzioni penali: deterrente *a priori* e sanzionatoria, *a posteriori*.

I rimedi in questione, quindi, appaiono essere posti a tutela, non solo dell'interesse del privato, ma anche di quello dell'intera collettività.

---

<sup>213</sup> Si pensi ancora all'art. 125 del codice della proprietà industriale.

<sup>214</sup> Esempio paradigmatico è ancora una volta la clausola penale (art. 1382).

<sup>215</sup> La pena privata viene da molti ricondotta nell'ambito del più ampio *genus* delle sanzioni civili dalle quali si distingue per l'elemento di specialità rappresentato dal suo contenuto tipicamente pecuniario. Nel novero delle sanzioni civili, invece, si suole ricondurre la decadenza dalla titolarità di un diritto, la nullità per violazione di norme imperative, nonché, secondo parte della dottrina la stessa risoluzione del contratto. Cfr. BOBBIO, voce *Sanzione* in *Noviss. Digesto italiano*, Torino, 1969, 530; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit. e AULETTA, *La risoluzione del contratto*, Milano, 1942, 147.

<sup>216</sup> In questo senso BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 277.

Ebbene, la realizzazione dell'interesse particolare del danneggiato è funzionale al soddisfacimento dell'interesse generale dell'ordinamento, essendo, di tal guisa, rimessa l'attuazione di quest'ultimo all'iniziativa del singolo<sup>217</sup>.

E' stato ulteriormente precisato che nell'alveo delle pene private è possibile distinguere quelle a finalità punitiva primaria, da quelle a finalità punitiva secondaria<sup>218</sup>. In altri termini, all'interno del *genus* pene private è possibile individuare due gruppi di sanzioni nelle quali il momento punitivo si atteggia con intensità differenti.

Nell'ambito delle pene a finalità punitiva primaria è riconducibile quel gruppo di sanzioni che persegue essenzialmente una funzione afflittiva e general - preventiva di dissuasione dalla realizzazione di determinate condotte, al di fuori di ogni logica di carattere riparatorio<sup>219</sup>.

In tale prospettiva, si osserva che «non si debba confondere la mera afflittività di una misura, intesa quale conseguenza negativa per chi la deve subire, con l'effettivo carattere punitivo di una sanzione, intesa quale conseguenza della violazione di una norma ordinaria cogente. E' evidente, infatti, che al crescere dell'incisività possa proporzionalmente accrescersi anche l'afflittività (e dunque l'efficacia) della misura: ma perché questa

---

<sup>217</sup> In argomento BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 188, ove l'A. osserva che di tal guisa «la tutela minima ed essenziale dell'interesse generale è realizzata dalla sanzione pubblica, la quale può, poi, essere rafforzata dalla pena privata. Ad esempio, in caso di diffamazione a mezzo stampa, mentre la pena pubblica di cui all'art. 595 c.p. costituisce la sanzione minima ed essenziale per la salvaguardia dell'interesse generale alla repressione di una condotta diffamatoria penalmente rilevante, la riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 l. 8 febbraio 1947, n. 48 è una sanzione di applicazione eventuale, atta a soddisfare l'interesse generale, rafforzando la tutela minima garantita dalla pena pubblica».

<sup>218</sup> Questa distinzione è riconducibile a BENAZZO, "*Le pene civili*" nel diritto privato d'impresa, cit., spec., 109 ss.

<sup>219</sup> A tal riguardo ad esempio BENAZZO, *Le pene civili*" nel diritto privato d'impresa, cit., 189 evoca l'art. 1815 c.c. il quale impone a carico del mutuante un obbligo a contenuto obiettivamente afflittivo e privo di alcuna finalità compensativa ovvero quello di rimanere legato ad un rapporto *ex lege* novato in mutuo gratuito.

possa dirsi pena, è necessario che sia irrelata, come si è concluso in precedenza, a qualsivoglia finalità riparatoria o compensativa»<sup>220</sup>.

Nelle pene a finalità punitiva secondaria il momento afflittivo, invece, riveste una posizione ancillare rispetto alla logica riparatoria. In altri termini, tali pene private, nonostante rechino in sé un'impronta afflittiva, restano comunque misure rivolte ad assicurare niente di più che la neutralizzazione dell'illecito.

A tale stregua «il momento punitivo non potrebbe eccedere le necessità legate a detta neutralizzazione e, dall'altro canto, non potrebbe neppure sopravvivere in assenza della stessa, rispetto alla quale la pena, meglio sarebbe dire il momento punitivo, assolverebbe soltanto la funzione di colmare le lacune e le inefficienze proprie della disciplina applicabile, segnatamente di quella in tema di risarcimento del danno»<sup>221</sup>. Ebbene è proprio in quest'ottica che vengono in rilievo i rimedi tipici apprestati dal legislatore per fronteggiare ipotesi di illecito efficiente che si passeranno di seguito in rassegna.

Più specificamente, nel tentativo di dare una risposta adeguata in termini di giustizia sostanziale a quella molteplicità di situazioni in cui paradossalmente il danneggiante riesce a lucrare attraverso la commissione di un fatto illecito, il legislatore in alcuni settori si è spinto fino al punto di superare la funzione meramente ripristinatoria/compensativa (della sfera patrimoniale lesa) della responsabilità civile, imponendo la “restituzione” del profitto che il trasgressore ha conseguito illecitamente, ovvero infliggendo dei risarcimenti idonei a compensare offese difficilmente quantificabili; tanto,

---

<sup>220</sup> BENAZZO, “*Le pene civili*” nel diritto privato d'impresa, cit., 107 – 108. In questo senso sembra esprimersi anche, BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, cit., 257.

<sup>221</sup> BENAZZO, “*Le pene civili*” nel diritto privato d'impresa, cit., 111.

attraverso degli strumenti giuridici che ricalcano le tecniche del cd. *disgorgement* e dei *punitive damages*, applicate nei paesi del *Common Law*.

Si passerà quindi di seguito in rassegna l'art. 12 legge 8 febbraio 1948, n. 47 (c.d. legge sulla stampa); il risarcimento del danno di cui all'art. 125 Codice della Proprietà Industriale; il risarcimento del danno nell'ambito dell'art. 158 *l.a.*; il risarcimento del danno ambientale *ex art.* 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349 e – sinteticamente – altri rimedi aventi carattere sanzionatorio, al fine di dimostrare la valenza polifunzionale della responsabilità civile.

## **2. Il primo tentativo del legislatore di colmare le lacune individuabili nell'ordinamento italiano in relazione alla tematica dell'illecito efficiente: la riparazione pecuniaria *ex art.* 12 della legge sulla stampa**

La prima figura rimediale che viene in questa prospettiva in rilievo è l'art. 12 della legge n.47/1948 (legge sulla stampa). Detta norma sancisce il diritto della persona offesa, in caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa, di ottenere oltre il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 185 c.p., una somma a titolo di riparazione. Tale riparazione sarà determinata dal giudice avendo riguardo non solo alla gravità

dell'offesa, ma anche alla diffusione dello stampato. Conseguentemente il danneggiato potrà cumulare<sup>222</sup> tali poste, così determinate dal giudice<sup>223</sup>.

I profili problematici da lumeggiare in relazione a siffatta norma sono due. In primo luogo, giova interrogarsi in ordine alla reale collocazione dogmatica di detto rimedio nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Su altro profilo, sarà necessario snidare l'effettiva natura giuridica dello stesso, avendo specialmente riguardo alla proiezione funzionale che quest'ultimo riveste nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Il primo interrogativo trova la sua genesi nel rinvio diretto effettuato dall'art. 12 al reato di diffamazione.

A fronte di prime esitazioni<sup>224</sup> circa la natura civilistica ovvero penalistica del rimedio in parola, è prevalsa l'opinione che riconduce quest'ultimo nell'ambito delle tutele privatistiche. Le ragioni sono molteplici. In primo luogo, si osserva che ai fini della sua applicazione non è necessaria l'emanazione di una sentenza di condanna<sup>225</sup>. Su altro versante, è stato osservato che il rimedio sanzionatorio in questione è azionabile esclusivamente ad impulso della parte offesa, a differenza di quanto avviene nell'ambito del processo penale. Infine, si osserva che la somma liquidata a titolo di riparazione va ad esclusivo beneficio della persona offesa e non anche a beneficio delle casse dello stato.

---

<sup>222</sup> A tale riguardo la Corte di Cassazione 29 gennaio 1965, n. 2300, in *Giur. It.*, 1966, I, 726 ha stabilito che «l'art.12 della legge citata non confonde la riparazione con il risarcimento dei danni, sia patrimoniali che non patrimoniali [...], ma la qualifica e la configura diversamente dal risarcimento, come chiaramente si evince dal testo della norma».

<sup>223</sup> La norma in questione testualmente recita: «Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato». Giova notare, inoltre, che l'art. 1 co 1 d.lgs. 1 dicembre 2009 n. 179, ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore di tale articolo.

<sup>224</sup>Cfr. D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005, 143

<sup>225</sup> Cfr. Cass. pen. 11 aprile 1986, in *Foro it.*, Rep., 1987, voce *Stampa ed editoria*, n. 85 e per esteso in *Resp. Civ.*, 1987, 85 con nota ZAGNONI BONILINI.

Evidenti sono quindi le abissali differenze con i procedimenti di matrice penalistica. Ebbene, ciò conduce la dottrina maggioritaria a ricondurre detto rimedio nell'ambito delle tutele civilistiche <sup>226</sup>.

L'offeso, quindi, gode di un articolato sistema di tutele. Quest'ultimo potrà agire in sede penale querelando il responsabile, chiedere il risarcimento del danno patrimoniale (*ex art.2043 c.c.*) e non patrimoniale (*ex art. 2059 c.c.*) e, inoltre, potrà chiedere ed ottenere la c.d. riparazione pecuniaria.

Per quanto concerne il secondo profilo problematico, maggiori sono state le esitazioni ermeneutiche.

Parte della dottrina, specialmente quella più datata, osserva che la riparazione pecuniaria in questione lungi dal perseguire finalità deterrenti, in realtà, si atteggia semplicemente a mera duplicazione del danno morale da reato <sup>227</sup>.

Tuttavia – in disparte la valenza *latu sensu* sanzionatoria del danno morale<sup>228</sup> - è prevalsa l'opinione di quanti facendo perno sulla lettera della norma letta in uno con i lavori preparatori<sup>229</sup> hanno individuato nella riparazione pecuniaria una funzione punitivo - deterrente. In particolare, si osserva che detta previsione normativa nella parte in cui contempla una riparazione del danno commisurata all'entità dell'offesa ricevuta e alla quantità della divulgazione della notizia dà luogo ad un rimedio dallo

---

<sup>226</sup> In questo senso P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediale, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 144. Sul punto, inoltre, v. D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, cit., 143

<sup>227</sup> Cfr. JANNITI-PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Roma, 1957, 121.

<sup>228</sup> Per quanto concerne la tematica in questione si rinvia a quanto detto nel corso della trattazione.

<sup>229</sup> Per un'analisi di tali profili si rinvia a BARATELLA, *La riparazione pecuniaria*, in *Resp. comunicazione e impresa*, 2001, 287 ss.

spiccato carattere punitivo-deterrente, volto a mitigare i vantaggi realizzati infamando volontariamente<sup>230</sup> la reputazione di un soggetto.

Il vantaggio economico realizzato a mezzo dalla diffusione della notizia diffamante sarà, quindi, sensibilmente ridotto dall'entità della riparazione economica determinata in misura proporzionale alla divulgazione della notizia e all'entità dell'offesa e andrà ad aggiungersi al risarcimento del danno subito. Il legislatore, in tal guisa ha quindi legittimato un ristoro di gran lunga superiore rispetto al danno patito dalla vittima. Sembra condivisibile l'opinione di chi<sup>231</sup> osserva che detto rimedio persegue, quindi, la specifica finalità di drenare il vantaggio economico realizzato ledendo volontariamente la reputazione altrui.

L'importo della somma richiesta a titolo di riparazione è quindi una pena pecuniaria privata prevista dalla legge, a cui si aggiunge l'importo di quanto richiesto a titolo di risarcimento danni.

La riparazione così congeniata ed il risarcimento del danno, lette in combinato disposto, si caricano, in tal guisa, di una funzione marcatamente deterrente. In altri termini, è evidente, che l'intento specifico perseguito dalla disposizione sia quello di scoraggiare l'emulazione di simili condotte.

Ebbene, alla luce delle osservazioni effettuate, non può non convenirsi con quanti ritengono che la previsione normativa di detta figura risarcitoria dal carattere *latu sensu* punitivo sembra modellata sul calco del *disgorgement damages*<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> A tal riguardo ZENCOVICH, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa*, in *Resp. civ.*, 1983, 40, osserva che presupposto comune alla riparazione della quale si discorre e i danni punitivi sia da rinvenire nel comportamento riprovevole del diffamante.

<sup>231</sup> P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 142.

<sup>232</sup> P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 142.

Tale rimedio<sup>233</sup>, infatti, parametrizza il risarcimento all'entità del profitto realizzato dalla controparte ed è utilizzato nel *common law* specialmente per fronteggiare le ipotesi di arricchimento derivante da fatto illecito, svolgendo efficacemente una funzione sanzionatoria – deterrente<sup>234</sup>.

Non sembra quindi peregrino affermare che la responsabilità civile possa assumere, di tal guisa, anche una valenza sanzionatoria. E' evidente, infatti, che in tale sede si osserva l'emergere di uno strumento rimediale in grado di spingersi oltre la mera dimensione compensativa.

Il legislatore con la norma in rassegna persegue un duplice obiettivo: da un lato, sanzionare l'autore dell'illecito e, dall'altro, dissuadere chiunque dall'emulare tale comportamento illegittimo.

Giova notare, conclusivamente, che tale impostazione sembra aver ricevuto autorevole avallo anche a livello giurisprudenziale<sup>235</sup>.

### **3.L'art 125 codice della proprietà industriale**

Scampoli di tutela a fronte di ipotesi di arricchimento da fatto illecito sono rintracciabili anche nell'ambito dell'art. 125 c.p.i.<sup>236</sup> che

---

<sup>233</sup> Considerato nel sistema statunitense come un tipico caso di *punitive damages* Cfr. *ex multis* P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit.

<sup>234</sup> Per ampi riferimenti sull'istituto in questione si veda PARDOLESI, *Vorrei, ma... Sviluppi in tema di disgorgement*, in *Seminari di diritto private comparato*, a cura di P. Pardolesi, Bari, 2011, 15 ss. Inoltre, pare opportuno osservare che si tratta di un istituto dalla vocazione generale, utilizzato nel *common law* anche in ambiti diversi dalla violazione delle privative industriali. In particolare, l'istituto *de quo* risulta essere particolarmente utile anche per sanzionare condotte scorrette o sleali degli amministratori che agiscano in conflitto di interessi con la società, obbligando a restituire i vantaggi illegittimamente conseguiti, e nell'ambito del rapporto di agenzia nel caso di azioni illegittime dell'*agent* sul punto si v. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Dir. Ind.*, 2007,184.

<sup>235</sup> V. Cass. 10 giugno 2005, n. 12299, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 225; Cass. 7 novembre 2000, n. 14485, in *Giur. It.*, 2001, 1360 con nota BAROLI e Cass. 2001, 29, con nota CARBONE in *Danno e Responsabilità*.

<sup>236</sup> Il testo della norma così dispone: «Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i

costituisce la convalida normativa di un lungo percorso evolutivo di carattere dottrinale<sup>237</sup>.

Nell'ambito della disposizione in parola, frutto di una vera e propria «odissea legislativa»<sup>238</sup> che secondo autorevole dottrina sembra non essersi ancora conclusa<sup>239</sup>, convivono due diverse tecniche di tutela.

In primo luogo, i commi 1° e 2° dell'art. 125 c.p.i. tracciano il profilo di una misura che può essere collocata nell'ambito del principio di

---

benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto leso dalla violazione. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. 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».

<sup>237</sup> Cfr., SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 114 ss.; SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche e restituzione del profitto*, cit., *passim*; GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit., 174; CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., 15; TROIANO, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, cit., 207; GITTI, *il "possesso dei beni immateriali" e la riversione dei frutti*, cit., 152.

<sup>238</sup> L'espressione è di P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 4. L'A. in questa sede effettua un'efficace ricostruzione dell'evoluzione normativa, per la verità alquanto travagliata, che ha condotto all'attuale formulazione dell'art. 125 c.p.i., come modificato da ultimo dal d.lgs. 140 del 16 marzo 2006. Ebbene la disposizione oggi vigente è stata inserita nel c.p.i. con il d.lgs. 16 marzo 2006 n. 140 in recepimento dell'art. 13 della direttiva 2004/48/CE (c.d. direttiva *enforcement*). La direttiva in questione ha dovuto tener conto degli obblighi assunti dall'Unione Europea con l'adesione all'Accordo TRIPs stipulato nell'ambito dei trattati istitutivi dell'organizzazione internazionale del commercio. Infatti, la direttiva comunitaria ha ricalcato l'impostazione dell'Accordo TRIPs distinguendo le violazioni imputabili a chi risulta «implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per essere consapevole in un'attività di violazione» da quelle realizzate, invece, da chi ha agito «senza saperlo o senza ragionevoli motivi per saperlo». Pertanto, nei confronti dei primi, la direttiva dispone che gli Stati membri devono garantire il risarcimento dei danni «adeguati al pregiudizio effettivo» subito, invece, rispetto ai secondi, attribuisce la facoltà di prevedere «che l'autorità giudiziaria disponga il recupero dei profitti o il pagamento dei danni». Tuttavia, la direttiva non ha disciplinato puntualmente i rapporti intercorrenti tra la misura del risarcimento del danno e quella della retroversione degli utili che, invece, costituiscono oggetto di apposita disposizione nazionale. In altri termini, il legislatore italiano ha inteso sgomberare il campo da ogni dubbio dedicando al rapporto intercorrente tra i due rimedi il comma 3° dell'art. 125 c.p.i. Infine, è opportuno osservare che in sede di recepimento della direttiva non è stata ripresa la distinzione sistematica prevista dalle fonti sovranazionali. Infatti, il legislatore non distingue l'ipotesi della violazione consapevole - a fronte della quale l'autore è tenuto al risarcimento del danno - dall'ipotesi della contraffazione innocente, ove il titolare del diritto leso avrebbe diritto solo alla retroversione degli utili. Sul punto si veda SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 149 ss.

<sup>239</sup> Più nel dettaglio VANZETTI, *La "restituzione degli utili" di cui all'art. 125, n. 3 C.P.I. nel diritto dei marchi*, in, *Dir. Ind.* 2006, 323 ss. effettua considerazioni di notevole spessore circa la necessità di apportare talune correzioni all'art. 125 c.p.i. In questo senso anche P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 C.P.I.*, *Corr. giur.*; 2006, 1605.

diritto comune in virtù del quale la vittima di un'ingiustizia ha diritto ad ottenere il risarcimento del danno inteso come ristoro economico del pregiudizio subito.

Sembra contrapporsi nettamente al 3° comma dello stesso articolo la misura della retroversione degli utili. Questo strumento di tutela, dalla portata innovativa del tutto peculiare e forse ancora in cerca di una precisa collocazione dogmatica, ha impegnato la dottrina in un rimarchevole lavoro che ha contribuito a definire i contorni dell'istituto e ad esaltarne il ruolo nel quadro dei mezzi di tutela delle privative industriali.

Ancorché la norma sembri distinguere nettamente i due rimedi, giova notare, sin da subito, che queste due tecniche di tutela non stanno tra di loro in rapporto di contrapposizione, bensì di integrazione, in quanto condividono e realizzano in concorso la medesima funzione sanzionatoria e deterrente<sup>240</sup>.

La dottrina ha da subito salutato con favore l'innovazione in esame<sup>241</sup>, tuttavia, l'analisi della norma ha dato luogo a molteplici esitazioni ermeneutiche che si cercherà di lumeggiare di seguito, analizzando distintamente le due tecniche di tutela sommariamente indicate.

---

<sup>240</sup> In questa direzione si esprime AUTERI, *Il risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore*, in *Studi in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004, 60 «Si tratta di rimedi che pur avendo presupposti e contenuti (in parte) diversi, tendono verso comuni obiettivi essendo rivolti a stabilire per equivalente la posizione del titolare del diritto pregiudicato dalla lesione, ma anche a sanzionare la lesione del diritto assolvendo una funzione preventiva e dissuasiva di ulteriori valutazioni. Sì che tali rimedi non possono non essere considerati unitariamente nei loro reciproci rapporti e coordinati nel loro esercizio». Propendono per una lettura congiunta dei due rimedi anche P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 C.P.I.*, cit., 1609; ID. *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 43; SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 154 e RICCIARDI, *L' art. 125 c.p.i. e l'ammissibilità dei danni punitivi*, in *Riv. dir. comm.* 2016, n. 4, parte I, 715. Di avviso contrario BARBUTO, *il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 195.

<sup>241</sup> A tal proposito si veda BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 191 che discorre «dell'effetto positivo della retroversione degli utili» affermando che si tratta di una norma caratterizzata da «elementi di coerenza logica, giuridica e sistematica» che predispone «un apparato rimediabile dai giusti incentivi affinché le parti realizzino un risultato socialmente desiderabile».

Ad onta della rubrica legislativa, autorevole dottrina ritiene che il rimedio contenuto nei primi due commi dell'art. 125 c.p.i. non abbia natura risarcitoria. In particolare, l'elemento dei benefici realizzati dall'autore della violazione, radicalmente estraneo alle regole caposaldo della responsabilità aquiliana, imporrebbe di ricondurre il rimedio in esame nell'ambito delle fattispecie di tipo restitutorio<sup>242</sup>.

L'orientamento appena esposto non sembra condivisibile<sup>243</sup>.

In primo luogo, l'opinione in esame sembra entrare in rotta di collisione con il dato normativo che discorre espressamente al comma 1° di «risarcimento dovuto al danneggiato».

Del resto, l'assetto scolpito dall'art. 125 c.p.i. è anche chiarito in modo inequivocabile dalla Relazione di accompagnamento al Codice della Proprietà Industriale, secondo cui il rimedio in questione «rispecchia l'opinione pacifica della dottrina e consolidata della giurisprudenza secondo la quale la sanzione del risarcimento del danno nell'ambito della tutela dei diritti di proprietà industriale segue le stesse regole della responsabilità extracontrattuale»<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> A tal proposito CASTRONOVO e MAZZANUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 195 «Non è difficile diagnosticare la *defaillance* in cui è incorso il legislatore nostrano, il quale, prigioniero di un'ottica ristretta e quindi incapace di cogliere il senso europeo della tutela restitutoria, l'ha in qualche modo confusa col risarcimento del danno, perdendo così l'occasione di dare attuazione in maniera adeguata alla direttiva». In questo senso sempre CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. 647: «ciò cui l'interprete non può sottrarsi è l'applicazione della disposizione: in questo caso appunto la necessità di integrare nel risarcimento del danno ciò di cui si è arricchito il danneggiante; chiamandolo però con il nome che gli spetta: arricchimento».

<sup>243</sup> Ed infatti, la dottrina maggioritaria rinviene nell'ambito dell'art. 125 c.p.i. le caratteristiche proprie della tutela risarcitoria. In questo senso v. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 195; BICHI, *La liquidazione del danno da contraffazione e le prospettive riconosciute dall'art. 125 del D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30*, in, *Dir. Ind.*, 2005, 403; FERRARI, *Note a prima lettura sulle norme processuali contenute nel Codice della Proprietà Industriale*, in *Dir. Ind.*, 2005, 356 ss.; FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà industriale*, in *Dir. Ind.*, 2006, 205 ss.; P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 38; PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., 143 ss., SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.* cit., 158 ss.

<sup>244</sup> Consultabile all'indirizzo <http://aippi.it/wordpress/wp-content/uploads/2010/11/relcpi.pdf>.

Infine, non può sottovalutarsi il richiamo esplicito che la norma effettua agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., poiché idoneo a far emergere in modo inequivocabile la natura risarcitoria del mezzo di tutela in questione. Trattasi di un rinvio particolarmente significativo in quanto volto a rendere applicabili un gruppo di norme che, oltre a costituire il cuore pulsante della tutela risarcitoria, risulta *ab imis* incompatibile con i rimedi di carattere restitutorio. La dottrina, infatti, afferma con riferimento alla determinazione dell'indennità derivante dall'arricchimento senza causa - paradigma dei rimedi restitutori - l'impossibilità di applicare l'art. 1227 c.c. in caso di inerzia negligente dell'impovertito. Inoltre, si ritiene che in questi casi l'indennità dovrà comprendere solo la perdita patrimoniale causata dall'arricchimento, escludendo così la rilevanza del mancato guadagno, contemplato, invece, dall'art. 1223 c.c. con riferimento alla determinazione del risarcimento del danno<sup>245</sup>.

Può affermarsi, quindi, che l'indiscussa rilevanza che la norma attribuisce all'elemento dei benefici realizzati dall'autore della violazione, lungi dal delineare un rimedio di natura restitutoria, conferisce, invece, al risarcimento del danno una inclinazione sanzionatoria come si cercherà di illustrare di seguito.

---

<sup>245</sup> In questo senso *ex multis* GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 707. Per di più, la dottrina e la giurisprudenza (Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 707 e Cass. sez. un. 8 ottobre, 2008 n. 24722) maggioritarie, argomentando dall'espressione «correlativa diminuzione patrimoniale» (di cui all'art. 2041 c.c.), richiedono l'unicità del fatto generatore dello spostamento patrimoniale ed uno stretto e immediato nesso di causalità da un lato, tra fatto e arricchimento, dall'altro lato, tra fatto e depauperamento. Pertanto, si ritiene non indennizzabile l'arricchimento mediato. A tal riguardo, si osserva che l'art. 1223 c.c. precisa che il risarcimento va circoscritto ai danni che siano «conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento». Tuttavia, secondo la tesi prevalente (Sul punto, si veda ancora una volta *ex multis* GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 710), questa formula non va interpretata in senso rigoroso: il legislatore avrebbe inteso semplicemente selezionare le conseguenze dell'inadempimento secondo il criterio della causalità adeguata (o regolarità causale). La norma avrebbe stabilito che non tutte le conseguenze provocate da un dato comportamento sono risarcibili, ma solo le conseguenze "vicine", tali sono quelle dirette e immediate e altresì quelle indirette e mediate, purché normali, prevedibili, non eccezionali e non anomale.

Specificamente, la norma afferma che il risarcimento deve essere liquidato<sup>246</sup> «tenuto conto» anche «dei benefici realizzati dall'autore della violazione». E' innegabile che ciò introduce un profilo di novità<sup>247</sup> esorbitante anche dalla fattispecie risarcitoria *sic et simpliciter* intesa che deve essere necessariamente lumeggiato. La norma fa balzare in primo piano una voce ulteriore che il giudice sarà obbligato sistematicamente a considerare per la determinazione dell'ammontare del risarcimento ovvero i benefici realizzati dall'autore della violazione<sup>248</sup>.

---

<sup>246</sup> Come è stato correttamente osservato in dottrina (V. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 175) la disposizione in parola giacché ubicata nel comma 1° dell'art. 125 c.p.i., vincola il giudice sia nell'ambito della liquidazione analitica che di quella equitativa. In realtà, già precedentemente la giurisprudenza (Cfr. App. Milano, 15 febbraio 1994, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1995, 3222,07) attribuiva indiretta rilevanza all'elemento degli utili realizzati dal contraffattore, al fine di drenare il vantaggio illecito; tale espediente interpretativo, stante l'assenza di una disposizione espressa del legislatore, era, però, effettuato solo con riferimento alla liquidazione equitativa. Ciò nonostante, la dottrina ha reputato equivoca tale ricostruzione che finiva con l'avere spesso una vocazione sanzionatoria poiché raramente l'utile ottenuto dal contraffattore coincideva con il danno arrecato al titolare del diritto (SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 175), anzi sovente il primo finiva con l'essere di gran lunga superiore del secondo.

Non meno significativamente, si è denunciata l'arbitrarietà di tale opzione interpretativa nella parte in cui finiva col traslare principi propri dell'azione di arricchimento su di un terreno alieno, qual è quello dell'azione di risarcimento danni (V. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 182. Nel dettaglio afferma l'A.: «In quei casi, a mio parere, si trattava di un escamotage interpretativo non esente da critiche perché introduceva surrettiziamente principi consoni più all'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. che all'azione risarcitoria ex art. 2043»). Non è un caso, dunque, che alla luce della nuova normativa, una parte della dottrina, facendo perno sull'elemento dei benefici realizzati dall'autore della violazione (art. 125, comma 1°, c.p.i.), abbia ricondotto il rimedio in esame nell'ambito di una fattispecie di tipo restitutorio (a tal proposito CASTRONOVO e MAZZANUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 195 e CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 647). Come è stato già illustrato precedentemente, tuttavia, questa interpretazione non sembra accettabile scontrandosi, tra l'altro, con un dato normativo che inequivocabilmente discorre in più punti di risarcimento del danno( a tal riguardo v. BARBUTO, *il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 195; BICHI, *La liquidazione del danno da contraffazione e le prospettive riconosciute dall'art. 125 del D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30*, cit., 403; FERRARI, *Note a prima lettura sulle norme processuali contenute nel Codice della Proprietà Industriale*, cit., 356 ss.; FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà industriale*, cit., 205 ss.; PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 38; PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., 143 ss., SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.* cit., 158 ss. Come precedentemente illustrato questa opinione non è condivisa da autorevole dottrina v. CASTRONOVO e MAZZANUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 195 e CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 647).

<sup>247</sup> In questi termini sembra esprimersi ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, cit., 27.

<sup>248</sup> In questo senso PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 43.

Conseguentemente il risarcimento finisce col travalicare il limite tracciato dalla funzione compensativa del risarcimento: *apertis verbis* la legge sembrerebbe dire a chiare lettere che il risarcimento derivante dalla lesione di un diritto di proprietà industriale vada oltre la perdita subita dal titolare del diritto<sup>249</sup>. I benefici realizzati dall'autore dell'illecito<sup>250</sup> sono qualcosa di ulteriore e diverso dal danno inteso nella duplice voce di lucro cessante e danno emergente che il giudice deve obbligatoriamente considerare nella determinazione del danno.

Alla luce di un'analisi neutra, sfrondata da “preconcetti giuridici” tipici del *civil lawyer*, si registra quindi uno scollamento del rimedio in questione dalla funzione compensativa che lo avvicina molto al modello risarcitorio d'oltreoceano<sup>251</sup>.

Affermare che si tratta di una correzione ad una disfunzione dell'azione risarcitoria in un ambito specifico, come parte della dottrina ha precisato<sup>252</sup>, sembrerebbe una soluzione di compromesso volta a non urtare la suscettibilità delle corti nostrane rispetto alla “tanto temuta” funzione sanzionatoria<sup>253</sup> del risarcimento del danno; tale soluzione, tuttavia, sembra svilire la reale portata della norma.

---

<sup>249</sup> Cfr. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 176.

<sup>250</sup> Per un'analisi relativa alle modalità di determinazione dei profitti dell'autore della violazione condotta con strumenti che appartengono all'area della tecnica e dell'economia e che avviso dell'A. conserverebbe la sua validità prescindendo dal contesto normativo di riferimento v. RENOLDI, *Il risarcimento dei danni nella forma dei profitti persi: teoria e prassi*, in *Dir. Ind.* 2006, 306 ss.

<sup>251</sup> P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 C.P.I.*, cit., 1610, il quale afferma: «alla luce di tali osservazioni, appare possibile rintracciare nella lettera dei primi due commi dell'art. 125 un allineamento con il modello di oltreoceano».

<sup>252</sup> Questa la posizione di SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 176.

<sup>253</sup> La ricostruzione classica dell'istituto della responsabilità evidenziava un intento sanzionatorio in quanto era intesa come un giudizio di riprovazione avente ad oggetto la condotta colpevole tenuta dal danneggiante. Questa concezione della responsabilità era caricata di una valenza etica tipica del diritto canonico, molto influente in quegli anni. Con la rivoluzione industriale la nozione di colpa iniziò gradualmente ad essere depurata da elementi etico – individuali per finire con l'identificarsi con la difformità del comportamento rispetto a parametri che esprimono il grado di tollerabilità sociale del rischio introdotto dalla condotta dell'agente. Questa tendenza ha indotto alcuni autori ad affermare che la funzione sanzionatoria è estranea alla responsabilità civile FRANZONI, *La funzione della responsabilità civile e del risarcimento*, cit., 666.

In conclusione, non può non condividersi la posizione di quanti rinvencono nel rimedio in questione una finalità preventivo – sanzionatoria<sup>254</sup>.

Si osserva, inoltre, che tale effetto sanzionatorio si realizza pienamente in questo specifico settore attraverso un'applicazione congiunta del rimedio *de quo* con quello della retroversione degli utili.

Ebbene, la novità di maggior rilievo introdotta dal d.lgs. 16 marzo del 2006 n. 140 (in attuazione della direttiva 2004/48/CE<sup>255</sup>) è senza dubbio da rinvenire nell'introduzione del comma 3° dell'art. 125 c.p.i.<sup>256</sup>, assente nella precedente formulazione<sup>257</sup>.

La disposizione in commento forgia un rimedio aggiuntivo rispetto a quello risarcitorio (commi 1° e 2° dell'art. 125 c.p.i.) che persegue la finalità specifica di garantire al titolare del diritto violato la restituzione di tutto l'utile realizzato dal contraffattore; tale effetto, alla stregua della lettera della norma, dovrà verificarsi «in ogni caso», ovvero prescindendo sia dal dolo che dalla colpa.

L'individuazione della natura giuridica del rimedio in esame ha dato luogo ad opzioni ermeneutiche contrastanti. In particolare, il panorama dottrinale è diviso tra quanti reputano che la disposizione in questione sia da ricondurre ad istituti già presenti nel nostro ordinamento

---

Ciò nondimeno altra parte della dottrina ha ritenuto che la funzione sanzionatoria della responsabilità aquiliana si sia attenuata, ma non sia scomparsa del tutto SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 304 e CENDON, *La responsabilità extracontrattuale*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 1994, 78.

<sup>254</sup> Per tutti si v. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 C.P.I.*, cit., 1608 – 1609.

<sup>255</sup> Come detto in precedenza per l'evoluzione normativa si rinvia a PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 41.

<sup>256</sup> La norma 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».

<sup>257</sup> Il testo precedente dell'art. 125 c.p.i., entrato in vigore il 19 marzo 2005, non conteneva una disciplina espressa della retroversione degli utili e si limitava ad affermare al comma 1° che «il lucro cessante è valutato dal giudice anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto e dei compensi che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare se avesse ottenuto licenza dal titolare del diritto».

e quanti, invece, ritengono che si tratti di una norma speciale, estranea alla tradizione giuridica nostrana.

Nel solco del primo orientamento, si colloca la posizione di chi sostiene che il rimedio previsto dal comma 3° dell'art. 125 si giustapponga all'art. 2041 c.c. – archetipo della tutela restitutoria - rievocato dalla stessa lettera della norma che appunto discorre di restituzione degli utili<sup>258</sup>. Del resto, la Relazione al d.lgs. 140/2006 riconduce espressamente il rimedio in questione nell'ambito della tutela approntata dalle norme sull'arricchimento senza causa; inoltre, tanto l'art. 2041 c.c. quanto l'art. 125 c.p.i. prescindono da qualsivoglia valutazione afferente all'elemento psicologico, che finisce con l'essere sostanzialmente irrilevante.

Questo orientamento, tuttavia, è stato sottoposto a serrata e condivisibile critica da parte della dottrina<sup>259</sup>, la quale ha, in primo luogo, rilevato che l'operatività del meccanismo previsto dall'art. 125 c.p.i. ruota intorno al profitto prescindendo dall'elemento del danno, elemento che risulta essere - come precedentemente osservato - nevralgico nell'ambito del rimedio contemplato dall'art. 2041<sup>260</sup>.

Anche l'elemento della correlazione tra depauperamento e arricchimento – necessario per esperire il rimedio di cui all'art. 2041<sup>261</sup> -

---

<sup>258</sup> In questo senso ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit.; ID, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 538 ss; BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 195; DRAGOTTI, *Commento al D.lgs. 16 marzo 2006 n.140, attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2006, II, 28; GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit.; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 65.

<sup>259</sup> Per una eccellente disamina della questione si v. ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, cit., 32 – 38.

<sup>260</sup> In questo senso CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 642; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 331. L'A. nel confrontare il risarcimento del danno con l'arricchimento ingiustificato rileva che: «E'indubbio che i due rimedi abbiano tra di loro numerosi punti di contatto. Basta aver riguardo alla stessa formulazione del codice per avvicinare il concetto di "diminuzione patrimoniale" ivi impiegato al concetto di danno aquiliano».

<sup>261</sup> Parte della dottrina, tuttavia, ha sostenuto il requisito della correlazione tra depauperamento e arricchimento non sia un requisito essenziale in questo senso si veda ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. prev.*, 542; GALLO, *Arricchimento senza*

non è richiesto dall'art. 125 c.p.i. Al contrario, nel microsistema del diritto industriale generalmente l'arricchimento ottenuto dal contraffattore supera di gran lunga il danno subito dal titolare della privativa.

Infine, la dottrina or ora citata<sup>262</sup> – rievocando gli insegnamenti del Sacco<sup>263</sup> già precedentemente evocati – osserva che l'art. 125 c.p.i. rinviene il suo epicentro in un arricchimento ingiusto e non in un arricchimento ingiustificato. In altri termini, mentre il rimedio contemplato dall'art. 2041 - confermando indirettamente il principio di necessaria causalità degli spostamenti patrimoniali - presuppone un arricchimento ingiustificato ovvero uno spostamento patrimoniale non sorretto da idonea causa giustificativa, al contrario, l'art. 125 c.p.i. ruota attorno ad un arricchimento ingiusto. Il profitto, infatti è conseguenza immediata della lesione del diritto di proprietà industriale ed è effetto puntualmente perseguito dal contraffattore.

Secondo altro orientamento, chiarita l'insufficienza della sola tutela restitutoria e della sola tutela risarcitoria, sarebbe possibile - al ricorrere di determinate condizioni - ammetterne il cumulo<sup>264</sup>.

In particolare, alla stregua della tesi in esame, la violazione della proprietà industriale potrebbe sostanziarsi in un'attività di contraffazione

---

*causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., 56; PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., 147. Di contrario avviso ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, cit., 37 correttamente osserva che «il requisito della correlazione è da ritenere elemento centrale della fattispecie contenuta all'art. 2041 c.c., clausola generale legata più ad esigenze di equità che a finalità sanzionatorie».

<sup>262</sup> In termini ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, cit., 37.

<sup>263</sup> V. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 134 «il profitto conseguito in modo anti-giuridico sarà forse privo di causa *secundum ius*, ma non è privo di una causa qualsiasi». In questo senso anche FRASSI, *I danni patrimoniali. Dal lucro cessante al danno emergente*, cit., 97. Di parere contrario, GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., 58; ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, cit., 542.

<sup>264</sup> I teorizzatori di questa soluzione sono CASTRONOVO, *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit.; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit. e PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit. *passim*.

ovvero potrebbe assumere le vesti di una vera e propria usurpazione. Nel primo caso, si assisterebbe ad una lesione del potere di godimento della privativa industriale realizzata attraverso condotte di adulterazione, modificazione o alterazione del brevetto o del marchio e di conseguenza sarebbe applicabile l'art. 2043 c.c. Nel caso di usurpazione, invece, non si avrebbe una mera aggressione ad un bene, bensì una appropriazione del diritto lesiva del potere di disposizione, quindi verrebbe in rilievo un rimedio di tipo restitutorio.

Ebbene, nelle ipotesi in cui emerge sia la lesione del potere di godimento che del potere di disposizione - posto che sarebbe incongruo lasciare l'arricchimento all'autore della violazione poiché questa ne verrebbe incentivata – si ammette la possibilità di cumulare l'azione di responsabilità con quella di arricchimento, ciascuna per il proprio oggetto<sup>265</sup>. Proprio perché l'oggetto delle due azioni è diverso - poiché una risolve un “conflitto attributivo” e l'altra un “conflitto aquiliano”<sup>266</sup> - sarebbe possibile ammettere il cumulo tra le due, senza violare la regola della sussidiarietà sancita dall'art. 2042 c.c.

E' è stato condivisibilmente obiettato che detta ricostruzione non aderisce all'attuale dato normativo, poiché ammettendo il cumulo tra le due azioni si attribuisce al titolare della privativa il diritto di richiedere la somma tra credito per risarcimento e credito per arricchimento, mentre, al contrario, il comma 3° dell'art. 125 c.p.i. precisa che dalla somma dovuta

---

<sup>265</sup> Precisamente CASTRONOVO, *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., 378 afferma che «la soluzione sta nel cumulo tra responsabilità e arricchimento, ciascuno per l'oggetto che propriamente lo riguarda: il danno per l'una, l'arricchimento per l'altra».

<sup>266</sup> L'analisi effettuata da PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., *passim* ruota attorno alla distinzione tra “conflitto attributivo” e “conflitto aquiliano”.

a titolo di arricchimento deve essere sottratta quella conseguita dal titolare a titolo di lucro cessante<sup>267</sup>.

Non priva di fascino è anche la tesi che, già prima del d.lgs. 16 marzo del 2006 n. 140, aveva tentato di fronteggiare la problematica dell'illecito efficiente nell'ambito del microsistema della proprietà industriale facendo ricorso alla disciplina della gestione di affari altrui<sup>268</sup>. Inoltre, detta corrente dottrinale, anche dopo la codificazione espressa del rimedio della retroversione degli utili al comma 3° dell'art. 125 c.p.i., ha ritenuto che questo rappresentasse la conferma positiva della tesi già precedentemente sostenuta<sup>269</sup>, secondo cui il contraffattore che abbia iniziato «scientemente» (così l'art. 2028 c.c.) la propria attività sarebbe tenuto ex art. 2032 c.c. «alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato» e pertanto il gestore dovrà restituire al titolare «tutto ciò che ha ricevuto» (art. 1713 c.c.).

Inoltre - nonostante la disciplina in parola venga in rilievo, alla stregua dell'opinione tradizionale, a fronte di iniziative altruistiche - secondo questi autori sarebbe applicabile anche alle attività di contraffazione, giacché la reale finalità perseguita dall'istituto in questione sarebbe quella di tutelare l'interesse del soggetto che ha subito una ingerenza nella propria sfera giuridica, indipendentemente dal fatto che la stessa sia stata effettuata per scopi di natura solidaristica od egoistica<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> In questo senso SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 193 – 194. L'A. sostiene, inoltre, che «la distinzione tra usurpazione e contraffazione non pare del tutto persuasiva e che anzi forse essa non è neppure necessaria ai fini dell'argomentazione».

<sup>268</sup> V. GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit., 174 ss.; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit.; ID, *La gestione di affari altrui*, cit.

<sup>269</sup> In proposito si veda SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 316 ss.

<sup>270</sup> Inoltre GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit., 188 afferma «Anzi, direi che si presenta in termini ancor più pressanti quando la finalità è egoistica, perché in tal caso l'interessato va protetto non tanto da iniziative indiscrete o mal condotte quanto da iniziative che hanno il carattere di una illecita invasione della sua sfera giuridica, e che quindi sono ancor più pericolose delle prime». In questo senso anche SIRENA, *La gestione di affari altrui. – Ingerenze altruistiche e restituzione del profitto*, cit., 67.

Anche questa soluzione, come è stato già illustrato nel precedente capitolo, non sembra condivisibile essendo passibile di critica sotto molteplici punti di vista.

In primo luogo, si reputa che l'elemento della *prohibitio domini* ovvero la contrarietà del titolare della privativa alle attività di contraffazione esclude *ab ovo* l'applicabilità della *negotiorum gestio* che, invece, presuppone l'impossibilità materiale del *dominus* di agire per la cura dei propri interessi<sup>271</sup>.

Del resto è stato già precedentemente illustrato che il ricorso alla *negotiorum gestio* – istituto che trova il proprio fondamento nel principio di solidarietà sociale – sia una forzatura quando si discorre di un'attività che è animata evidentemente da finalità egoistiche come l'attività di contraffazione. Ciò che viene meno è lo stesso “affare altrui”, essendo evidente che il contraffattore agisce nell'intento di curare un “proprio affare”<sup>272</sup>. E' il principio di solidarietà sociale che giustifica e rende lecita un'attività che, altrimenti, lecita non sarebbe qual è l'ingerenza non autorizzata nell'ambito dell'altrui sfera giuridica<sup>273</sup>.

Infine la tesi in esame, richiedendo la consapevolezza d'invadere l'altrui sfera giuridica<sup>274</sup>, entra inesorabilmente in rotta di collisione con il comma 3° dell'art. 125 c.p.i. che, al contrario, dispone che il rimedio della retroversione degli utili deve trovare applicazione «in ogni caso» prescindendo, dunque, da qualsivoglia requisito soggettivo<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> GALLO, *Gestione d'affari altrui* (voce), cit., 704 «Evidenti esigenze di tutela della libertà individuale fanno sì che la presenza di una *prohibitio*, non importa se espressa o tacita, inibisca la configurabilità stessa della *negotiorum gestio* determinando una prevalenza dell'interesse privato su quello sociale».

<sup>272</sup> In questi termini SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 197.

<sup>273</sup> Cfr. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., 146; CASELLA, *Gestione di affari* (voce), cit., 2; GALLO, *Gestione d'affari altrui* (voce), cit., 701.

<sup>274</sup> Si ricorda, a tal riguardo, che l'art. 2028 dispone: «chi, senza esservi obbligato, assume scientemente...».

<sup>275</sup> Opina in questo senso anche lo stesso GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit., 204. Tra l'altro questo aspetto è messo in rilievo da molti altri autori *ex multis* si veda SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 197.

Dalle considerazioni che precedono si evince che il rimedio scolpito dal comma 3° dell'art. 125 c.p.i. non può essere confinato nell'ambito delle strette tracciate dalle categorie dogmatiche nostrane.

E' stato acutamente osservato che la dottrina, in applicazione dell'insegnamento tipico della tradizione giuridica nazionale secondo il quale è dal riconoscimento di una situazione giuridica che discende la tutela e non viceversa, si è impegnata in un'opera che, tuttavia, ha finito con l'obliterare le pregnanti ragioni pratiche che hanno condotto all'adozione del rimedio *de quo*<sup>276</sup>.

Conseguentemente, taluni autori hanno ritenuto opportuno prescindere da rimedi già tipizzati - in definitiva incompatibili e fuorvianti - concludendo che sembrano venire in rilievo norme fondate soprattutto su specifiche valutazioni di carattere sostanziale<sup>277</sup>.

Ciò nondimeno, sembra opportuno puntare il periscopio oltre i confini nazionali per scoprire che, anche in questo caso, un rimedio avente queste fattezze è caro alla tradizione giuridica del *common law*: il *disgorgement*<sup>278</sup>.

Occorre effettuare alcune riflessioni in relazione alle direttive che l'art. 125 comma 3° c.p.i. fornisce rispetto al concreto *modus operandi*<sup>279</sup> e alla funzione dello strumento in questione.

---

<sup>276</sup> V. ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, cit., 46 ss.

<sup>277</sup> In questo senso anche SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 198. Del resto questo profilo era già stato evidenziato precedentemente in dottrina NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2000, 440.

<sup>278</sup> La riconduzione della retroversione degli utili nell'ambito del rimedio del *disgorgement* è stata sostenuta da PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 C.P.I.*, cit., 1609; ID, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?* in *Riv. dir.civ.*, 2003, I, 713 ss.; BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 183 ss.; ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, cit., 46 ss.

<sup>279</sup> Interessanti osservazioni sono effettuate in relazione alla necessità di una interpretazione restrittiva della norma da ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, cit., 49 ss.; VANZETTI, *La "restituzione degli utili" di cui all'art. 125, n. 3 C.P.I. nel diritto dei marchi*, cit., 323 ss.

La norma è chiara nell'affermare che la retroversione degli utili potrà essere richiesta, in alternativa, non già al risarcimento *sic et simpliciter* inteso, ma del solo lucro cessante. In tal caso il risarcimento del danno emergente andrà a cumularsi con la somma dovuta a titolo di retroversione degli utili. Non solo. La disposizione prevede che quanto dovuto a titolo di retroversione potrà essere cumulato con il risarcimento del lucro cessante in tutte le ipotesi in cui gli utili oltrepassino la misura di quest'ultimo. Anche dopo che sia stato compensato l'intero pregiudizio (inteso nella duplice voce di danno emergente e lucro cessante), il plusvalore di cui si sia ingiustamente appropriato il contraffattore andrà in ogni caso restituito.

In definitiva la lettera della norma traccia due rimedi che risultano essere teleologicamente diretti a realizzare una funzione non solo deterrente ma forse soprattutto sanzionatoria.

Appare quindi condivisibile l'opinione di chi ritiene che anche in questo ambito la «logica compensatoria è soppiantata da quella sanzionatoria ... si assiste ad un effettivo tentativo di allineare il modello rimediale nostrano con quello del *common law*, poiché, non solo viene introdotto un nuovo istituto che ripercorre quasi pedissequamente i tratti del *disgorgement*, ma è tutto l'apparato rimediale che risente dell'impostazione adottata al di là e al di qua della Manica»<sup>280</sup>.

---

<sup>280</sup> Così P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 C.P.I.*, cit., 1609 -1610.

#### 4. Il risarcimento del danno *ex art. 158 l.a.*

Un'ulteriore ipotesi risarcitoria, volta a fronteggiare ipotesi di illecito efficiente, è contemplata dalla legge n. 633/1941 in tema di diritto di autore, rubricata «Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio» che all'art. 158 schiude all'interprete una soluzione rimediale capace di attribuire al danneggiato, non solo i mancati proventi derivanti della condotta illecita altrui, ma anche una parte di quelli ricavati dal contraffattore.

La legge in parola prevede un sistema articolato di difese e sanzioni civili<sup>281</sup> che hanno lo scopo di proteggere il titolare del diritto, ovvero il

---

<sup>281</sup> Fra i vari rimedi che la legge in questione appresta vi sono le azioni a tutela dei diritti di utilizzazione economica e le azioni a tutela dei diritti morali, ciò in quanto il diritto di autore consta di due elementi: l'uno morale e l'altro di natura patrimoniale.

Nella prima categoria rientrano le azioni di accertamento e di interdizione (artt. 156 *l.a.*). L'azione di accertamento viene esercitata dall'autore, o da altro soggetto legittimato ad agire, che abbia «ragione di temere la violazione di un diritto... a lui spettante» oppure intenda «impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta», di talchè con essa il titolare del diritto può ottenere una pronuncia che ne accerti e dichiari la titolarità onde opporla ad un eventuale usurpatore; l'azione di interdizione è finalizzata ad ottenere una pronuncia giudiziale idonea a precludere la continuazione o la ripetizione di un qualsiasi illecito sulla proprietà intellettuale.

Nell'art. 158 sono contemplate oltre all'azione di risarcimento del danno (di cui tuttavia si dirà compiutamente nel prosieguo) le azioni di distruzione dei prodotti utilizzati in violazione del diritto e di rimozione dello stato di fatto da cui risulta la violazione stessa (che possono anche concorrere fra loro). Lo scopo di tali azioni è il pacifico godimento del diritto da parte del suo titolare, attraverso il ripristino dello *status quo ante* alla violazione.

Negli artt. 161, 162, 162-*bis*, 162-*ter* e 163 *l. a.* sono ricomprese le misure cautelari che sono essenzialmente rivolte ad assicurare le prove dell'avvenuta violazione. Tali provvedimenti sono: la descrizione; l'accertamento; la perizia; il sequestro di ciò che si ritenga costituire violazione del diritto di utilizzazione; il sequestro conservativo a tutela del risarcimento del danno; e l'inibitoria. Tali misure possono essere ordinate dall'autorità giudiziaria agli effetti dell'esercizio delle azioni a difesa di diritti di utilizzazione economica descritte sopra.

Una misura riparatoria, non sostitutiva però del risarcimento del danno, è prevista dall'art. 166 *l.a.* e consiste nell'ordine del giudice di pubblicazione della sentenza per la sola parte dispositiva in uno o più giornali a spese della parte soccombente. Per quanto concerne i diritti morali, l'art. 168 *l.a.* dispone che le azioni e le misure cautelari previste negli artt. 156 e seguenti *l.a.* sono applicabili anche per essi, e salva l'applicazione di alcune norme particolari, contenute nei successivi articoli 169 e 170 *l.a.* In altri termini, i provvedimenti di rimozione e/o di distruzione possono essere concessi con le limitazioni di cui agli artt. 169 e 170 *l.a.* Tali misure non possono essere prese quando è possibile «riparare» violazioni del diritto di paternità mediante aggiunte o soppressioni sull'opera delle indicazioni che si riferiscono alla paternità della stessa (art. 169 *l.a.*), oppure, per le violazioni riferite all'integrità dell'opera «ripristinare» gli esemplari nella forma primitiva a spese della parte interessata a evitare la rimozione o distruzione (art. 170 *l.a.*).

titolare delle opere d'ingegno di carattere creativo<sup>282</sup> dalle utilizzazioni illecite dello stesso il quale, unitamente alle norme del codice civile presenti nel Libro V<sup>283</sup>, costituisce la struttura portante su cui si regge questa materia.

L'attenzione deve concentrarsi sull'art. 158, il quale dopo aver affermato la necessità di liquidare il danno alla stregua delle disposizioni di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. sancisce che il giudice debba tener conto nella valutazione del lucro cessante ai sensi del 2056 co. 2 degli utili realizzati dall'usurpatore. Alternativamente il giudice potrà liquidare il danno forfettariamente facendo ricorso al criterio del c.d. prezzo del consenso ovvero sulla base dell'importo che avrebbe dovuto essere riconosciuto al titolare qualora l'autore della violazione avesse chiesto l'autorizzazione per l'utilizzazione<sup>284</sup>.

Può osservarsi preliminarmente che il richiamo effettuato agli artt. 1223, 1226, e 1227 in virtù delle ragioni affermate nel precedente paragrafo sgombera il campo da qualsiasi esitazione ermeneutica in ordine alla natura giuridica della norma in commento.

È evidente, infatti, che le norma appena richiamate costituiscono il baricentro della tutela risarcitoria, conseguentemente pare che non vi

---

<sup>282</sup> Con riguardo alle opere protette dalla presente normativa l'art. 1 *l.a.* così dispone «Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo la forma di espressione».

<sup>283</sup> Le norme del codice civile che regolano il diritto di autore sono contenute nel libro quinto, titolo IX, capo I, agli articoli 2575-2583.

<sup>284</sup> Questa la lettera dell'art. 158: «1. Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. 2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'art. 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto. 3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 del codice civile».

siano dubbi nel qualificare in questo senso il rimedio del quale si discorre in questa sede.

Traspare, quindi, la volontà del legislatore «per un verso, di garantire la continuità con il nostro sistema rimediale ( attraverso un doveroso richiamo ai principi guida in materia di risarcimento dei danni ovvero del lucro cessante, al danno emergente, alla valutazione equitativa del danno, nonché al concorso del fatto colposo del creditore) e, per l'altro, cavalcando proprio l'ansia di novità di prospettare il ricorso ad una soluzione rimediale in grado di soddisfare al contempo le molteplici necessità funzionali scaturenti dalla lesione del diritto d'autore »<sup>285</sup>.

Ebbene, con l'art. 158, nella sua ultima formulazione, il legislatore ha scelto di inserire nella liquidazione equitativa del lucro cessante il criterio della restituzione degli utili realizzati dal contraffattore in violazione del diritto, ovvero la restituzione dell'indebito arricchimento anche laddove l'arricchimento superi il danno subito. Giova, precisare che detto riconoscimento risale già ai lavori preparatori della citata legge<sup>286</sup>, tuttavia, all'epoca non fu trasposto in essa perché ritenuto superfluo.

La sua attuale previsione costituisce il risultato di una serie di interventi di modifica e di adattamento che si sono succeduti nel tempo anche dietro la spinta delle direttive dell'Unione Europea. In particolare, il riferimento è alla Direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, conosciuta anche come direttiva “*Enforcement*”, recepita in Italia col d.lgs. 140/2006, ispirato quest'ultimo all'esigenza di

---

<sup>285</sup> PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., 154.

<sup>286</sup> Segnatamente l'art. 161 del disegno di legge secondo il quale «il titolare del diritto di utilizzazione può chiedere la reintegrazione nel suo patrimonio dei benefici pecuniari ottenuti con la utilizzazione indebita, mediante la condanna del violatore al pagamento di una somma equivalente ai benefici medesimi, oltre agli interessi legali dalla percezione».

armonizzare l'attuazione dall'accordo internazionale TRIPs<sup>287</sup>. Detto accordo definisce gli "standard minimi" di tutela della proprietà intellettuale che gli Stati membri si impegnano ad adottare nei rispettivi ordinamenti, lasciando, tuttavia, la facoltà ad ognuno di essi di attuare una protezione più estesa<sup>288</sup>.

Ciò premesso, per un'analisi compiuta del nuovo art. 158 *l.a.* si impone una lettura comparata della direttiva *Enforcement* e dell'accordo TRIPs relativamente alle norme che disciplinano il risarcimento del danno.

In particolare, l'art.45 dell'accordo TRIPs<sup>289</sup> sancisce l'obbligo risarcitorio, e contempla - anche in assenza di colpa - la facoltà «ove opportuno»<sup>290</sup> per le autorità giudiziarie degli Stati membri di ordinare «il recupero degli utili e/o il pagamento di somme prestabilite», talchè la dottrina<sup>291</sup> ha correttamente individuato in questo rimedio (restituzione dei profitti) una misura "oggettiva" che cioè prescinde dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

L'art. 13 n. 1 della direttiva *Enforcement*<sup>292</sup>, invece, scinde il contenuto di tale disposizione. In particolare, detta norma in relazione

---

<sup>287</sup> *The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, in italiano, *Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale*, è un accordo internazionale promosso dall'Organizzazione mondiale del commercio per fissare lo standard di tutela della proprietà intellettuale.

<sup>288</sup> Il nostro sistema ha dato esecuzione alla Direttiva *Enforcement* modificando sia l'art. 158 *l.a.* che l'art. 125 c.p.i.

<sup>289</sup> La lettera della norma dispone che: «1. L'autorità giudiziaria ha la facoltà di ordinare all'autore della violazione di pagare al titolare del diritto una somma adeguata per risarcire i danni che quest'ultimo ha subito a causa della violazione di un suo diritto di proprietà intellettuale da parte di un soggetto che ha proceduto a detta violazione consapevolmente o avendo ragionevoli motivi per esserne consapevole. 2. L'autorità giudiziaria ha altresì la facoltà di ordinare all'autore della violazione di pagare al titolare le spese, che possono comprendere anche un appropriato onorario per l'avvocato. Ove opportuno, i Membri possono autorizzare le autorità giudiziarie a ordinare il recupero degli utili e/o il pagamento di somme prestabilite anche se l'autore della violazione non ha proceduto a violazione consapevolmente o avendo motivi ragionevoli per esserne consapevole».

<sup>290</sup> Letteralmente la lettera della norma afferma «*in appropriate cases*».

<sup>291</sup> PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit. 29ss.

<sup>292</sup> La lettera della direttiva statuisce che: «1. Gli Stati membri assicurano che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione, implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un'attività di violazione di risarcire al titolare del diritto danni

all'eventualità in cui l'autore della violazione abbia agito con dolo o colpa, prevede che nel quantificare il risarcimento il giudice possa tener conto dei «benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione» e in più condannare il colpevole alle misure correttive previste nell'art. 10, mentre per la violazione incolpevole prevede la sola possibilità di ricorrere al recupero degli utili realizzati dal contraffattore. Inoltre, nell'eventualità in cui la misura da adottarsi appaia sproporzionata, l'art. 12 prevede che al contraffattore incolpevole sia inflitto solo un «indennizzo pecuniario».

In tal modo, come è stato autorevolmente osservato<sup>1</sup> fornisce all'interprete un sistema rimediale che potremmo definire progressivo perché al contraffattore incolpevole e “meritevole” sarà imposto solo l'indennizzo pecuniario appena citato, al contraffattore incolpevole, ma non “meritevole”, spetterà la restituzione del profitto, ed infine al contraffattore colpevole si applicherà sia il risarcimento del danno, che dovrà essere quantificato tenendo conto di tutti i «benefici» conseguiti (concetto più ampio degli utili *tout court*), sia le misure correttive e l'inibitoria di cui alla sez. 5 della direttiva.

Pertanto, laddove l'autore della violazione agisca con dolo o colpa la determinazione dei benefici conseguiti illegalmente costituirà un criterio strumentale alla liquidazione del lucro cessante, laddove agisca

---

adeguati al pregiudizio effettivo da questo subito a causa della violazione. Allorché l'autorità giudiziaria fissa i danni:a) tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione, e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione; b) oppure in alternativa alla lettera a) può fissare, in casi appropriati, una somma forfettaria in base ad elementi quali, per lo meno, l'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti qualora l'autore della violazione avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale in questione.<sup>2</sup> Nei casi in cui l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo, o senza avere motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati Membri possono prevedere la possibilità che l'autorità Giudiziaria disponga il recupero dei profitti».

inconsapevolmente la reversione degli utili varrà come autonomo strumento rispetto al risarcimento<sup>293</sup>.

A livello nazionale, invece, rievocando la metafora del Pardolesi, il legislatore ha «metabolizzato»<sup>294</sup> nel nuovo articolo 158 *l.a.*<sup>295</sup> la «rivoluzionaria» prospettiva rimediale ed ha posto gli utili nella ordinaria dinamica di quantificazione del lucro cessante. Ebbene, proprio il riferimento agli utili realizzati dall'autore della violazione costituisce l'elemento di novità rispetto al testo previgente<sup>296</sup>.

Si osserva, infatti, che si supera la evidente limitazione sancita dall'art. 45 dell'Accordo TRIPs nella parte in cui afferma che la facoltà del giudice di autorizzare il recupero degli utili potrà avvenire solo «*in appropriate cases*». In altri termini, nella fisiologica dinamica dell'apprezzamento del lucro cessante il giudice dovrà considerare l'entità degli utili realizzati dall'usurpatore. Si inserisce quindi una misura di computazione del danno parametrata non più soltanto a ciò che non è stato possibile guadagnare in ragione dell'altrui attività illecita, ma anche ai proventi che quella stessa attività ha fruttato al contraffattore.

---

<sup>293</sup> Per un approfondimento di tali profili si rinvia alla pregevole analisi prospettata da MENZETTI, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come rimedi di liquidazione*, in *Giur. it.*, 2006, 1884. L'A. muovendo dalla considerazione, per un verso della natura "risarcitoria" dell'art. 45 TRIPs e, per l'altro, dalla differenza intercorrente nei rimi due commi dell'art. 13 della direttiva osserva come il legislatore italiano, in sede di recepimento della direttiva, abbia seguito tale approccio graduale solo «con esclusivo riferimento alle privative disciplinate dal Codice della proprietà industriale, ma non con riguardo al diritto d'autore».

<sup>294</sup> Così P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., 155. Osserva l'A. che la considerazione degli utili realizzati, anziché essere effettuata solo in casi appropriati come prescritto nell'art. 45 dell'accordo TRIPs, diviene per il legislatore nostrano la regola da osservare nella determinazione del lucro cessante.

<sup>295</sup> Il vecchio testo così recitava: «Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere che sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione o per ottenere il risarcimento del danno».

<sup>296</sup> Parte della dottrina ha, inoltre, osservato che l'inclusione della valutazione degli utili come criterio di quantificazione del lucro cessante anziché come facoltà distinta del soggetto leso, consente da un lato di ancorare il *quantum* risarcitorio ad elementi certi (proprio perché i guadagni costituiscono un dato obiettivo) e al tempo stesso di evitare sopracompensazioni, come accade nel caso in cui il contraffattore rielabora l'opera apportando un proprio contributo creativo. Così CASABURI, in *Giur.merito*, n. 5, 2010, *Il risarcimento del danno nel diritto di autore*, 1206 e ss. Nel prosieguo della trattazione si avrà modo di osservare che, in realtà, tale scelta lascia comunque insoddisfatte esigenze di deterrenza.

L'art. 158 *l.a.*, inoltre, non ripropone la distinzione contenuta nella direttiva comunitaria e quindi senza “graduare la sanzione civile”, offre al titolare del diritto leso la possibilità di inibire al terzo l'uso non autorizzato fino alla rimozione o alla distruzione di ciò che concreti la lesione del suo diritto, oltre al risarcimento del danno (da liquidarsi secondo i principi generali di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227) nella cui determinazione potranno poi confluire anche tutti gli aspetti pertinenti alla valutazione degli utili realizzati in violazione del diritto.

Come precedentemente accennato, tuttavia, l'art. 158 *l.a.* prevede, in via alternativa ai criteri appena descritti, la possibilità per il giudice di procedere ad una liquidazione sommaria del lucro cessante alla stregua del cd. valore del “giusto prezzo del consenso”, ovvero sulla base di quanto sarebbe stato corrisposto in presenza di una normale trattativa.

In dottrina<sup>297</sup> è stato condivisibilmente osservato che questo non soddisfa adeguatamente le esigenze di deterrenza, in quanto gli effetti economici della violazione vengono parificati agli effetti dell'uso lecito (ovvero nell'ipotesi in cui l'autore presti consenso), quindi scompare ogni disincentivo all'adozione di condotte in spregio del altrui diritto. In altri termini, tale criterio «si risolve in una sorta di introduzione di una generale facoltà di espropriare i beni altrui contro il pagamento a posteriori di un indennizzo, ovvero una sorta di licenza obbligatoria»<sup>298</sup>.

Non sembrerebbe un fuor d'opera, quindi, osservare che tale liquidazione forfettaria finisce con l'avere un effetto incentivante rispetto

---

<sup>297</sup>O. TROIANO, *La tutela del diritto d'autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, cit., pag. 220.

<sup>298</sup>CASABURI, *Il risarcimento del danno nel diritto di autore*, cit., 1208.

alla violazione del diritto, rendendola in qualche modo efficiente<sup>299</sup>. Sarebbe auspicabile quindi una rivisitazione della norma in *parte qua*.

Margini di miglioramento della norma sono rinvenibili anche con riguardo ad altro aspetto.

Giova evidenziare, a tal riguardo, che la riversione del profitto, piuttosto che tra gli strumenti di tutela ovvero come facoltà distinta dal risarcimento del danno (un po' come accade nel 125 c.p.i.), finisce per coincidere solo con un criterio di quantificazione del danno risarcibile da violazioni consapevoli del diritto di autore<sup>300</sup>, mentre colui che viola incolpevolmente la privativa «sembra andare esente da un obbligo risarcitorio». Quanto detto stimola una riflessione che si sviluppa su due direttrici.

Da un lato, per queste ipotesi, definite lesioni “innocenti” la giurisprudenza, evidenziando l’inadeguatezza dello strumento di tutela in questione, è giunta in soccorso ammettendo il ricorso all’azione di arricchimento senza causa onde realizzare (appunto) la restituzione dei profitti.

Sono stati comunque condivisibilmente denunciati gli inconvenienti di questa impostazione, fra i quali innanzitutto la necessità di fornire la prova del danno (che in queste ipotesi come già osservato è del tutto assente ovvero inferiore rispetto ai profitti realizzati dall’usurpatore), nonché la quantificazione non soddisfacente dell’indennizzo che non coincide con la restituzione integrale di quanto

---

<sup>299</sup> AUTERI, *Il risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore*, in AV. VV., *Risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, Milano, 2004, 353 ss.

<sup>300</sup> Vedi G. CASABURI, , *Il risarcimento del danno nel diritto di autore*, cit., 1199, l'autore in proposito osserva che la novella ha modificato il testo dell'art. 158 *l.a.* in maniera assai meno radicale di quanto possa sembrare ad una prima lettura, poiché ha solo dato rilevanza normativa ai tradizionali criteri di liquidazione del danno inglobando nella liquidazione equitativa del lucro cessante gli utili., senza pertanto introdurre un risarcimento punitivo ma solo un risarcimento fondato su base obiettiva.

ingiustamente locupletato, ma con minor somma fra l'arricchimento e l'impovertimento<sup>301</sup>.

E non sono state poche le pronunce che hanno devoluto nel patrimonio del danneggiato i benefici conseguiti dall'autore della violazione<sup>302</sup>; ma, tutte, risultano accomunate dal sistematico "oscuramento" del requisito del depauperamento, nessuna contiene un riferimento esplicito all'art. 2041 c.c., anzi rimandano comunque all'art. 158 *l.a.*, e si giustificano per il solo fatto di non poter applicare alle fattispecie esaminate la tutela risarcitoria.

Sarebbe auspicabile prefigurare *in ogni caso* la riversione dell'utile e quindi rafforzare l'aspetto punitivo di questa norma che al momento non sembra essere un rimedio sufficientemente efficace in termini di deterrenza.

---

<sup>301</sup> Al riguardo O. TROIANO, *La tutela del diritto d'autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, cit., pag. 218. Sia consentito, inoltre rinviare a detto al riguardo nell'ambito del primo capitolo. Su altro versante giova rilevare che parte della dottrina ritiene comunque congrua la norma in questione nella parte in cui esclude il risarcimento del danno a fronte di violazioni incolpevoli per le motivazioni che seguono. Sul punto Cfr. MENZETTI, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come rimedi di liquidazione*, cit., 1884. E' opportuno evidenziare che l'assenza di un sistema di pubblicità legale in relazione al diritto d'autore che imponga un preventivo onore informativo lascia ampio spazio ad ipotesi di violazioni incolpevoli. A tal riguardo sempre MENZETTI, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come rimedi di liquidazione*, cit., 1884 afferma che «mentre per brevetti, marchi ecc. la privativa sorge attraverso formalità costitutive e vi è un sistema di pubblicità legale [...], non è così per il diritto d'autore. Nel caso dei primi, quindi, l'autore della violazione difficilmente potrà dirsi del tutto scevro da colpa, essendo comunque esigibile un onere informativo; e così, anche se non sia data la concreta prova del suo dolo o colpa, non è iniquo che sia tenuto al risarcimento del danno commisurato all'incremento economico che ha ottenuto. Nel secondo caso, invece, può ben darsi una violazione totalmente inconsapevole [...] e, mancando un sistema di pubblicità non è neppure esigibile che il violatore si informi preventivamente dell'esistenza di precedenti diritti con cui interferisca la sua attività». Sicché la stessa dottrina evidenzia come «nel diritto d'autore la violazione incolpevole non solo esista, ma (i) sia tutt'altro che improbabile, (ii) possa implicare un autonomo "investimento" sia in termini di creatività che sotto il profilo della "disseminazione" dell'opera; (iii) possa rivestire carattere di meritevolezza, portando sul mercato magari un prodotto non assolutamente nuovo, ma che comunque contribuisce al progresso culturale, alla massa di informazioni disponibili, all'offerta di intrattenimento, ecc. L'assenza di un obbligo risarcitorio in capo all'"elaborando" incolpevole appare quindi efficiente dal punto di vista dell'interesse generale alla diffusione delle opere creative».

<sup>302</sup> In via esemplificativa Cass., 24 ottobre 1983, n. 6251 e Cass., 7 agosto 1950, n. 2423.

A questo proposito giova osservare che la formulazione dell'art. 125 c.p.i.<sup>303</sup> - che pur si deve al d.lgs. 140/2006 - si differenzia *in parte qua* dal 158 l.a.

Nell'ambito dell'art. 125 c.p.i., come precedentemente visto, è rinvenibile il riferimento sia alla misura oggettiva di cui all'art. 45 dell'accordo TRIPs di restituzione degli utili verso il contraffattore incolpevole, sia quello relativo alla valutazione dei benefici realizzati dall'autore della violazione per determinare il danno risarcibile nei confronti del contraffattore colpevole.

Non a caso l'art. 125 c.p.i. è rubricato «*Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione*», in esso la restituzione dei profitti, come precedentemente osservato, diviene uno strumento che agendo in combinato disposto con il rimedio risarcitorio realizza pienamente un effetto deterrente e sanzionatorio.

In definitiva, quindi, la differenza sostanziale fra le due norme si rinviene nel comma terzo dell'art. 125 c.p.i. che sostanzialmente fonda il principio di totale riversione degli utili conseguiti dal contraffattore, nel patrimonio del danneggiato, invece, nel caso di lesione del diritto d'autore, l'ammontare degli utili ingiustamente locupletati costituisce solo un mero parametro di liquidazione del danno, e non l'ammontare minimo che il risarcimento dovrebbe avere.

Questi sono i profili che hanno indotto autorevole dottrina<sup>304a</sup> a sostenere che la sanzione risarcitoria in caso di violazione della proprietà intellettuale abbia una funzione punitiva superando, di tal guisa, l'opinione di quanti ritengono che l'art. 125 introduca semplicemente uno

---

<sup>303</sup> Per il quale v. *amplius* paragrafo precedente.

<sup>304a</sup> P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 146 ss.

strumento capace di dare ristoro effettivo alla vittima al di là da ogni logica sanzionatoria<sup>305</sup>.

Si osserva, inoltre, che mentre l'art. 125 c.p.i. rievoca il più ampio concetto di «benefici realizzati dall'autore della violazione» come elemento valutativo autonomo evidenziato dalla giustapposizione con il mancato guadagno, nell'art. 158 si fa riferimento al più ristretto concetto di «utili realizzati in violazione del diritto» come criterio di liquidazione equitativa in sede di valutazione del lucro cessante da utilizzarsi nei confronti del contraffattore colpevole<sup>306</sup>.

«Ne deriva che la retroversione degli utili rappresenta senz'altro la via maestra, ma l'assetto che ne risulta appare più mite: scompare la graduazione di sanzione tra chi ha violato la privativa con colpa o dolo, e chi invece l'ha fatto incolpevolmente. Il primo sarà tenuto a restituire soltanto gli utili, il secondo sembra andare esente da un obbligo risarcitorio»<sup>307</sup>.

Pertanto, in questa prospettiva sarebbe auspicabile che il legislatore allineasse da un punto di vista contenutistico l'art. 158 *l.a.* all'art. 125 c.p.i.<sup>308</sup> in modo da recuperare quella funzione di *deterrence*, specialmente in considerazione delle peculiarità delle situazioni soggettive che vengono in rilievo in questi casi, le quali si prestano a fronte

---

<sup>305</sup> In tal senso DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, consultabile in [https://www.bugnion.it/proprietà\\_industriale\\_intellettuale\\_det.php?m=Contributi&id=307&session\\_menu=Propriet%20industriale%20e%20intellettuale](https://www.bugnion.it/proprietà_industriale_intellettuale_det.php?m=Contributi&id=307&session_menu=Propriet%20industriale%20e%20intellettuale).

<sup>306</sup> MENZETTI, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come rimedi di liquidazione*, cit., 1884.

<sup>307</sup> In termini P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 158.

<sup>308</sup> Non è un caso che la scelta del legislatore di non unire la disciplina del diritto d'autore a quella della proprietà industriale è stata definita da più parti "controintuitiva" In termini P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 154 e Cfr. CASABURI, *Il risarcimento del danno nel diritto d'autore*, cit., 1194.

di violazioni a procurare un lucro all'autore dell'atto illecito che superi considerevolmente il danno subito e provato dal danneggiato.

## 5. Il Danno Ambientale: natura e funzioni nell'evoluzione legislativa

In questo solco legislativo, particolare interesse riveste ai fini della presente indagine, l'abrogata legge n. 349 del 1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente, nella quale compaiono indici rivelatori di un risarcimento avente natura non solo risarcitoria, ma anche sanzionatoria che consentono di individuare delle affinità (anche in questo caso) con i richiamati rimedi del *disgorgement* e dei *punitive damages*<sup>309</sup>.

Detta legge<sup>310</sup>, infatti, ha dato attuazione al principio comunitario "chi inquina paga", secondo il quale i costi dell'inquinamento devono essere sopportati dal responsabile, ma lo ha fatto in chiave preventivo/punitiva -rafforzando la tutela di situazioni giuridiche già garantite dall'ordinamento<sup>311</sup> ovvero introducendo dei costi

---

<sup>309</sup> In questo senso P.PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 144, «l'affinità ai *punitive damages* veniva scandita dal criterio della colpa grave (che, facendo il paio con i concetti di *malice* e *gross negligence* cari al sistema anglosassone, si poneva a mo' di coefficiente soggettivo per stabilire l'an e il *quantum* del risarcimento/punizione dovuto dal trasgressore), mentre quella relativa ai *disgorgement damages* veniva marcata dal riferimento al profitto conseguito dall'autore della condotta illecita (la cui confisca si prestava a perseguire il duplice risultato di impedire che il trasgressore traesse giovamento dal compimento di una azione *contra legem* e di disincentivare altri dal tenere il medesimo comportamento)».

<sup>310</sup> Nel periodo antecedente l'entrata in vigore della l. n. 349 del 1986 si tentò di rinvenire la tutela dell'ambiente nell'ambito della disciplina delle immissioni intollerabili, proponendo un'interpretazione estensiva dell'art. 844 cc. A tal riguardo si veda DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici a tutela dell'ambiente*, Padova, 1982, 18; VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1976, 690. Tale lettura, tuttavia, non ha ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale la quale ha ritenuto applicabili nel caso di specie le leggi penali e amministrative specificamente predisposte a tutela della salute e l'art. 2043 c.c. Corte Cost., 23 luglio 1974, n. 274, in *Foro it.*, 1975, I, 18.

<sup>311</sup> In tal senso si esprime, BARATELLA, *Le pene private*, cit., 170 ss. secondo l'A. sebbene la giurisprudenza, sull'onda delle argomentazioni contenute nella sentenza 641/87- di cui si dirà nel prosieguo - abbia definito l'ambiente quale bene giuridico immateriale, non appare condivisibile questa interpretazione laddove si osservi che il concetto "naturalistico -biologico" di ambiente rileva quale nozione eterogenea idonea ad

aggiuntivi, deterrenti, nei confronti di chi compie attività inquinanti, e riconoscendo allo Stato, oltre che alla persona individualmente danneggiata, la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei diritti e degli interessi lesi da una condotta antigiuridica.

Viepiù, la richiamata normativa ha conferito al concetto di ambiente una rilevanza autonoma e piena<sup>312</sup>, costituendo il punto di approdo di una giurisprudenza che si è sviluppata nel decennio antecedente alla sua entrata in vigore. Detta giurisprudenza - sulla scia dei ricorrenti fenomeni di degrado ambientale legati allo sviluppo economico - ha inteso sempre più l'ambiente come valore unitario ed intrinseco<sup>313</sup> che deve essere tutelato "in quanto tale"<sup>314</sup> ed è culminata con la nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 641 del 17 dicembre 1987<sup>315</sup>, che lo definisce alla stregua di una situazione che non è passibile di appropriazione, appartenendo alla categoria dei beni liberi, fruibili dalla collettività e non dai singoli<sup>316</sup>.

---

individuare più situazioni giuridicamente rilevanti e autonomamente protette.; cfr. anche FRANCIOSI, *Il Risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, consultabile in *Riv. crit. di. priv.*, 1987, 484, per il quale il danno all'ambiente «non può essere identificato con i danni patrimoniali subiti dalle singole proprietà (pubbliche o private che siano)».

<sup>312</sup> In argomento L. MATERIALE, *La risarcibilità del danno ambientale tra disciplina attuale e prospettive di tutela*, consultabile in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 22 settembre 2017.

<sup>313</sup> Sulle complesse problematiche scaturenti dalla molteplicità di definizioni di ambiente come oggetto di tutela v. GIAMPIETRO, *La nozione di ambiente e di illecito ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2006, 5, 464; BALDASSARRE, *Il danno ambientale: profili di responsabilità e (possibili) tutele*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di Pardolesi, cit., 249; CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1988, 515.

<sup>314</sup> Cfr. Cass. S.U. 6 ottobre 1979 n. 5172 in *Foro It.*, 1979, I, 2302.

<sup>315</sup> Cfr. Corte Costituzionale, 17 dicembre 1987, n.641, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, 731 «un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità. Il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione». La stessa Corte Costituzionale con la sentenza del 24 febbraio 1992 n.67 consultabile in *Riv. Amb*, 1992, 363 ha ribadito che: «l'integrità ambientale è un bene unitario che va salvaguardato nella sua interezza».

<sup>316</sup> Si veda anche la sentenza Corte costituzionale n.210/87 consultabile in *Banca Dati DeJure*.

I profili risarcitori che emergono dalla legge 349 del 1986 sono racchiusi nell'art. 18<sup>317</sup>. Ebbene, detta norma abbandona la mera logica risarcitoria dando la stura a sanzioni afflittive con finalità disincentivanti, sancendo che ove non fosse stato possibile procedere ad una precisa quantificazione del pregiudizio ambientale, il giudice avrebbe dovuto determinare l'ammontare in via equitativa avendo riguardo anche alla «gravità della colpa» e al «profitto conseguito dal trasgressore».

In questa prospettiva, da un lato, la somiglianza con i *punitive damages* viene declinata con riguardo al criterio della colpa grave, dall'altro, con i *disgorgement damages* con riferimento al profitto conseguito dall'autore dell'illecito<sup>318</sup>.

E' quindi evidente che la quantificazione del danno svincolata da parametri predeterminati, ovvero il rilievo attribuito alla gravità della colpa individuale, nonché al profitto conseguito dal trasgressore, ed infine la valutazione dei costi necessari per il ripristino dello *status quo ante*, rendono il danno ambientale un valido referente in materia di danni punitivi<sup>319</sup>. Si tratta, infatti, di una serie di elementi che, discostandosi dal paradigma compensativo, consegnano una definizione di danno ambientale ontologicamente più vicina ad una norma penale, connotata da

---

<sup>317</sup> La lettera della norma in commento sancisce che: «Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato».

Al comma VI, l'art. 18 dispone 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».

<sup>318</sup> In argomento, ancora una volta, v. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 144.

<sup>319</sup> Conformemente v. D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, cit., 150, secondo cui la disposizione di cui all'art. 18 della legge 349/86, facendo riferimento al profitto conseguito dal trasgressore come criterio - sebbene non unico - per la quantificazione del danno, «sembra voler operare nella prospettiva medesima dei danni punitivi e cioè azzerare i vantaggi di un comportamento riprovevole, qual è quello di cagionare danni all'ambiente».

finalità marcatamente punitive e quindi capace di fornire soluzioni ultracompensative<sup>320</sup>.

Ebbene, l'indubbia funzione punitiva del danno ambientale così introdotta nel nostro ordinamento se, da un lato, ha suscitato l'interesse della dottrina<sup>321</sup>, dall'altro, ha determinato non poche incertezze nel panorama giurisprudenziale dando luogo spesso a soluzioni difformi.

Posto, infatti, che l'azione di responsabilità ai sensi dell'art.18 comporta, *in primis*, la reintegrazione a spese del responsabile<sup>322</sup> della situazione materiale alterata con il solo limite della presenza di danni irreparabili ed irreversibili, nella pratica, l'applicazione dell'art. 18 L. 349/86 ha fatto registrare tre diversi filoni interpretativi: un primo filone, moderatamente punitivo, caratterizzato dall'inflizione di una condanna pecuniaria di tipo sanzionatorio in aggiunta alla condanna al ripristino in natura; in altre ipotesi, il risarcimento per equivalente è stato calcolato sulla base del criterio del «profitto conseguito dal trasgressore» senza però detrarre quanto già sostenuto dal danneggiante per il ripristino dei

---

<sup>320</sup> Le somme così computate sono poi destinate alla Pubblica Amministrazione. Ebbene, ferma restando la natura marcatamente sanzionatoria del rimedio in parola, giova notare, tuttavia, che la natura del destinatario delle somme irrogate a titolo di risarcimento ha condotto parte della dottrina a ritenere che l'art. 18 non contemplasse una vera e propria pena privata *strictu sensu* intesa (BARATELLA, *Le pene private*, cit., 186). Si preferisce quindi discorrere a tal riguardo di sanzioni civili. Ciò sulla base di una nozione restrittiva di pena privata che si risolve in un vantaggio a favore del danneggiato. Ciò è quanto è stato di recente osservato dalla dottrina anche con riguardo agli strumenti sanzionatori previsti dagli artt. 3 - 5 del d.lgs n. 7 del 15 gennaio 2016 che successivamente si passeranno in rassegna. Ebbene anche in questo caso la dottrina ferma la natura repressiva e sanzionatoria di detti rimedi preferisce discorrere di sanzioni pecuniarie civili piuttosto che di pene private proprio in considerazione del fatto che degli importi così liquidati beneficia la cassa ammende e non il danneggiato. (così D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia dei danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, in *Foro It*, 2016, I, 1981). Si è avuto modo di osservare precedentemente che la categoria delle pene private è particolarmente eterogenea, conseguentemente ciò che effettivamente è opportuno osservare ai fini della presente indagine è che la finalità sanzionatoria non è estranea all'operare di detti rimedi.

<sup>321</sup> *Ex multis*, BARATELLA, *Le pene private*, cit., 170 ss.

<sup>322</sup> Giova rilevare che in forza della natura sanzionatoria della responsabilità in commento ed in coerenza con la finalità deterrente, la normativa per il caso di concorso nel medesimo evento di danno ambientale, deroga al criterio della responsabilità solidale espresso dall'art.2055 c.c., per accogliere il principio personalistico in base al quale ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità. Ebbene, tale previsione è stata salutata con favore dalla dottrina sul punto v. BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., p. 128.

luoghi ed, infine, in altri casi, anziché procedere ad una valutazione complessiva del danno all'ambiente, sono stati previsti risarcimenti ingenti sommando quali autonome poste di danno l'ammontare determinato secondo ognuno dei diversi parametri previsti all'art. 18, co. 6<sup>323</sup> che, invece, alla stregua della lettera della norma, avrebbero dovuto costituire meri indici per una complessiva valutazione del danno<sup>324</sup>.

Soluzioni così variegate hanno sollevato molti dubbi, sia sotto il profilo della parità di trattamento che in relazione al corretto uso della discrezionalità ad opera delle corti di merito le quali sovente hanno condannato il danneggiante a risarcimenti cospicui, di gran lunga superiori ai costi necessari per il ripristino.

Pertanto, il legislatore italiano, alla luce di sentenze di condanna "esemplari" - alle quali non può certo negarsi il pregio di aver svolto un effetto disincentivante nei confronti del potenziale inquinatore, dissuasivo nella valutazione costi/benefici dalla previsione di un risarcimento sovracompensativo - è giunto a ripudiare il rimedio punitivo.

In particolare, il legislatore (nel dare attuazione alla direttiva comunitaria n.2004/35/CE) con l'adozione del D. lgs 152/2006 ha abrogato l'art. 18 legge n. 349/86 (ad eccezione del V comma<sup>325</sup>) e ha ricondotto il modello risarcitorio del danno ambientale entro il generale schema del risarcimento compensativo, ponendo al centro del sistema il ripristino ambientale<sup>326</sup>. Tanto emerge chiaramente dalla lettura del

---

<sup>323</sup> In altri termini, si è proceduto ad una operazione *strictu sensu* matematica di sommatoria delle diverse voci di danno emergenti alla luce dei parametri previsti dall'art. 18 co. 6 della normativa in commento e non ad una più favorevole valutazione complessiva delle stesse.

<sup>324</sup> Per la ricostruzione di tali orientamenti giurisprudenziali si veda D'ADDA, *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 7-8, 407 e SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1023.

<sup>325</sup> Il V comma dell'art. 18 è rimasto tuttora in vigore e riguarda la «facoltà di intervento nei giudizi per danno ambientale e ricorso in sede giurisdizionale amministrativa delle associazioni ambientaliste».

<sup>326</sup> Invece, la finalità principale della disciplina contenuta nell'art. 18 non è il ripristino ambientale. Piuttosto tale disciplina assume una funzione deterrente e sanzionatoria; l'obiettivo infatti è reprimere la condotta

combinato disposto dell'art. 300 del T.U. che prevede, al primo comma, che è danno ambientale qualsiasi distruzione, deterioramento o alterazione significativa e misurabile, diretta o indiretta, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima e dell'art. 311 il quale sancisce che chiunque arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte è obbligato alla riduzione in pristino, ma ove ciò non sia possibile, è obbligato al risarcimento per equivalente in favore dello Stato<sup>327</sup>.

In buona sostanza, nel nuovo testo normativo non viene attribuito rilievo alla gravità della colpa e al profitto conseguito dal trasgressore, tanto, con qualche ricaduta sul piano della funzione preventiva ed una attenuazione della funzione deterrente<sup>328</sup>, sebbene alcune norme mantengano, comunque, una connotazione punitiva, come l'art. 314 comma 3, secondo periodo, laddove dispone che «Ove non sia motivatamente possibile l'esatta quantificazione del danno non risarcibile in forma specifica, o di parte di esso, il danno per equivalente patrimoniale si presume, fino a prova contraria, di ammontare non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa, oppure alla sanzione penale, in concreto applicata».

---

illecita ed evitare che altri ripetano i medesimi comportamenti nel futuro perché spaventati dalle conseguenze.

<sup>327</sup> Così la lettera dell'art 311 contenuto nel titolo III della parte VI del d.lg. 152/2006: «1) Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi della disposizione di cui alla parte VI del presente decreto.2) Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello stato.3) Alla quantificazione del danno il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 della parte sesta del presente decreto. All'accertamento delle responsabilità risarcitorie e alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede con le procedure di cui al titolo III della parte sesta del presente decreto».

<sup>328</sup> Secondo BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 131, la nuova normativa per alcuni versi ritorna agli abituali parametri codicistici e, per altri, si avvicina allo schema della sanzione amministrativa.

In ordine alla legittimazione ad agire non viene più riproposta la previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 18 L. 349/86 che legittimava anche gli Enti territoriali a promuovere l'azione risarcitoria in caso di lesione di beni ad essi riferibili. L'unico soggetto legittimato a proporre l'azione di risarcimento per i danni ambientali in senso stretto arrecati allo Stato diviene il Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio, in capo al quale è prevista la facoltà di avvalersi alternativamente o dell'ordinaria azione giudiziaria di risarcimento - in sede civile e penale - o del potere di istruttoria e di ingiunzione del risarcimento in forma specifica e per equivalente del danno ambientale a mezzo di ordinanza immediatamente esecutiva, residuando in capo alle autonomie locali una funzione di collaborazione all'esercizio dell'azione ministeriale.

Tuttavia, il nuovo impianto normativo non è stato salutato con favore da parte della dottrina.

Significativa e condivisibile in proposito è la riflessione di un Autore che si occupa *ex professo* dell'argomento: «il legislatore del codice dell'ambiente (...) è riuscito a trasformare la speciale fattispecie di danno ambientale contenuta nell'abrogato art.18 in un autentico guazzabuglio di definizioni, concetti e principi spesso tra loro del tutto antitetici»<sup>329</sup> dai quali è quasi impossibile ricavare una disciplina organica, unitaria e facilmente intelligibile<sup>330</sup>. Ebbene, detta figura rimediale incarna la

---

<sup>329</sup> In questi termini PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 144.

<sup>330</sup> La riforma non è stata accolta con entusiasmo da parte della dottrina. Sul punto v. PRATI, *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del "codice dell'ambiente"*, in *Danno e resp.*, 2006, 1049. Anche se non è questa la sede opportuna per approfondire tali aspetti giova brevemente rilevare che oggetto di critiche è la procedura con la quale il Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio, provvede ad accertare i fatti, individuare i responsabili e disporre le misure a tutela dell'ambiente tramite un'istruttoria all'esito della quale emette ordinanza immediatamente esecutiva: appare irragionevole tale previsione in alternativa dell'ordinaria azione civile. In altri termini, è inverosimile che il Ministero a fronte di un autonomo potere di istruttoria e di ordinanza immediatamente esecutiva decida di agire in giudizio a mezzo dell'ordinaria azione civile. Detta disposizione nella parte in cui sancisce tale alternatività sembra una

diffidenza e l'incertezza del legislatore nostrano ogniqualvolta si imbatte nella necessità di approntare rimedi dal carattere sanzionatorio.

L'auspicio è che, le incertezze legislative, in termini di deterrenza/sanzione, che il legislatore nostrano incontra ogniqualvolta si imbatte in rimedi dal carattere sanzionatorio<sup>331</sup> e che sono il frutto di una resistenza culturale verso il riconoscimento di una polifunzionalità alla responsabilità civile, vengano superate a mezzo di un riconoscimento della generale valenza anche sanzionatoria della responsabilità civile.

---

norma inutile, perché verosimilmente resterà inapplicata. Ulteriori critiche, si sono annidate nella limitazione ai poteri di intervento, a fronte di violazioni del bene ambiente, degli enti territoriali minori in quanto non compatibile con i principi di sussidiarietà sanciti nel Titolo V della Costituzione che richiedono un maggior coinvolgimento delle autonomie territoriali. (Sul punto Cfr. GIAMPIETRO, *Responsabilità per danno dell'ambiente*, Milano, 2006, 187, secondo il quale il Codice dell'ambiente attribuisce un ruolo "servente" alle potestà regionali e degli altri enti locali, ponendosi in aperto contrasto con il principio di sussidiarietà). Sulla questione si rivela illuminante una recente statuizione della Corte Costituzionale (precisamente la n. 126 del 2016 consultabile in *Banca Dati DeJure*). Ebbene, secondo tale pronuncia, da un lato, l'art. 313 del Codice dell'ambiente prevede che «resta fermo in ogni caso il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi», dall'altro, seppure l'art. 311, comma 1 del d.lgs. n. 156/2006, non riconosce in maniera esplicita una legittimazione ad agire alle Regioni, al tempo stesso non la esclude. (Diffusamente sul punto si riporta l'articolo di PIERRO, *Danno Ambientale e legittimazione ad agire*, consultabile su: <http://www.salvisjuribus.it/danno-ambientale-e-legittimazione-ad-agire/>). La Corte Costituzionale dichiara, quindi, non fondata la questione di legittimità dell'art. 311, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 24 e 32 della Costituzione, nonché al principio di ragionevolezza. Invero, la Corte afferma che: «la scelta di attribuire all'amministrazione statale le funzioni amministrative trova una giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale». Inoltre, in termini di possibile iniziativa autonoma, la Corte sottolinea come la normativa in questione non esclude che ai sensi dell'art. 311, d.lgs. n. 152 del 2006 sussista il potere di agire di altri soggetti, comprese le istituzioni rappresentative di comunità locali, per i danni specifici da essi subiti. Pertanto, la normativa speciale sul danno ambientale si affianca alla disciplina generale del danno posta dal codice civile, non potendosi dubitare della legittimazione degli enti territoriali a costituirsi parte civile *iure proprio* nel processo per reati che abbiano cagionato pregiudizi all'ambiente, per il risarcimento non del danno all'ambiente come interesse pubblico, bensì (al pari di ogni persona singola od associata) dei danni direttamente subiti: danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico, di natura pubblica, della lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale.

<sup>331</sup> In argomento P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, Disgorgement v. punitive damages*, cit., 143.

Parafrasando una famosa riflessione di Ponzanelli, si può concludere che: «una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile»<sup>332</sup>.

## **6. Ulteriori rimedi aventi carattere squisitamente sanzionatorio**

Al di là degli strumenti legislativi sin qui analizzati aventi la specifica finalità di fronteggiare ipotesi tipiche di illecito efficiente caratterizzate da una manifesta tendenza a colpire il profitto derivante dalla condotta *contra legem*, giova notare che l'ordinamento conosce anche altri rimedi aventi carattere squisitamente sanzionatorio.

La dinamicità dell'ordinamento giuridico ha posto il rimedio della responsabilità di fronte a nuove sfide che hanno indotto il legislatore a prevedere numerose norme settoriali che perseguono finalità eminentemente sanzionatorie.

Si pensi, in primo luogo, all'art. 4 del d.l. 22 settembre 2006, n. 259, convertito in legge 20 novembre 2006 n. 281, recante disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche<sup>333</sup>. Detta norma prevede una specifica forma di riparazione, simile a quella pecuniaria da diffamazione a mezzo stampa precedentemente esaminata,

---

<sup>332</sup> G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi, un ritorno alla deterrenza*, cit., 297.

<sup>333</sup> «A titolo di riparazione può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli atti e dei documenti di cui al comma 2 dell'art. 240 del codice di procedura penale, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro». Al IV co. la norma aggiunge che «qualora sia promossa per i medesimi fatti di cui al comma 1 anche l'azione per il risarcimento del danno, il giudice tiene conto, in sede di determinazione e liquidazione dello stesso, dalla somma corrisposta ai sensi del comma 1».

essendo autonoma sia dalla domanda di risarcimento sia da quella proponibile al Garante per la protezione dei dati personali. Il danneggiato, inoltre, potrà cumulare la riparazione al risarcimento del danno. Ebbene, dette due misure lette in combinato disposto aumentano la valenza sanzionatoria del rimedio. La dottrina, infatti, non ha avuto esitazioni nel rinvenire nella disposizione in commento un rimedio a carattere sanzionatorio<sup>334</sup>.

Ulteriore tipologia di rimedi dal carattere repressivo è stata introdotta dagli artt. 3 - 5 del d.lgs n. 7 del 15 gennaio 2016<sup>335</sup>. Il provvedimento in parola - al fine di deflazionare<sup>336</sup> il sistema penale sostanziale e processuale - ha, in parte, depenalizzato e, in parte, abrogato alcune fattispecie di reato considerate “minori” con contemporanea sottoposizione dei corrispondenti fatti a sanzioni pecuniarie civili<sup>337</sup> che si aggiungono al risarcimento del danno irrogato a favore della parte offesa.

---

<sup>334</sup> FILIPPI, *Nuove disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 2, 151.

<sup>335</sup> In G.U. 22 gennaio 2016, n. 17 entrata in vigore il 6 febbraio 2016. Sul punto v. GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria* (art. 2 l. 28.4. 2014 n. 67), in *Legislazione penale*, 2015, 7; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 4, 2014, 1693 ss.

<sup>336</sup>Tale finalità è perseguita attraverso due mezzi: da un lato, attraverso una depenalizzazione di talune fattispecie, considerate minori quanto al grado di offensività, trasformate in illeciti amministrativi, dall'altro mediante l'abrogazione di alcuni reati, con contemporanea sottoposizione dei corrispondenti fatti a «sanzioni pecuniarie civili» che si aggiungono, quando il giudice civile ne accerti l'esistenza, al risarcimento del danno irrogato a favore della parte offesa. Sul punto è stato convincentemente affermato che «Non può farsi a meno di notare a prima vista che il legislatore, pur in presenza di una legge delega che rimetteva all'Esecutivo il compito di individuare l'autorità competente a irrogare la sanzione civile, ha con poca coerenza scelto di andare in senso contrario anche rispetto a recentissime normative che tendono a deflazionare proprio il processo civile, come la stessa legge di stabilità del 2016 (legge n. 208/2015) e come le misure di degiurisdizionalizzazione di cui alla legge n. 162/2014, aumentando in linea generale il carico del già gravato giudice civile, stavolta non solo per dirimere controversie tra privati, ma anche, in connessione con tale attività, per sanzionare le condotte illecite con misure il cui beneficiario non è il cittadino danneggiato, bensì lo Stato». Così SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1025 e Cfr. PALMIERI, *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliani sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, in *Foro it.*, 2016, V, 125.

<sup>337</sup> L'importo di tali sanzioni pecuniarie civili è determinato dal giudice sulla base dei seguenti criteri: gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del soggetto responsabile, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità dell'agente, condizioni economiche dell'agente.

Giova rilevare che l'art. 5 del d.lgs n. 7/2016 obbliga il giudice a commisurare la sanzione pecuniaria proporzionalmente alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della propria azione, alla personalità e alle condizioni economiche dell'agente. Inoltre *condicio sine qua non* ai fini dell'insorgenza della sanzione civile è l'imputabilità del fatto a titolo di dolo. Evidente è quindi il "retaggio"<sup>338</sup> penalistico della fattispecie in esame.

Di dette somme, tuttavia, ne beneficia la cassa ammende e non già il danneggiato. Questo profilo se, da un lato, non elide la finalità marcatamente repressiva e sanzionatoria dell'istituto, dall'altro, traccia la linea di demarcazione con i danni punitivi *stricto sensu* intesi<sup>339</sup>.

Su altro crinale l'art. 70 disp. att. c.c.<sup>340</sup>, prevede che il regolamento di condominio possa contemplare a carico del condomino che incorra nella violazione di una sua previsione il «pagamento di una somma fino a euro 200 e, in caso di recidiva, fino ad 800» a favore del condominio che va ad aggiungersi al risarcimento, eventualmente dovuto alla stregua delle regole generali. Il richiamo alla recidiva unitamente alla lettera della norma, nella parte in cui espressamente afferma che la somma è dovuta «a titolo di sanzione» rendono evidente la valenza repressiva della disposizione<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> L'espressione è di SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1028.

<sup>339</sup> Sembra condivisibile l'opinione di chi rileva che «tali sanzioni hanno senza dubbio una funzione sia preventiva che repressiva. Degli importi liquidati a tale titolo, però, beneficia la cassa ammende e non già il danneggiato. Ed è questo il dato che distingue l'istituto sia dai *punitive damages* che dalla funzione generalpreventiva della responsabilità civile». Così D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia dei danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, cit., 1981. Si rinvia, per ulteriori osservazioni a quanto detto nel primo paragrafo di questo capitolo e specialmente alla nota 319.

<sup>340</sup> Norma così modificata ad opera dell'art. 1 IX co. lett. e) d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 convertito in legge 21 febbraio 2014 n. 9.

<sup>341</sup> In argomento v. SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1029.

Anche a livello europeo il Regolamento CE n. 261 del 2004, con riguardo ai voli in partenza da o in arrivo in un Paese dell'Unione Europea, prevede che il vettore debba corrispondere una «compensazione pecuniaria» (che va dai 250 ai 600 euro, a seconda della lunghezza della tratta e che prescinde da qualsiasi prova di danno) ai passeggeri che abbiano subito un «negato imbarco» ovvero «una cancellazione del volo». È evidentemente sanzionatoria anche la *ratio* ispiratrice di detto rimedio. Deve ritenersi comunque che, alla luce dei principi generali, il passeggero possa ottenere in aggiunta il risarcimento del danno subito e provato.<sup>342</sup>

Analogamente, si ritiene che anche l'art. 96 c.p.c. (dopo la riforma avvenuta con la l. 69/2009) risponda alla necessità di sanzionare il litigante temerario che abbia agito in giudizio con dolo o colpa grave a prescindere dal riscontro di un danno effettivo<sup>343</sup>.

Può richiamarsi anche l'art. 709 *ter* c.p.c., in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura, in conformità con la dominante giurisprudenza<sup>344</sup>, assume valenza punitiva<sup>345</sup>. Ciò in quanto il risarcimento del danno verrebbe a costituire una sorta di comminatoria rapportata alla mancata ottemperanza dei provvedimenti dell'autorità travalicando, conseguentemente, il limite del rapporto strettamente privatistico all'interno del nucleo familiare.

---

<sup>342</sup> Sul punto v. SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1030.

<sup>343</sup>GIORDANO, *Il litigante temerario paga «in ogni caso»*. *Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c., tra «abuso del processo» e «danni punitivi»*, in *Giur. it.*, 2012, 10.

<sup>344</sup> In tal senso si veda Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam e dir.* 2008, 60, con nota LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*; Trib. Modena, 29 gennaio 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 823, con nota ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.*

<sup>345</sup> Sul punto si veda PLADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreintes*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 853 ss.; ID., *Responsabilità civile nella famiglia, verso i danni punitivi?* In *Resp. Civ. e prev.*, 2007, 2005 ss.

All'elenco così stilato si potrebbe aggiungere anche l'art. 129 *bis* c.c. disciplinante la responsabilità del coniuge e del terzo in mala fede, in relazione alla quale il legislatore attribuisce al coniuge in buona fede una congrua indennità anche prescindendo dalla prova del danno sofferto<sup>346</sup>.

Parimenti, l'art. 187 *undecies* sembra perseguire finalità eminentemente sanzionatoria. La norma in questione, infatti, nell'attribuire alla Consob la facoltà di costituirsi parte civile nei procedimenti penali contro gli autori del reato di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 t.u.f.) e di manipolazioni del mercato (art. 185 t.u.f.) conferisce, altresì, all'Autorità la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni, tenendo in considerazione in sede di liquidazione anche l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato. E' evidente che l'art. 187 *undecies* persegue l'obiettivo di dar luogo alla restituzione del profitto lucrato in modo illecito, assolvendo, in tal guisa, anche finalità repressivo – deterrenti<sup>347</sup>.

Che l'evoluzione dell'ordinamento segua questa traiettoria è dimostrato altresì dal fatto che siano previste anche altre ipotesi di pene private che prescindono dalla liquidazione di un danno avente valenza punitiva e che si correlano a meccanismi sanzionatori differenti. Ad esempio con riguardo ai mutui stipulati con interessi usurari la dottrina ha rilevato che l'art. 1815 svolge una funzione sostanzialmente sanzionatoria nella misura in cui punisce il mutuante con l'imposizione di un obbligo «a contenuto obiettivamente afflittivo, ma privo di alcuna finalità compensativa: quello di rimanere comunque vincolato a un rapporto *ex*

---

<sup>346</sup> Sul punto si veda ALMUREDEN, *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Sesta, Torino, 2008, 48 ss.

<sup>347</sup> Sul punto *ex multis* si veda SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1024.

lege novato in mutuo gratuito»<sup>348</sup>. Talvolta, invece, l'inadempimento di un dovere è sanzionato dalla legge con la decadenza dalla titolarità di un ufficio. Un esempio è costituito dalle disposizioni di cui agli artt. 2404<sup>2</sup> e 2405<sup>2</sup> c.c., laddove puniscono l'assenza ingiustificata del sindaco con la decadenza dalla carica<sup>349</sup>.

La stessa Corte costituzionale - pronunciandosi in tema di lesione della salute umana, dell'integrità dell'ambiente naturale e di danno biologico – ha riconosciuto che il rimedio aquiliano possa espletare anche una funzione *latu sensu* sanzionatoria<sup>350</sup>. D'altro canto, sempre la Consulta investita della questione relativa all'art. 96 c.p.c. non ha esitato ad affermare la natura sanzionatoria del rimedio in questione<sup>351</sup>. Il dubbio ermeneutico in parola, peraltro, è stato affrontato anche dalla Corte di legittimità a Sezioni unite la quale pronunciandosi sul risarcimento del danno richiesto dai creditori sociali nei confronti dell'amministratore di una società fallita, *in obiter*, ha statuito che il rimedio aquiliano, ove sussista un'espressa disposizione di legge, può svolgere anche una funzione punitiva<sup>352</sup>.

---

<sup>348</sup> Così BENAZZO, "Le pene civili" nel diritto privato d'impresa, cit., 189.

<sup>349</sup> Sul punto v. BENAZZO, "Le pene civili" nel diritto privato d'impresa, cit., 203.

<sup>350</sup> Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro It.*, 1988, I, 1057, con nota di PONZANELLI, *Corte costituzionale e rilievi di un privatista ed ivi*, 1988, I, 694 GIAMPIETRO, *Il danno all'ambiente davanti alla Corte costituzionale*.

<sup>351</sup> Il riferimento è alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 152 del 2016. Sulla quale v. ASPRELLA, *L'art. 96 co. 3 c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corriere giur.*, 12/2016, 1588; VISCONTI, *La Corte costituzionale e l'art. 96, 3° comma, c.p.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1645; BRENDA, *L'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. esce indenne dal palazzo della consulta*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2016; GHIRGA, *Sulla ragionevolezza dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 501.

Si osserva, inoltre, che sempre la Corte Costituzionale con decisione n. 303 resa l'11 novembre 2011 ha ritenuto legittima la normativa lavoristica (il riferimento specificamente è ai commi 5,6 e 7 dell'art. 32 della legge 04 novembre 2010, n° 183) diretta a «introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione, con l'effetto di approssimare l'indennità in discorso al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza, senza ammettere la detrazione dell'*aliunde perceptum* e così facendo assumere all'indennità onnicomprensiva una evidente valenza sanzionatoria». In termini si esprime FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.* 1/2018, 291.

<sup>352</sup> Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Danno e resp.*, 2016, 11, 1077 con nota CASSANI, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*; in *Giur. It.*, 2015, 6, 1413, con nota di SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità*

Tra l'altro, parte della dottrina ha rilevato che una recente pronuncia della Corte di cassazione<sup>353</sup>, riconoscendo l'*exequatur* di una sentenza di condanna all'*astreinte* (614 bis c.p.c.), fornisce un ulteriore segnale dell'evoluzione verso un sempre maggior riconoscimento di strumenti aventi funzione deterrente e sanzionatoria nel sistema civilistico<sup>354</sup>. In tale decisione si scorge un percorso evolutivo che induce la Corte ad accettare che il risarcimento del danno possa avere anche funzioni diverse da quella compensativa, ferma restando la centralità di quest'ultima<sup>355</sup>.

D'altronde, le Sezioni Unite della Corte di cassazione anche in tema di clausola penale hanno sostenuto che «nel disciplinare l'istituto la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore di fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (aspetto sanzionatorio della penale)»<sup>356</sup>.

---

*del criterio del deficit.*, ed *ivi*, 2015, 7, 1640, con nota di DI MAJO, *Azione di responsabilità – la responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*.

<sup>353</sup> Il riferimento è alla sentenza della Cass., 15 aprile 2015 n. 7613 con nota BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *BBTC*, II, 679.

<sup>354</sup> Così BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, cit., 687.

<sup>355</sup> V. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, cit., 688. È opportuno, tuttavia, osservare che l'A. afferma che quella in questione è una decisione che «forse, ha mancato di coraggio» nella parte in cui non ha affermato che «argomentazioni analoghe dovrebbero giustificare anche l'*exequatur* di sentenze che prevedono i danni punitivi, ma non era questa la questione da affrontare e perciò si è preferita la cautela».

<sup>356</sup> Cfr. Cass. sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128 con nota di RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 927 ss. In questo senso si è espressa anche la dottrina sul punto v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, 515 ss., il quale oltre a porre in rilievo la funzione punitiva della clausola penale, osserva che in giurisprudenza prevale l'opinione che la stessa possa svolgere sia una funzione risarcitoria che una funzione punitiva (Cfr. Cass., 17 ottobre 1985, n. 5122; Cass., 26 giugno 2002, n. 9295). In senso diametralmente Cass. Sez. Un., 19 gennaio 2007 n. 1183 ha affermato che: «la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta; pertanto, deve escludersi che la clausola penale

Sempre su questo versante, si è affermato che anche i poteri equitativi contemplati dagli artt. 1226 e 2056 c.c. attribuirebbero al giudice il potere di dare rilevanza in sede di liquidazione del danno ad elementi diversi dalla mera perdita patrimoniale. In sede di valutazione equitativa il giudice determina l'obbligazione risarcitoria anche in considerazione della colpevolezza dell'agente, dell'eventuale profitto ingiustamente conseguito e delle altre circostanze del caso<sup>357</sup>.

È stato, infatti, osservato che a decisioni dal valore punitivo «già arrivano i nostri giudici sul terreno equitativo (art. 1226), specie ove la esigua incidenza del danno (patrimoniale) sarebbe tale da rappresentare una evidente ingiustizia. Una componente punitiva sembra dunque presupposta»<sup>358</sup>. La giurisprudenza in alcuni casi ha ritenuto addirittura di dar luogo alla restituzione dei profitti realizzati dall'autore della locupletazione, prescindendo da specifici rimedi legislativi, applicando lo strumento della liquidazione equitativa del danno<sup>359</sup>.

Lo stesso principio di risarcibilità del danno “non patrimoniale” si colloca al di là della tutela meramente compensativa, non avendo detta tipologia di danno consistenza tale da consentire che esso possa essere effettivamente compensato da una somma di danaro<sup>360</sup>.

---

prevista dall'art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nordamericano dei *punitive damages* avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito». (Cfr. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, cit., 983 ss.; PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, cit., 1125 ss.; FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, cit., 497 ss.; PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, cit., 1460 e ss.). Tuttavia, il principio di proporzionalità fra sanzione e trasgressione non vale ad escludere la natura sanzionatoria della misura, al contrario, è noto che detto principio trova applicazione anche in relazione alle pene pubbliche (Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 516), conseguentemente *a fortiori* ripana i suoi effetti anche per le sanzioni private.

<sup>357</sup> GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2029 e ss.

<sup>358</sup> In questi termini DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 65.

<sup>359</sup> Cfr. Cass., 24 ottobre 1983, n. 6251, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, fasc.9.

<sup>360</sup> Sul punto v. BONILINI nella sua dotta monografica *Il danno non patrimoniale*, cit., *passim*, il quale aveva già qualificato, in tempi non sospetti, lo stesso alla stregua di un'autentica “pena privata”. In vero, afferma la natura di “pena esemplare” con funzione non “risarcitoria”, ma (soltanto) “sanzionatoria” del risarcimento di un interesse della persona di carattere non patrimoniale, con l'ovvia conseguenza di ricondurlo alla categoria della pena privata G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv.*

«Più in generale, il riferimento del risarcimento del danno “non patrimoniale” e /o morale, che è ben diverso da quello biologico, alla “sofferenza soggettiva” del danneggiato, secondo la formula di colore della “*pecunia doloris*”, è un risarcimento – compensazione solo in via retorica, ma in realtà costituisce sanzione per l’attentato grave ai valori della persona»<sup>361</sup>.

Riprova del fatto che nell’ambito della categoria del danno non patrimoniale, e specialmente in quello morale, è rinvenibile un retaggio “penalistico” risiede, tra l’altro, nella circostanza che esso è espressamente previsto dall’art. 185 c.p.<sup>362</sup> quale classica conseguenza derivante dall’aver commesso un reato.

---

*Dir. Comm.*, 1999, I, 823. In questo senso si esprime anche GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 9 ss. e AFFERRI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. Civ. prev.*, 2004, 870.

<sup>361</sup> In termini DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. It.*, 2017, 1795. Anche la dottrina francese ha inteso enfatizzare il profilo più prettamente afflittivo del danno non patrimoniale qualificandolo come una “pena privata” avente una finalità punitiva “*exemplaire*”. A tal proposito v. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, 348; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, II, Paris, 1951, 375 e CARBONNIER, *Droit civil*, 4 - *Les Obligations*, Paris, 1990, 375.

<sup>362</sup> Questa la lettera della norma: «Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale [2059], obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, debbono rispondere per il fatto di lui [2043 - 2059]». Con particolare riguardo al danno morale giova notare che esso è tradizionalmente definito come la sofferenza interiore, il patema d’animo non necessariamente a carattere temporaneo. Se, tuttavia, il dolore provato è particolarmente intenso, da comportare delle “degenerazioni patologiche” suscettibili di essere accertate da un punto di vista medico legale, si ricade nell’ipotesi di danno biologico psichico. La vicinanza delle due voci di danno richiede di tracciare il confine tra le stesse, anche e perché le note Sezioni Unite San Martino non hanno chiarito tale aspetto. (Il riferimento è alle Sezioni Unite 11 novembre 2008, n. 26972 consultabile in *banca dati de jure*). In particolare, queste ultime hanno coniato la c.d. somatizzazione del danno morale, in virtù della quale – al fine di evitare duplicazioni risarcitorie – laddove la sofferenza degenera in patologia il danno non patrimoniale è risarcibile nella sola veste di danno biologico onnicomprensivo, che, in qualche misura, assorbe la componente morale. Tale ricostruzione è stata sin da subito ripudiata dalla giurisprudenza prevalente, la quale, al contrario ha optato per la piena autonomia del danno morale da quello biologico. E’ stato quindi affermato che «al fine della liquidazione del danno non patrimoniale, è appena il caso di ricordare che nella quantificazione del danno morale la valutazione di tale voce di danno, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona ovvero all’integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall’art. 2 della Costituzione in relazione all’art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall’Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130, deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della concreta gravità del fatto, senza che possa quantificarsi il valore dell’integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute, dovendo dunque escludersi la adozione di meccanismi semplificativi di liquidazione di tipo automatico». (Cass. civ., Sez. III, 12 dicembre 2008 n. 29191. Nel medesimo senso *ex plurimis* Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2009, n. 11071 consultabili in *Banca dati de Jure*) E’ stato quindi chiarito dalla giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite del 2008 – le quali avevano

La finalità c.d. consolatoria<sup>363</sup>, in uno con la liquidazione equitativa che caratterizza il danno non patrimoniale<sup>364</sup>, finisce, quindi, con il conferire anche a tale tipologia di tecnica di tutela valore latamente sanzionatorio<sup>365</sup>.

Difatti, secondo alcuni autori la commistione tra danno patrimoniale e non patrimoniale ha fatto vacillare la funzione tradizionalmente accolta (compensativa) del danno in favore di una funzione punitivo-deterrente. In altri termini, nel caso di danno non patrimoniale il risarcimento non può avere funzione riparatoria, essendo le conseguenze irreparabili. Al massimo si potrebbe discorrere di

---

fatto sorgere il sospetto dell'assorbimento del danno morale in quello biologico – che il primo mantiene una sua logica ed ontologica autonomia. Cfr. COMANDÈ, *L'ordine anarchico della giurisprudenza e l'anarchia ordinatoria del legislatore in tema di danno alla persona*, in *Danno e Responsabilità*, 2013, 12, 1141 e SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 832.

<sup>363</sup> Il danno non patrimoniale si caratterizza per il fatto che, il più delle volte, la lesione derivante dall'illecito è di per sé irreparabile. Con l'espressione funzione consolatoria, quindi, si fa riferimento al fatto che la somma liquidata a titolo di risarcimento ha la finalità di soddisfare qualche bisogno personale della vittima, diverso da quello oggetto di lesione irreparabile, al fine di lenire la sofferenza derivante dal danno.

<sup>364</sup> Ritiene che la problematica degli arricchimenti ingiusti nulla abbia a che vedere con la tematica del danno morale. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit. il quale a pagina 3 precisamente afferma che: «il problema della restituzione dell'arricchimento non ha nulla a che vedere con il problema del risarcimento dei danni morali, né dei danni valutati in termini di ofelimità soggettiva. Certamente, il gentiluomo che intende lasciare inutilizzata la propria villa o il proprio ritratto, e che, in conformità di questa decisione, ha rifiutato le più allettanti proposte avanzatagli da un terzo, potrà subire dalla illegittima utilizzazione della villa o del ritratto un danno morale superiore alla somma che avrebbe conseguito accettando quelle proposte che egli ha in anticipo rifiutato. Ma il danno morale non varia con il variare dell'arricchimento dell'autore della lesione». La soluzione prospettata dal Sacco è stata già precedentemente esaminata, così come i relativi profili di criticità. In questa sede le osservazioni appena prospettate sul danno morale sono volte a dimostrare che la responsabilità civile ha natura polifunzionale, come si avrà modo di approfondire di seguito.

<sup>365</sup> Così BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, 1498 ss. E' stato, infatti, condivisibilmente affermato che «E' innegabile come questa categoria, malgrado i tentativi di porre argini ad alcune sue componenti, tradisca il principio dell'equivalente pecuniario, travalicando la funzione compensativa del risarcimento, invocata dalla giurisprudenza come limite invalicabile alla riconoscibilità dei *punitive damages*. Quando l'illecito incide sui beni della persona, infatti, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del *quantum* è rimessa a valori percentuali, indici tabellari, e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato (che d'altronde per sua natura non è misurabile). Se la liquidazione del danno biologico è ancorata ad una valutazione medico – legale, la quantificazione dei pregiudizi inerenti alla sofferenza interiore della persona e alla sua degenerazione in profili relazionali è tale per cui il gioco delle presunzioni e il richiamo all'equità conducono inevitabilmente al di là di una prospettiva puramente riparatoria». Così DE HIPPOLYTIS, nota a Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Foro it.*, 2012, I, 1494. Tuttavia, di opinione contraria PATTI, *Pena privata*, cit., 360, il quale afferma che «non può parlarsi di pena finché la logica a cui risponde la condanna è quella della riparazione». In particolare, secondo l'A. la finalità perseguita dall'ordinamento a mezzo del riconoscimento del danno non patrimoniale è quella di assicurare un risarcimento che tenga conto di ogni aspetto della vicenda e reintegri ogni tipo di lesione.

“surrogazione” del danno subito attraverso il pagamento di una somma di denaro avente funzione indennitaria e non retributiva<sup>366</sup>.

A tal proposito, parte della dottrina sottolinea in modo chiaro l’incompatibilità di questa ricostruzione del danno non patrimoniale con la tesi simmetricamente affermata della contrarietà all’ordine pubblico delle sentenze che liquidano danni punitivi<sup>367</sup>, sulle quali si avrà modo di soffermarsi di seguito.

Dunque, l’illecito aquiliano, *de iure condito*, potrebbe già autonomamente conseguire una funzione *latu sensu* punitiva<sup>368</sup>.

Ebbene, la vocazione generale dei due rimedi appena passati in rassegna, sembra essere un argomento solido per attribuire al rimedio aquiliano valenza sanzionatoria anche al di fuori dei casi previsti specificamente dalla legge.

Si assiste, quindi, ad una tendenza non solo del formante<sup>369</sup> giurisprudenziale<sup>370</sup>, ma anche di quello legislativo propenso ad attribuire

---

<sup>366</sup> CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 237 e ss.

<sup>367</sup> In questi termini LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, cit., 269.

<sup>368</sup> Così BUSNELLI – ALESSANDRO, *L’enigmatico ultimo comma dell’art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?*, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 585. In questo senso anche MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 336. Del resto, a tal riguardo è stato osservato che «l’intermediazione legislativa mette capo ad interventi sempre più fitti. Che potrebbero diventare debordanti se si accogliesse la tesi secondo cui l’art. 2056 c.c., chiamando il giudice a valutare, in sede di liquidazione equitativa, tutte le circostanze, lo abilita a quantificare il risarcimento sulla base della condotta, dolosa o gravemente colposa, del danneggiante». In questi termini si esprime PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2635.

<sup>369</sup> Il concetto di formante è stato ideato da SACCO in *Introduzione al diritto comparato*, cit. 47 ss.

<sup>370</sup> Il riferimento è in particolare alla decisione resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite il 5 luglio 2017 n. 16601, sulla quale si avrà modo di tornare diffusamente nel prosieguo della trattazione. Sul punto si veda PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630; D’ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2644; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2648; VIAZZI, *L’ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 328 ss.; LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 317 ss. e DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1792. Sia consentito rinviare anche a RICCIARDI, *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages* in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*

alla responsabilità civile una valenza “multipolare”. In altri termini, sembra si possa affermare con serenità che oggi la responsabilità civile oscilla tra due poli: quello della riparazione e quello della sanzione.

Detti rimedi normativi sono l’espressione di esigenze di tutela che stentano ad inquadrarsi nell’ambito della tradizionale valenza compensativa della responsabilità, che, a quanto pare, deve essere ripensata con particolare riguardo alle funzioni che la stessa è chiamata a svolgere nell’ambito dell’ordinamento.

## **7. «Funzione una e trina (e forse più) della responsabilità civile»<sup>371</sup>: l’avvento delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601**

Quanto detto pone il giurista di fronte ad una realtà che non può essere facilmente contraddetta: la responsabilità civile ha valenza multipolare<sup>372</sup>. L’articolata osmosi tra tradizione punitiva penalistica e la

---

<sup>371</sup> L’espressione è di PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2633.

<sup>372</sup> In realtà le funzioni della responsabilità civile sembrano essere molteplici *ex multis* v. il recentissimo lavoro di FRATINI, *Il sistema del diritto civile. La responsabilità extracontrattuale*, Bari, 2017 pagina 31 ove si afferma che «La responsabilità civile assolve quattro funzioni fondamentali: a) la funzione di reagire all’atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato recato; b) alla funzione di reazione è intimamente collegata la funzione di ripristinare lo *status quo ante*, cioè di riportare il danneggiato nella stessa situazione in cui versava prima di subire il pregiudizio; c) la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o punitivo) dello Stato, come reazione all’atto illecito; d) la funzione di deterrente per chiunque intenda compiere atti o a svolgere attività da cui possano derivare effetti pregiudizievoli per i terzi. A queste quattro funzioni si affiancano poi alcune funzioni sussidiarie, che più propriamente attengono agli effetti economici della responsabilità civile: a) la distribuzione delle “perdite”; b) l’allocazione dei costi. Con la prima espressione si descrive il fenomeno della traslazione della “perdita” dal soggetto che l’ha effettivamente subita (il danneggiato) al soggetto che l’ha provocata (il danneggiante), al quale la perdita viene definitivamente accollata attraverso l’obbligo di risarcimento del danno. Con la seconda espressione si ha riguardo, invece, alla individuazione dei “costi” relativi all’assunzione del rischio connesso con il verificarsi del danno: costi che sono poi ripartiti tra operazioni di prevenzione e operazioni di risarcimento del danno». Suggestiva, al riguardo, l’affermazione di SALVI, *Modelli e Funzioni*, Napoli, 1985, 295 «vi sono più cose nel cielo dei conflitti sociali, di quante possa comprendere la filosofia aquiliana». Del resto, cinque lustri più tardi, BARCELONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 2 conterà – senza elencarle tutte – più di dieci funzioni astrattamente attribuibili alla responsabilità civile, meritandosi la citazione indiretta delle Sezioni Unite.

nuova vocazione afflittiva civilistica<sup>373</sup> è ormai sotto gli occhi di tutti e si evince in modo patente volgendo lo sguardo alle molteplici norme appena passate in rassegna. Questo è un dato che, a parere di chi scrive, non può essere contraddetto, è una realtà. La responsabilità civile oscilla tra due poli, la riparazione e la sanzione «sempre alla ricerca di un equilibrio tra costi sociali patiti dalle vittime dei sinistri e quelli precauzionali imposti ai potenziali danneggianti, per non dimenticare i costi amministrativi per l'accertamento dei diritti, sì che un abbassamento della soglia dei risarcimenti rischia di disincentivare il ricorso alla prevenzione e, viceversa, un eccesso di prevenzione rischia di porre fuori dal mercato attività socialmente utili»<sup>374</sup>.

Del resto, è proprio attraverso questa lunga serie di epifanie legislative che la Suprema Corte di cassazione con decisione del 5 luglio 2017 n. 16601 resa a Sezioni Unite è giunta ad affermare la valenza polifunzionale della responsabilità civile<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Con riguardo alla necessità di non negare una valenza sanzionatoria dell'illecito civile CENDON in uno dei suoi sferzanti scritti, in tempi non sospetti, (*Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 890 – 891) affermava che «sono ormai scomparse le ragioni per cui – sino a qualche tempo fa – un certo vigore escatologico, un certo apriorismo sanguigno, poteva forse ritenersi anche giustificato. Perché di ciò in effetti si tratta, al giorno d'oggi almeno. Non già una sorta di peccato originale, consustanziale alla materia dell'illecito; ma semplicemente – e un po' meno nobilmente – il persistere inveterato nella mentalità di alcuni fra gli affrescatori della responsabilità civile, anche alla fine di questi anni ottanta, di un pan – oggettivismo di bandiera che, almeno in tutte le sue versioni umorali o totalitarie, non corrisponde più nemmeno a qualche esigenza dialettica o polemica. In passato, occorre ripeterlo, può non essere stato sempre così. È possibile cioè che venti o trent'anni orsono, per abbattere questa o quella impalcatura di pregiudizi intimistici, per far posto a una visione generale imperniata sulla centralità del momento del danno, è possibile che una specie di sordità premeditata verso i registri punitivi dell'illecito fosse allora davvero inevitabile, o rispondesse almeno al gioco delle parti. Ma ai giorni nostri tutto questo ha ancora senso? C'è ancora chi si sogni di pretendere – poniamo – che ogni ipotesi di condanna risarcitoria dovrebbe cercare, e riuscire ad attingere, sul terreno della morale la sua prima e più importante legittimazione? O che qualunque brandello sottratto al governo della colpa implicherebbe, automaticamente un po' di civiltà in meno per tutti quanti? Sono battaglie vinte oramai per sempre, ammesso pure che occorresse combatterle: sicché il problema è diventato casomai quello di riconoscere che la caduta di una cittadella, la fine di un monopolio o di un mito, non può non essere liberatoria a 360 gradi, anche cioè sui fianchi dell'illecito in cui un vero conflitto non c'è stato».

<sup>374</sup> PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2633.

<sup>375</sup> Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte in questa occasione è il seguente «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento

Ma facciamo un passo indietro.

In realtà, la funzione sanzionatoria del rimedio aquiliano non è estranea alle origini del nostro ordinamento.

Nel diritto romano il risarcimento del danno ingiusto aveva, alla luce dell'*Actio legis Aquiliae*, non solo una funzione compensativa, ma soprattutto sanzionatoria.

«Tempo ne è passato da quando per la prima volta la *Lex aquilia de damno* (in realtà un *plebiscitum*), agli inizi del III sec. a.C., aveva previsto (nel primo capo) che colui che ingiustamente uccide uno schiavo altrui o un quadrupede altrui che rientri nel novero del bestiame grosso deve essere condannato a dare al proprietario l'equivalente del valore massimo raggiunto dalla cosa nell'ultimo anno. In caso di lesione minore (nel terzo capo) il valore doveva essere rapportato agli ultimi trenta giorni. Presupposto fondamentale era la sussistenza del dolo e della colpa. In assenza di elemento soggettivo non c'era responsabilità. Evidentemente,

---

italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico». Sul punto si veda PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630; D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2644; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2648; DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1792; VIAZZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 328 ss.; DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contratto e impr.*, 2017/4, 1142 ss.; LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, n. 2, 262; PONZANELLI, *Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *(la) Nuova giur. civ. comm.*, 2017 n. 10, II, 1413; BENATTI *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. impr.*, 2017, n. 4, 1129; PETRELLI, *Verso i danni punitivi?*, in *Contr. impr.*, 2017, n. 4, 1187; LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 317 ss.; CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Quotidiano giuridico*, 7 luglio 2017 ed ivi PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, 12 luglio 2017.

il risarcimento del danno poteva realizzare forme di *overcompensation*, come si direbbe oggi, essendo calibrato sul valore più alto che la cosa aveva raggiunto nell'ultimo anno o negli ultimi trenta giorni dal fatto illecito»<sup>376</sup>. In alcune situazioni, era prevista l'irrogazione di un'ulteriore sanzione penale oltre al risarcimento del danno, come se la natura dell'illecito fosse talmente grave da giustificare un irrigidimento delle conseguenze dell'azione colpevole<sup>377</sup>.

Anche con lo scorrere degli anni, l'istituto della responsabilità civile conserva una finalità sanzionatoria.

In particolare, con l'influenza del diritto canonico la responsabilità fu intesa essenzialmente come giudizio di riprovazione della condotta colpevole tenuta dal danneggiante e conseguentemente finiva col caricarsi di una funzione *latu sensu* etica. Il concetto era sinteticamente espresso da Jhering con la seguente massima: «non è il danno che obbliga al risarcimento, bensì la colpa»<sup>378</sup>.

In altri termini, «il principio nessuna responsabilità senza colpa, pietra miliare per i giusnaturalisti, rispondeva ad una logica dell'etica prima ancora che del diritto: l'idea della punizione dell'illecito concepito come una sorta di peccato, da reprimere come se fosse un reato»<sup>379</sup>.

Solo con lo sviluppo industriale questa carica etica dell'istituto della responsabilità aquiliana risulta attenuarsi.

*Ergo*, anche alla luce dell'evoluzione storica del rimedio aquiliano, l'affermazione secondo cui il danneggiante è tenuto al risarcimento

---

<sup>376</sup>Così SANTISE, *La crisi di identità della responsabilità civile* in <http://www.iurisprudenzia.it/sentenze/La-crisi-di-identita-della-responsabilita-civile-171.aspx>.

<sup>377</sup> In questi termini si esprimono anche CORVI, *Punitive damages*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 4 -5, 859 ss. e MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, in *Giur. It.*, 2016, 570. Per ampi riferimenti sul punto v. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997, 1017.

<sup>378</sup> JHERING, *Das Schuld Moment in römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, 40.

<sup>379</sup> In questi termini si esprime FRANZONI, *La funzione della responsabilità civile e del risarcimento*, cit., 695.

esclusivamente nei limiti del danno subito dalla vittima dell'atto illecito, sempre e comunque, non convince affatto.

Sono, tra l'altro, già state esaminate le ragioni per le quali la funzione sanzionatoria – deterrente dell'illecito civile sembra essere, in qualche misura, una necessità del sistema<sup>380</sup>. In questa sede è sufficiente ricordare che il concetto di sanzione e di *deterrence* assume il ruolo di un costo e riesce a realizzare un controllo indiretto delle attività illecite quante volte i sacrifici economici derivanti da quelle dannose siano maggiori dei profitti. *Ex adverso*, il desiderio di realizzare delle utilità economiche si trasformerà in una vera e propria spinta verso l'illecito quante volte le conseguenze dannose dello stesso (*id est* il *quantum debeatur* a titolo di risarcimento) non intacchino i profitti<sup>381</sup>. L'effetto sarà quello di incentivare la commissione di illeciti in quanto fonte di un vero e proprio "utile". Risultato, questo, inaccettabile in quanto la violazione di un diritto altrui non può essere occasione di guadagno per l'usurpatore<sup>382</sup>.

Ebbene, in questa prospettiva si impone una riflessione diretta a recuperare la valenza dell'illiceità della condotta, anche nel senso della prevenzione e della deterrenza ovvero volta a leggere l'obbligazione risarcitoria come mezzo per disincentivare la produzione di danni.

Non sembra, quindi, peregrino affermare che l'illiceità deve essere declinata sia con riferimento alla condotta del danneggiante, sia con riferimento al danno ovvero alla sfera giuridica del danneggiato. Questa prospettiva consente di assegnare alla responsabilità una duplice funzione. Ferma resta, quindi, la funzione riparatoria in virtù della quale il

---

<sup>380</sup> A tal riguardo si rinvia a quanto detto al Cap. 2, par. 4.

<sup>381</sup> Sulla maggiore efficacia deterrente delle forme di responsabilità per colpa, rispetto a quelle oggettive si rinvia a p. 294- 295 ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 2003.

<sup>382</sup> Si ricordi a tal riguardo anche la massima espressa dal brocardo: «*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem*» (Pomponio, D. 50.17.26).

risarcimento deve compensare la perdita subita, a quest'ultima, tuttavia, si affianca quella sanzionatoria. Le due funzioni possono coesistere. E la loro convivenza è il riflesso della doppia antigiridicità che caratterizza la responsabilità civile: antigiridicità del fatto (riferito all'autore) e antigiridicità del danno (riferito alla vittima)<sup>383</sup>. È evidente che, in un'ottica sanzionatoria, nell'ambito dell'operazione di liquidazione del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento il periscopio giridico dovrà spostarsi dalla sfera giridica del danneggiato a quella del danneggiante. Di tal guisa, l'entità del risarcimento non avrà come termine di raffronto esclusivamente la perdita subita dalla vittima, bensì sarà proporzionato anche all'offesa arrecata, alla riprovevolezza<sup>384</sup> della condotta ovvero al profitto conseguito dal responsabile<sup>385</sup>.

Del resto, è stato autorevolmente affermato che «nessun dubbio che, in diritto civile, il gioco del momento repressivo non debba eccedere, orientativamente, i confini generali assegnati al momento reintegratorio;

---

<sup>383</sup> Cfr. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2012, *passim*; ID, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., *passim*; SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2008, *passim*; PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. Civ.*, 2009, 165; MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 336 e BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, cit., 5 ss.

<sup>384</sup> A tal riguardo si ricorda l'opinione di FRATINI, *Il sistema del diritto civile. La responsabilità extracontrattuale*, cit., 35 «La prevenzione del danno e l'effetto deterrente della responsabilità civile sono tradizionalmente connessi a forme di responsabilità soggettiva e, in ultima analisi, al presupposto del fatto illecito e della colpa. L'ordinamento guarda alla condotta riprovevole del danneggiante, ovvero *non iure*, e sanziona il fatto illecito attraverso l'obbligo di risarcimento che disincentiva la commissione di condotte causative di danni ingiusti. Ma anche le forme di responsabilità oggettiva non sono estranee alla funzione di deterrenza. La responsabilità "oggettiva", almeno così come è strutturata negli schemi più frequentemente applicati, è dissociata da ogni fattore inerente al comportamento soggettivo dell'agente, posto che l'obbligo di risarcire il danno sorge per il semplice fatto che l'agente ha svolto una attività rischiosa, oppure perché – sulla base di una scelta di politica del diritto – l'agente appare il soggetto che meglio di altri può sopportare la traslazione del danno. In tutte queste ipotesi la responsabilità civile conserva una funzione deterrente. L'obbligo del risarcimento incide sul patrimonio dell'agente; il costo del danno, espresso dal risarcimento, lo induce ad assumere tutte le cautele idonee a evitare il danno o ad esercitare attività che coinvolgono un più ridotto margine di rischio. Allora, anche nelle forme di imputazione oggettiva della responsabilità civile, l'obbligo di risarcire il danno diviene un forte strumento di *deterrence*: il rischio del risarcimento del danno induce l'agente ad adottare tutte le misure idonee a prevenire pregiudizi ai terzi, specie nell'esercizio di attività pericolose o eccessivamente rischiose».

<sup>385</sup> Cfr. SCALFI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.* XL, Milano, ed. 1989, 1084 ss. secondo il quale non è escluso che il risarcimento possa essere fissato in una misura superiore al danno effettivo subito dal danneggiato, ovvero prescindere da quello concretamente cagionato, per assumere così profili sanzionatori.

ma è altrettanto sicuro che quest'ultimo, senza il sostegno offertogli dal primo [...] mancherebbe in tanti casi il suo bersaglio»<sup>386</sup>. In realtà, nessuna funzione è sufficiente da sola a spiegare l'intera struttura del giudizio aquiliano<sup>387</sup>, il profilo afflittivo è comunque funzionale al miglior espletamento del momento prettamente reintegratorio ovvero ad accrescere l'efficacia di quest'ultimo<sup>388</sup>. La reintegrazione del patrimonio del danneggiato, infatti, elimina il danno per quest'ultimo, ma non per l'intera società. Tale risultato si rivelerà socialmente utile solo se giustificato dall'effetto preventivo volto a scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti.

Anche le recenti Sezioni Unite<sup>389</sup>, in termini pienamente condivisibili, affermano con vigore la polifunzionalità della responsabilità civile<sup>390</sup>.

«Sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria della responsabilità civile», afferma apertamente la Suprema Corte di Cassazione. Ebbene, non è difficile immaginare che

---

<sup>386</sup> Così anche P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 886.

<sup>387</sup> Cfr. SALVI, *La Responsabilità civile*, Milano, 2005, 304.

<sup>388</sup> In questi termini, BENAZZO, *“Le pene civili” nel diritto privato d'impresa*, cit., 32 – 33.

<sup>389</sup> Il riferimento è sempre alla pronuncia 16601 resa il 5 luglio dalla Suprema Corte a Sezioni Unite. Sul punto si veda PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630; D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., I, 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2644; VIAZZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 328 ss.; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2648 e DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1792; CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, cit.; LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 326 e PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, cit. Sia consentito rinviare anche a RICCIARDI, *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages* cit.

<sup>390</sup> Letteralmente le Sezioni Unite in commento, affermano a pagina 17 che «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto è emersa una natura polifunzionale, che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio – punitiva. Indispensabile riscontro di questa descrizione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall'altro dimostra, con la sua vivacità quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riconducibili alla “categoria”»<sup>390</sup>.

questo stralcio del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite troverà spazio nei manuali futuri in materia di illecito aquiliano<sup>391</sup>.

D'altronde, l'aspetto funzionale della responsabilità ha sempre rappresentato un nodo interpretativo di grande rilevanza attraverso il quale sviluppare qualsiasi ricostruzione dell'istituto in parola e che costituisce anche punto nevralgico della pronuncia in questione. Nondimeno, all'interno di quest'ultima la *querelle* concernente le funzioni attribuibili al rimedio aquilano assume ancor più rinnovato interesse, in quanto affrontata nell'ambito di una riflessione più ampia coinvolgente la tematica della contrarietà all'ordine pubblico di sentenza straniera. Specificamente la questione affrontata dalla Suprema Corte è quella della compatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze comminatorie di danni punitivi.

Si avrà modo di affrontare questo profilo nel prosieguo della trattazione, tuttavia, è opportuno evidenziare sin da subito che la Suprema Corte, proprio facendo perno sulla valenza polisemica del rimedio aquiliano, esclude il contrasto con l'ordine pubblico di detti *punitive damages*.

Siamo dunque distanti dal linguaggio della Cassazione che nel 2007 ebbe ad affermare che «nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante»<sup>392</sup>: la responsabilità civile ha valenza innegabilmente polifunzionale.

---

<sup>391</sup> In questo senso PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630.

<sup>392</sup> In termini DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1795. Il riferimento è alla già precedentemente citata Cass. Sez. Un., 19 gennaio 2007 n. 1183 sulla quale Cfr. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, cit., 983 ss.; PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, cit., 1125 ss.; FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, cit., 497 ss.; PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, cit., 1460 e ss. Si avrà modo di ritornare sul punto nel prosieguo della trattazione.

## CAPITOLO IV

### I PUNITIVE DAMAGES SONO COMPATIBILI CON L'ORDINE PUBBLICO

#### 1. I danni punitivi: questi (s)conosciuti

Come precedentemente osservato la problematica concernente le funzioni attribuibili alla responsabilità civile ha di recente intercettato la tematica della contrarietà all'ordine pubblico di sentenza straniera. Specificamente, la questione affrontata dalla Suprema Corte di Cassazione è quella della compatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze comminatorie di *punitive damages*<sup>393</sup>.

I danni punitivi<sup>394</sup> nascono nel sistema anglosassone e si ispirano al principio secondo cui a nessuno deve essere data la possibilità di trarre

---

<sup>393</sup> Il riferimento è alla pronuncia resa dalla suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite il 5 luglio 2017 n. 16601. Sul punto si veda PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630; D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2644; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2648; DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1792; VIAZZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 328 ss.; DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, cit., 1142 ss.; LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, cit., 262; PONZANELLI, *Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, cit., 1413; BENATTI *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, cit., 1129; PETRELLI, *Verso i danni punitivi?*, cit., 1187; LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 317 ss.; CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, cit. e PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, cit. Sia consentito rinviare anche a RICCIARDI, *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages* cit.

<sup>394</sup> Sul punto PARDOLESI, *Danni punitivi*, cit., 453; URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi Txo production corporation v. Alliance resources corporation e Ab v. South west water services ltd*, in *Riv. dir. civ.* 1995, I, 81; CARBONE, *Punitive damages all'italiana*, in *Corriere giur.*, 1992, 416; PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 1986, IV, 134; PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texano e il diritto italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, 405; ID, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435; ID, *Non c'è due senza tre: la corte suprema USA salva ancora i danni punitivi*,

profitto da una propria condotta illecita: il danneggiato, così, ha la possibilità di ottenere una condanna esemplare contro il responsabile di un comportamento *contra legem* particolarmente grave.

Ricorre tale figura «quando la condanna prevede il pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia e in genere da un rilevante danno sociale (...); si vuole punire una certa condotta per il suo carattere doloso, oppressivo, oltraggioso, o per la gravità del danno sociale arrecato soprattutto quando mancherebbe altrimenti un'effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli abituali parametri»<sup>395</sup>.

Riveste un ruolo nevralgico l'identificazione dell'elemento psicologico che sorregge la condotta lesiva, ossia il dolo o la colpa grave, evidente indice rivelatore del disprezzo dell'autore dell'illecito verso le norme giuridiche e sociali.

Non è un caso che il concetto di danno punitivo proviene da un ordinamento giuridico dove la distinzione tra diritto civile e diritto penale è particolarmente sfumata, conseguentemente alla condanna al risarcimento del danno è attribuita anche una funzione punitivo – sanzionatoria (dettata dalla volontà di stigmatizzare la condotta di chi realizza profitti attraverso il compimento di atti illeciti) e preventivo –

---

in *Foro it.*, 1994, IV, 92; ID, *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, in *Foro it.*, 1996, IV, 421, ID., *La costituzionalizzazione dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356; ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, 175; ID, *Danni punitivi: controllo giudiziale di un rimedio «a rischio»*, in *Foro it.*, 1995, IV, 205; ROMANO e COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 1997, 298.; ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur. It.*, 1985, IV, 12; PARDOLESI, *Rischio radioattivo e danni punitivi nell'esperienza statunitense: il difficile rapporto tra disciplina federale dell'attività nucleare e diritto statale della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1985, IV, 142.; SIRENA, *Il riconoscimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 531 ss.

<sup>395</sup> In questi termini PATTI, *Pena privata*, cit., 351.

deterrente (al fine di evitare che altri soggetti siano incentivati a tenere comportamenti analoghi). In altri termini, i danni punitivi espletano una funzione deterrente *pro futuro*, in quanto attraverso la loro irrogazione si vuole evitare che si reiterino comportamenti dannosi uguali a quello commesso, sia da parte della generalità dei consociati, che dal sanzionato stesso<sup>396</sup>.

I *punitive damages* appaiono per la prima volta in Inghilterra<sup>397</sup>, tuttavia, è al di là dell'Atlantico che l'istituto rivela integralmente la sua portata dirompente.

Negli Stati Uniti d'America<sup>398</sup> il rimedio in parola ha vissuto momenti di grandissima crescita. Fattore che ha inciso in questo senso è sicuramente la presenza della giuria popolare anche nei giudizi civili la quale, godendo di grande discrezionalità nella determinazione del danno, ha sovente riconosciuto liquidazioni titaniche.

L'entità del danno veniva determinata in modo direttamente proporzionale alla riprovevolezza della condotta tenuta dall'agente, specialmente avendo riguardo all'elemento soggettivo.

---

<sup>396</sup> Sul punto si veda anche D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2007, 3, 395 e ss.

<sup>397</sup> Nel paese d'origine i *punitive damages* sono stati presto sottoposti a significative restrizioni. In particolare, in Inghilterra si ritiene che l'istituto in esame possa trovare applicazione principalmente in tre casi: a) in ipotesi di condotte poste in essere al fine di ottenere un profitto superiore rispetto al risarcimento spettante al danneggiato a titolo compensativo; b) a fronte di condotte incostituzionali, oppressive e arbitrarie; c) nei casi specificamente previsti dalla legge. Giova rilevare, tuttavia, che negli ultimi anni si assiste ad una graduale estensione dei casi in cui vengono comminate condanne aventi carattere punitivo. Sul punto si veda P. PARDOLESI, *Danni punitivi*, cit., 453 e *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, a cura di SANTISE, cit., 860.

<sup>398</sup> PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 436 e D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, cit., 47 ss.

Questa pluralità di fattori ha per lungo tempo dato luogo ad una crescita quasi incontenibile di tali soluzioni rimediali che hanno alimentato molteplici dubbi e riserve critiche<sup>399</sup>.

La problematica in questione, tuttavia, sembra essere sdrammatizzata alla luce delle più recenti pronunce della Suprema Corte degli Stati Uniti d'America<sup>400</sup>, puntualmente richiamati dalle Sezioni Unite precedentemente citate<sup>401</sup>. Infatti, si avrà modo di osservare nel prosieguo della trattazione che gli ultimi orientamenti della massima istanza giudiziaria federale hanno fatto emergere la necessità di effettuare una valutazione equitativa dei *punitive damages* che si è risolta, spesso, in un netto ridimensionamento del *quantum debeatur* a titolo di risarcimento<sup>402</sup>.

In altri termini, «vi è stata una rapida evoluzione che ha ormai scacciato la prospettiva di danni c.d. *grossly excessive*»<sup>403</sup>, anche la

---

<sup>399</sup> Sul punto si veda anche D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, cit., 72 ss.

<sup>400</sup> Sul punto si veda: la decisione *Philp Morris USA v. Williams* resa dalla Suprema Corte USA il 20 febbraio 2007 con nota PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, 179 ss. e la sentenza *Exxon Shipping Co. Et alii v. Beker at alii*, 25 giugno 2008, sulla quale SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. V. Baker*, in *Int'l Lis*, 2008, 166 ss.

<sup>401</sup> Il riferimento è sempre alla pronuncia resa dalla suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite il 5 luglio 2017 n. 16601.

<sup>402</sup> Sul punto PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 350 ss. In particolare, l'A. così afferma a 350 «l'emblematico cambiamento si palesa nel caso *Gore*, in cui la Corte Suprema [...] individua tre criteri generali (ossia: il grado di responsabilità della condotta, la relazione tra danni punitivi e danni patrimoniali in senso stretto e il raffronto con sanzioni previste dalla legge per condotte comparabili) cui dovranno attenersi le corti statuali al fine di valutare se la concessione dei danni punitivi sia stata *grossly excessive* (e, pertanto, lesiva delle guarentigie costituzionali). Siffatto orientamento trova puntuale conferma nel recente caso *Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Peece Campbell*, in cui il Supremo collegio non solo riprende minuziosamente le argomentazioni del caso *Gore*, ma rincarà la dose attraverso una decisiva puntualizzazione dei criteri volti ad individuare i limiti quantitativi dei danni punitivi (sortendo il [...] risultato di ridimensionare l'entità massima dei danni punitivi, senza pregiudicare le loro caratteristiche distintive, segnatamente quella di essere uno strumento punitivo e inibitorio)». Per una indagine esaustiva al riguardo si veda anche BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit. e ID., *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 861.

<sup>403</sup> In questi termini si esprimono le Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601 a pagina 24.

Suprema Corte USA nega diritto di cittadinanza a liquidazioni faraoniche aventi valore sanzionatorio.

D'altro canto, si osserva che nel corso degli anni la gran parte degli stati federali ha provveduto a disciplinare normativamente l'istituto dei *punitive damages* sottraendolo a verdetti imprevedibili delle giurie.

Tali danni appaiono oggi molto più vicini ai paradigmi di ragionevolezza e proporzionalità di quanto non fossero solamente qualche decennio addietro e, quindi, a maggior ragione, ampiamente compatibili con l'ordinamento Italiano (*amplius infra*).

Prima di giungere alle conclusioni dipinte dalla Suprema Corte di Cassazione<sup>404</sup> al riguardo, sembra opportuno tracciare brevemente il percorso evolutivo che hanno vissuto detti danni nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America, in quanto caratterizzato da un andamento divergente.

## **2. I danni punitivi negli ordinamenti di *Common Law***

### **2.1 Regno Unito**

Come accennato nel sistema di *common law* si è edificata, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (*Law of Tort*), la categoria dei *punitive damages* che consente a colui il quale ha subito un conculcamento derivante dalla commissione di un contegno *contra legem* di tutelarsi instando giudizialmente affinché venga erogato un provvedimento sanzionatorio di particolare pregnanza.

---

<sup>404</sup> Il riferimento è sempre alla pronuncia resa dalla suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite il 5 luglio 2017 n. 16601.

Tanto anche al fine di scongiurare la possibilità per il danneggiante di lucrare da quanto commesso illecitamente<sup>405</sup>. In particolare, l'obiettivo era quello di infliggere una sanzione esemplare al danneggiante, in modo che l'intera collettività, a fronte di comportamenti particolarmente riprovevoli, fosse consapevole delle conseguenze e quindi si astenesse dal porre in essere condotte simili.

Il Regno Unito è il Paese con la più antica tradizione in termini di misure ultracompenso.

Si discorre compiutamente di *exemplary damages* e, in particolare, della loro reale portata applicativa sin dalla fine del XVIII<sup>406</sup>.

L'origine storica dei danni punitivi nel sistema anglosassone si rinviene nel caso *Wilkes v. Wood*<sup>407</sup> risalente, appunto, al XVIII sec. e successivamente nel caso *Huckle v. Money*<sup>408</sup>.

Tuttavia, al di là di tali sporadiche applicazioni si rinviene una tendenza volta ad attribuire maggior rilievo all'istituto in questione solo

---

<sup>405</sup> A tal riguardo PARDOLESI in *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 19 afferma che detti *punitive damages* «reificando il principio secondo cui a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di trarre profitto dal compimento di una condotta illecita conferiscono alla vittima dell'illecito l'opportunità di ottenere una sanzione esemplare nei confronti di chi ha commesso in mala fede un atto particolarmente grave e riprovevole».

<sup>406</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 436 ss.; ZENCOVICH, *La responsabilità civile in AA.VV., Diritto privato comparato*, Bari, 1999, 249.

<sup>407</sup> In questo caso venne per la prima volta utilizzata la dicitura *exemplary damages*. In particolare, l'organo giudicante aveva concesso tale strumento rimediale per punire severamente l'illegale perquisizione di una casa editrice rea di aver pubblicato un opuscolo diffamatorio nei confronti del re. *Wilkes v. Wood* 98, E.R. 489, 1763, consultabile al sito <http://swarb.co.uk/wilkes-v-wood-ccp-6-dec-1763/>. Degna di nota l'*opinion* di Lord Chief Justice Pratt da cui traspare l'intento di riconoscere danni in grado, da un lato di punire la colpa e, dall'altro, di impedire il ripetersi di comportamenti della medesima portata: «A jury has it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as punishment on the guilty, to deter from any such proceeding for the future and as a proof of the detestation of the jury to the action itself».

<sup>408</sup> *Huckle v. Money* 95, P.E.R. 768, 1763 consultabile al sito <http://swarb.co.uk/huckle-v-money-1763/>. Venne in questo caso punito un agente per aver effettuato un arresto illegale con la condanna al pagamento, oltre che di un risarcimento compensativo, anche di un ulteriore importo di matrice punitivo – sanzionatoria fondato sul carattere oltraggioso della condotta tenuta dall'agente. Sul punto v. PARDOLESI in *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 28 il quale osserva che «una ratio analoga (ossia l'oltraggiosità della condotta) alla base della concessione di tale articolazione risarcitoria, si riscontra anche nelle pieghe di un caso successivo [*Tullidge v. Wade*, 95 E.R. 909 (K.B. 1769)] ...ancora una volta i danni punitivi dovevano servire di esempio per la collettività».

agli inizi del XIX sec., allorquando venne apertamente riconosciuta la natura punitivo - deterrente del risarcimento in parola a fronte di una condotta *malice, oppression* o *gross fraud* quale elemento imprescindibile per la sua ammissibilità<sup>409</sup>.

Ad ogni buon conto, da oltre mezzo secolo e, in particolare, a partire dalla storica decisione del caso *Rookes vs. Barnard*<sup>410</sup> i danni punitivi sono stati profondamente rivisti.

In particolare, la *House of Lords* ha ritenuto opportuno circoscrivere l'applicazione dell'istituto in esame in relazione a tre categorie. La prima categoria concerne i danni derivanti da azioni oppressive ed incostituzionali idonee a determinare la violazione dei diritti fondamentali del cittadino da parte della Pubblica Amministrazione; la seconda riguarda l'ipotesi in cui la condotta del convenuto sia stata posta in essere al fine di realizzare un profitto maggiore di quanto si sarebbe dovuto conferire all'attore a titolo compensativo ed infine la terza categoria contempla i casi in cui gli *exemplary damages* siano previsti espressamente dalla legge<sup>411</sup>.

La presenza di una delle tre condizioni appena descritte costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente per legittimare l'applicazione degli stessi. In subordine, infatti, dovrà essere accertato che il ricorso ai *punitive damages* si palesi come l'unico mezzo idoneo a sanzionare

---

<sup>409</sup> In argomento BENATTI *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 4 ss. e J.B. SALES - K.B. COLE JR. *Punitive damages: a relic that has outlived its origins*, 37 *Vand L. Rev.* 1117, 1984.

<sup>410</sup> *Rookes v. Barnard*, AC 1129, (HL) 1227, 1964 sul quale v. <http://swarb.co.uk/rookes-v-barnard-no-1-hl-21-jan-1964-2/> . Concernente un caso di *tort of intimidation* posto in essere da un sindacato nei confronti di tre dei suoi aderenti, costretti a licenziarsi. Più in dettaglio, il sindacato – citato in giudizio dal datore di lavoro – venne condannato in primo grado al pagamento di £ 7,500 a titolo di *exemplary damages*. Tuttavia, in appello la sentenza fu riformata. Si giunse, così, al Supremo collegio inglese che pur riconoscendo la responsabilità del sindacato, ordinò un nuovo processo al fine di rideterminare i danni risarcibili.

<sup>411</sup> In argomento anche PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 29.

efficacemente il colpevole<sup>412</sup> e quindi capace di sortire un effetto deterrente nei confronti dell'intera collettività<sup>413</sup>.

A ciò si aggiunga che in assenza di dolo la Corte non sarà tenuta ad applicare in ogni caso detti *punitive damages*, bensì, anche in presenza del ricorso delle condizioni prima descritte, potrà decidere discrezionalmente di non dare la stura agli stessi.

In ogni caso, tale impostazione non ha avuto seguito anche negli altri sistemi di *common law*<sup>414</sup> per l'odiosa frapposizione di tali delimitazioni sul punto.

La legittimità dei *punitive damages* è stata poi revocata in dubbio nel caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*<sup>415</sup>.

Giova rammentare l'opinione di *Lord Scott* della *House of Lords* il quale rimarcò la più corretta applicazione dei *restitutionary damages*, sottolineando la funzione compensativa quale obiettivo da perseguire per la vittima di un illecito. Tale opinione, pur se affermata con vigore, rimase, tuttavia, isolata. Infatti, la maggioranza dei membri della Suprema corte si pronunciarono in favore della legittimità di tale strumento risarcitorio in quanto in grado di affermare efficacemente la forza e il vigore della legge stessa, a differenza di quanto avviene a mezzo di strutture dogmatiche dal carattere meramente compensativo<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> Al riguardo ebbe a precisare *Lord Devlin* che l'operatività di siffatti *exemplary damages* sarebbe stata comunque condizionata al fatto che «*the (...) compensation awarded (...) is inadequate to punish the defendant for his outrageous conduct*».

<sup>413</sup> Sul punto v. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediale - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 30.

<sup>414</sup> La Neo Zelanda e l'Australia si allontanano al riguardo dal sistema inglese a partire dal 1964.

<sup>415</sup> Nel caso di specie *Chief Constable* veniva accusato di una *misfeasance in public office*, cioè per esercizio arbitrario di una incombenza pubblica. *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2 WLE 1789, 2001 sulla quale v. in <http://swarb.co.uk/kuddus-v-chief-constable-of-leicestershire-constabulary-hl-7-jun-2001-3/>. In senso critico al riguardo v. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 12.

<sup>416</sup> In particolare P. PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediale - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 32 riporta le più significative *opinion* interne alla Corte e afferma che: «*Lord Slynn*, pur mettendo in rilievo l'impossibilità di riaprire la questione del caso di specie, sottolineò come la legittimità di tali strumenti fosse "well founded". *Lord Mackay*, invece, affermò che gli *exemplary damages* non avrebbero

Di recente, un'ulteriore pronuncia nel caso *Attorney General v. Blake*<sup>417</sup> ha confermato l'applicabilità dei *exemplary damages* nel caso di *breach of contract* al fine di sanzionare e prevenire una violazione degli obblighi contrattuali laddove si riscontri una inadeguatezza delle altre forme di tutela civilistiche<sup>418</sup>.

Al postutto emerge una impostazione dilagante volta a contrastare orientamenti restrittivi e cautelativi in nome di una espansione applicativa dei danni punitivi<sup>419</sup>.

Ebbene, proprio questa “apertura applicativa”, però ha contribuito ad inasprire il problema legato alla quantificazione dei *punitive*.

Infatti, ciò ha dato luogo ad un accrescimento di un potere discrezionale delle giurie le quali sulla base dei poteri, sia investigativi che prettamente giudiziari<sup>420</sup> a loro spettanti, hanno proceduto sovente ad aumentare considerevolmente il *quantum* dovuto a titolo di risarcimento.

Ebbene, a causa del pericolo sotteso a tale quantificazione illimitata si è cercato di porre un argine impositivo nei confronti di tale potere delle giurie.

La maggiore delimitazione della portata applicativa dei *punitive damages* è avvenuta con il *Court and Legal Services Act* del 1990, con il quale è stato attribuito alle Corti d'appello il potere di riformare la

---

dovuto essere rimossi dal panorama del *common law*. Il terzo componente del collegio giudicante della *House of Lords* (*Lord Hutton*), ispirandosi alle soluzioni adottate nella “sua” giurisdizione dell'Irlanda del Nord, rilevò come gli *exemplary damages*, da un lato, consentissero di limitare l'uso arbitrario e oltraggioso del potere esecutivo e, dall'altro, confermassero il vigore della legge. Infine *Lord Nicholls* nel formulare le sue conclusioni, mise in risalto come tali *damages awards* fossero legittimi e continuassero a svolgere “*a role, preceived to be useful and valuable, in other common law jurisdictions*”».

<sup>417</sup> *Attorney General v. Blake*, 4, All E.R. 385, 2000 in <http://swarb.co.uk/hm-attorney-general-v-blake-jonathan-cape-ltd-third-party-intervening-hl-3-aug-2000/>.

<sup>418</sup> In argomento v. D'ACRÌ *Danni punitivi: dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: risarcimenti concessi*, cit., 93 e BENATTI *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 12.

<sup>419</sup> P. PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 34 e EDELMAN, *Gain – based damages. Contract, tort, equity and intellectual Property*, Oxford, 2002, 5 ss.

<sup>420</sup> Cfr. EDELMAN *Exemplary Damages for Breach of Contract*, in *Law Quarterly Rev.*, 2001, 13 ss.

statuizione sul *quantum* dei danni irrogati dalle giurie, se ritenuto sproporzionato.

La definizione del concetto di “sproporzione” è stata in seguito fornita nel caso *Thompson v. Commissioner of Police of Metropolis*<sup>421</sup>. In particolare, in questa sede la Corte ha posto un argine impositivo nei confronti delle giurie: il collegio in tal senso statuì che l'importo di tale *damages* non poteva travalicare di tre volte i *basic damages*.

Ciò ha determinato una deflazione dell'incidenza quantitativa di detti *punitive damages* e quindi una propensione ad ancorare gli stessi ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

## 2.2 Stati Uniti

Il cammino evolutivo dei danni punitivi negli Stati Uniti è stato scandito da prospettive interpretative divergenti rispetto al sistema inglese. Il sistema giuridico nord – americano, infatti, è stato, un «fertile terreno di applicazione»<sup>422</sup> di detti rimedi in grado di assicurarne uno sviluppo e una diffusione inimmaginabile nell'ordinamento britannico<sup>423</sup>.

L'origine dell'istituto risale alla fine del XVIII secolo alle vertenze *Genay v. Norris*<sup>424</sup> e *Coryell v. Collbough*<sup>425</sup>.

---

<sup>421</sup> *Thompson v. Commissioner of Police of Metropolis*, Q.B. 498, 1998, sul quale v. <http://swarb.co.uk/thompson-v-commissioner-of-police-of-metropolis-hsu-v-same-ca-20-feb-1997/>.

<sup>422</sup> L'espressione è di PONZANELLI *I punitive damages, il caso texano e il diritto italiano*, cit., 452.

<sup>423</sup> In questo senso v. PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 36.

<sup>424</sup> v. *Genay v. Norris* 1 S.C. 3 1 Bay, 1784. In particolare veniva in rilievo il caso di una intossicazione alimentare ove la concessione di danni punitivi fu collegata alla gravità del torto subito.

<sup>425</sup> *Coryell v. Collbough* 1 N. J L 77, 1791. In questo caso i danni punitivi vennero applicati in funzione deterrente in un caso di *breach of contract to marry* affinché detta decisione servisse d'esempio «*to prevent such offenses in the future*».

La grande diffusione nelle Corti si ebbe, invece, soprattutto a partire dal XIX secolo ove a detti danni è stato riconosciuto uno spazio applicativo sempre maggiore. Tuttavia, molti degli arresti più rilevanti in materia si sono registrati soltanto nel secondo dopoguerra, con un picco nell'importo delle somme irrogate a titolo di *punitive damages* tra gli anni settanta e ottanta.

Emerge uno spiccato dinamismo del sistema statunitense che ha contribuito a sostenere il gran successo dei *punitive damages* a “stelle e strisce” a differenza dell'irto cammino vissuto da detti danni nel sistema inglese<sup>426</sup>.

La fortuna dei danni punitivi nell'ordinamento angloamericano è stata edificata, principalmente, su altri due fattori quali l'elemento soggettivo e la giuria.

L'applicazione di tale rimedio, infatti, si pone tradizionalmente come necessaria a fronte di un contegno volutamente lesivo (*malice*)<sup>427</sup>, particolarmente grave, riprovevole e non meramente colposo.

L'elemento soggettivo, in tale prospettiva, costituisce un momento di raccordo tra l'origine storica degli illeciti civili – fortemente legata all'illecito penale – e la versione attuale degli stessi<sup>428</sup>. In tal senso in un primo momento furono, dunque, esclusi i *punitive damages* nel caso di

---

<sup>426</sup> L'espressione è di PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 38.

<sup>427</sup> L'espressione "*malice*" tende ad enfatizzare l'intenzione illecita, il dispregio per i diritti altrui e la contezza di arrecare pregiudizio. La funzione punitiva, ma soprattutto deterrente viene, infatti, collegata ad una scelta razionale, in quanto la gravità della sanzione spinge all'adozione delle dovute cautele. Avuto riguardo di ciò è evidente che il rilievo maggiore della deterrenza si espleta con riguardo agli illeciti dolosi e non, invece, a quelli colposi (*ex multis* BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 276). In altri termini, l'utilità di tale tipo di condanne si apprezza specialmente nei casi in cui la condotta del responsabile dimostra disprezzo, indifferenza per i diritti altrui ovvero è frutto di una fredda valutazione aritmetica posta in essere in vista della realizzazione del profitto.

<sup>428</sup> Cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 442.

mere *reckless disregard of the circumstances*<sup>429</sup>. Successivamente, tuttavia, si ravvisò un ulteriore ampliamento dell'ambito applicativo di tali rimedi anche a fronte di condotte violative di doveri di diligenza previsti *ex lege* (c.d. *gross negligence*)<sup>430</sup>, cioè nei casi di colpa grave.

In definitiva, il dogma dell'imprescindibilità della *malice* nell'applicazione dei danni punitivi è quasi del tutto venuto meno nella sostanza, seppur non nella forma. Viepiù, oggi l'irrogazione di tale tipologia di danni è prevista anche nel caso di danno da prodotto difettoso<sup>431</sup> ovvero per certe ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>432</sup> e,

---

<sup>429</sup> Tra le pronunce più recenti in senso restrittivo v. *Voltz v. Coleman Co Inc. CT. Ariz.*, 1987. In argomento v. PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 39.

<sup>430</sup> ROMANO *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale* in *Quadrimestre*, 1989, 410 ss. Sul punto si veda anche quanto evidenziato da PONZANELLI *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 447 nell'ultimo capoverso della nota 35 ove l'A afferma che: «le ipotesi di *gross negligence* che hanno con più frequenza portato alla concessione dei *punitive damages* si sono avute soprattutto nel settore automobilistico: classico il caso di colui che, senza luci, guida all'interno del perimetro urbano *at dusk* (molto velocemente) e investe un bambino».

<sup>431</sup> PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 453, individua le ipotesi più ricorrenti di danni punitivi in caso di controversie sulla responsabilità da prodotti difettosi. La massima espansione dei *punitive damages* in tale settore, tuttavia, si è registrata con riguardo alle aziende produttrici di prodotti per fumatori. Il riferimento è al c.d. "danno da fumo". Sul punto PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 450 osserva che, tuttavia, non sempre il sistema è stato così "generoso" nei confronti degli attori per danno da fumo. A lungo la società nordamericana è stata ferma sul pregiudizio che il soggetto che decide di fumare accetta consapevolmente il rischio di contrarre più facilmente le malattie collegate al fumo di tabacco, posto che anche il fumatore più sprovveduto è a conoscenza di ciò. Il cambio di rotta si è avuto a partire dagli anni ottanta, in relazione al manifestarsi di diversi fattori: a) la scoperta di numerosi studi in possesso delle imprese produttrici di tabacco, sin dagli anni Sessanta, sull'assuefazione alla nicotina, con il conseguente venir meno del paradigma del "consumatore di tabacco responsabile del proprio destino"; b) l'assunzione dell'iniziativa da parte di gruppi organizzati, mediante azioni di classe sempre più elaborate. La materia del danno da fumo, peraltro, è sembrata quasi insensibile alle evoluzioni successivamente vissute dai danni punitivi negli Stati Uniti. Infatti, nonostante – come si avrà modo di vedere nel prosieguo della trattazione – sia stato stabilito un limite tendenziale a detti danni, nel 2007 la Corte Suprema conferma la condanna al pagamento di danni punitivi pari a 97 volte i danni compensativi nei confronti di una nota azienda produttrice di sigarette (il riferimento è alla sentenza *Philip Morris v. Williams*; quest'ultima è stata commentata anche in Italia da PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, cit., 179 ss.). In tempi più recenti BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 35 e ss., individua cinque categorie di casi in cui i danni punitivi sono stati concessi per danno da prodotti difettosi, ovvero i casi di condotta fraudolenta, violazioni delle disposizioni in materia di sicurezza, inadeguatezza dei controlli, assenza di avviso sul rischio del prodotto e incapacità di rimediare ai difetti del prodotto.

<sup>432</sup> Giova notare che in un primo periodo (inizio anni sessanta) furono sollevati grandi interrogativi in ordine alla compatibilità dei danni punitivi – che come detto richiedono tradizionalmente un atteggiamento soggettivo assimilabile alla mala fede – con un sistema di imputazione oggettiva della responsabilità. Tuttavia, con lo scorrere del tempo il campo di applicazione dei danni punitivi è estremamente cresciuto in tale ambito, specialmente con riguardo alla disciplina della responsabilità del produttore nel caso di *mass*

finanche, in ambito contrattuale<sup>433</sup>. Inoltre, è emerso nel sistema statunitense un collegamento tra la *deterrence* e il più ampio spettro del *punishment*. Occorre considerare, infatti, che gli Stati Uniti non conoscono un sistema di preclusione o di incompatibilità tra una declaratoria di illecito penale e una, successiva o contestuale, di illecito civile. Entrambe le branche dell'ordinamento possono procedere di pari passo nell'accertamento dell'antigiuridicità di un determinato fatto<sup>434</sup>.

In altri termini, l'accertamento di un illecito che abbia una duplice valenza e punibilità sia penale che civile può interessare il lavoro di entrambe le branche del diritto<sup>435</sup>. Si rinviene un ponte di congiunzione tra l'anima civilistica dell'istituto in esame e la connotazione penalistica dei *punitive damages*<sup>436</sup>. Ebbene, anche ciò ha contribuito alla crescita smisurata di detti danni.

---

*disaster* ovvero nell'ipotesi in cui l'uso del prodotto rivelatosi poi difettoso ha riguardato non un singolo consumatore, ma una categoria indeterminata di persone, in grado di intraprendere un numero indeterminato di azioni giudiziali, spesso intentate a seguito del felice esito della causa pilota. Non è un caso che a tal riguardo PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disaster*, in Busnelli Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 389 ha osservato che «almeno fino ad oggi l'unione tra *punitive damages* e *strict liability in tort* sembra essere una delle più felici nel diritto nordamericano e assai lontana da una prematura fine». Cfr. ID, *La responsabilità civile*, Bologna 1992, 113 e 186.

<sup>433</sup> L'applicazione dei danni punitivi in ambito contrattuale è storicamente particolarmente ridotta e limitata per lo più all'inadempimento in caso di *special relationship* (tale nozione tende a coincidere con la presenza di rapporti di tipo fiduciario). In realtà, la più risalente ipotesi di danni punitivi da inadempimento contrattuale s'identifica con la fattispecie del *breach of contract to marry*. In quest'ipotesi, la giustificazione della condanna al pagamento di danni punitivi si rinviene nelle particolari caratteristiche dell'interesse protetto, di natura strettamente personale, che riconduce l'inadempimento della promessa matrimoniale al tort da *emotional distress*. Sul punto v. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 219, ove l'Autore osserva che in questi casi le conseguenze del *breach* erano tali da incidere profondamente sulla vita della donna, provocando umiliazione e, spesso, anche la rovina sociale.

<sup>434</sup> PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 442.

<sup>435</sup> «In altre parole, l'ordinamento penale (con le sue sanzioni) e l'ordinamento civile (che può presentare la sanzione dei *punitive damages*) possono procedere di pari passo nell'accertamento dell'antigiuridicità di un determinato fatto: se il convenuto, nel giudizio civile, sia stato già dichiarato responsabile di un illecito rilevante in sede penale, ciò non costituisce una valida eccezione, nel giudizio civile, per impedire la concessione dei *punitive damages*». In questi termini si esprime PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 38.

<sup>436</sup> PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 442.

Su altro versante, non può obliterarsi il ruolo svolto dalla giuria il cui potere di decidere in materia è garantito dal VII emendamento della Costituzione americana<sup>437</sup>.

Nel processo americano, infatti, la giuria assolve una fondamentale funzione di garanzia del convenuto al cospetto dell'arbitrio del giudice, affidandolo ad un giudizio di suoi pari<sup>438</sup>.

La Corte, infatti, dopo aver verificato l'esistenza dei presupposti per la concessione dei danni punitivi rimette alla valutazione discrezionale della giuria «la parola decisiva sulla loro concessione e il relativo ammontare»<sup>439</sup>.

Tale potere è stato contestato da più parti, in particolare, le critiche si sono appuntate sulla non adeguata preparazione dei soggetti chiamati a comporre le stesse.

Per questa ragione la giuria è stata «additata come una delle cause principali tanto dell'eccessiva estensione delle regole della responsabilità civile quanto dei generosi verdetti, frutto frequente di un'evidente inclinazione all'*overdeterrence* nei confronti del danneggiante»<sup>440</sup>.

Ebbene, i fattori appena descritti hanno determinato una notevole dilatazione dell'ambito applicativo di detti danni<sup>441</sup>.

Il rischio è quello di incentivare un eccessivo ricorso in giudizio al quale si correla un rallentamento ovvero il potenziale blocco delle attività

---

<sup>437</sup> ID., *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, cit., 421 riassume incisivamente il ruolo della giuria definendolo come «croce e delizia» del sistema statunitense di responsabilità civile.

<sup>438</sup> In questo senso si esprime MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 8 – 9, 827 ss.

<sup>439</sup> In questi termini PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 447.

<sup>440</sup> In questi termini PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 40. A tal riguardo BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 59 ss. osserva come tra le principali critiche mosse nei confronti delle giurie spicchi quella di essere «facilmente influenzabili e più ostili nei confronti di convenuti potenti e ricchi». Del resto, «i giurati ... hanno notevole difficoltà a tradurre in termini economici il giudizio sulla condotta e spesso più che da elementi giuridici sono influenzati da quelli emotivi o dall'intento di privilegiare la parte debole».

<sup>441</sup> *Ex multis* BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 59 ss.

produttive. Sovente, infatti, l'importo delle condanne comminatorie di danni punitivi ha ragguagliato somme in grado di determinare il fallimento dei convenuti. Si discorre a tal riguardo di rischio di *overkill*<sup>442</sup>.

Nello specifico, si registra la tendenza all'applicazione di danni punitivi di importi particolarmente elevati per lo più nei casi di c.d. *deep pocket parties* ovvero in relazione a soggetti che esercitano attività produttive potenzialmente nocive nei confronti della collettività. Ebbene, tali soggetti dispongono di mezzi idonei a stimare anticipatamente il numero di individui che plausibilmente potranno essere danneggiati dalle loro attività, i costi dei risarcimenti e delle attività preventive. Ciò posto, se il costo delle misure preventive atte a scongiurare il verificarsi di danni dovesse essere superiore o uguale rispetto a quello che l'azienda sarebbe chiamata a sostenere per fronteggiare i relativi risarcimenti, verosimilmente si preferirà non adottare alcuna misura cautelare.

Pertanto, proprio al fine di scongiurare tale evenienza le Corti hanno proceduto in questi settori a liquidare danni punitivi particolarmente ingenti.

Tali misure, tuttavia, hanno sovente determinato guadagni sproporzionati per il danneggiato che, di tal guisa, agevolmente lucra facendo perno sulla presenza di *punitive damages*, quale strumento ideato, in realtà, come correttivo delle ingiustizie nella distribuzione dei costi sociali delle attività produttive. Si discorre a tal riguardo di effetto *windfall*.

Ovviamente questa problematica non si pone quando il danno punitivo viene irrogato a fronte di un'azione di classe.

---

<sup>442</sup> *Ibidem.*, 42.

«Non ci sarebbe *windfall* se i danni punitivi potessero essere concessi solo in presenza di una categoria che tendenzialmente ricomprenda al suo interno la posizione di tutti coloro i quali abbiano subito lo stesso tipo di danno. Tale regola escluderebbe e/o ridurrebbe l'insorgere di una patologia quale quella prima descritta»<sup>443</sup>. In altri termini, la parcellizzazione del risarcimento all'interno di tutti i membri della classe scongiura qualsiasi tipologia di lucro da parte di questi ultimi e, al contempo, garantisce l'effetto deterrente.

È evidente quindi la necessità - in un sistema connotato da forte dinamismo come quello del *common law* - di uno strumento legislativo o, comunque, di una solenne statuizione anche giurisprudenziale idonea ad irrigidire l'eccessiva dilatazione applicativa dell'istituto in esame, nonché di un conseguente contenimento sotto il profilo quantitativo di detti danni, in nome dei criteri di ragionevolezza ed eguaglianza.

Tali rilievi problematici, infatti, hanno nel tempo condotto gli interpreti a sollevare seri dubbi di compatibilità costituzionale dei *punitive damages*.

Ciò ha condotto la Suprema Corte nel 1996 – pur dopo diverse decisioni di rigetto<sup>444</sup> - nel noto caso *BMW of North America v. Gore* a dichiarare l'illegittimità costituzionale dei danni punitivi *grossly excessive* per contrasto con il XIV emendamento<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, cit., 180.

<sup>444</sup>Ebbene, in prima battuta la Suprema corte, muovendo dalla considerazione che la concessione di un risarcimento ampiamente superiore alla quantificazione del danno subito non costituisce violazione del XIV emendamento adottò una linea decisamente negativa. Sul punto v. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, cit., 174; PONZANELLI, *Punitive damages e due process clause: L'intervento della Corte Suprema USA*, in *Foro it.*, 1991, IV, 235; *ID*, *Non c'è due senza tre: la Corte Suprema USA salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994, IV, 92.

<sup>445</sup> La sentenza è stata commentata in Italia da PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, cit., 421. Così statuisce la *section 1* del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti «*No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*». A tal riguardo, si

Similmente a quanto avvenuto circa trenta anni prima nel Regno Unito<sup>446</sup>, la Suprema Corte USA individua i criteri in base ai quali applicare i danni punitivi, sancendo i casi di compatibilità con il XIV emendamento.

Più precisamente, la Suprema Corte individua tre criteri cui dovranno attenersi le Corti statali al fine di valutare se la concessione dei danni punitivi sia stata *grossly excessive*<sup>447</sup>.

In primo luogo, è necessario che il risarcimento sia commisurato al grado di responsabilità della condotta dell'imputato; ragion per cui, quanto maggiore risulti la riprovevolezza della condotta del danneggiante, tanto più alta sarà la somma concedibile a titolo di danni punitivi. Inoltre, è necessario che i danni punitivi presentino una ragionevole relazione con i *compensatory damages*. Infine, è richiesto che dal raffronto con sanzioni previste dalla legge per condotte comparabili ovvero per casi simili, non risulti sproporzionata la concreta determinazione del danno punitivo<sup>448</sup>.

---

discorre di clausola del *due process of law*. In altri termini, si ritenne che l'eccessivo ammontare dei *punitive damages* violasse detta clausola nella parte in cui proibisce l'imposizione di sanzioni arbitrarie.

<sup>446</sup> Il riferimento è alla pronuncia prima menzionata *Rookes v. Bernard* del 1964 precedentemente analizzata.

<sup>447</sup> Cfr. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, cit., 421 ss. L'Autore in questa sede, peraltro, riferisce della sofferenza con la quale la Suprema Corte USA è giunta a questa decisione, rispetto alla quale non sono mancate *dissenting opinion*. In particolare, si riporta l'opinione del giudice *Antonin Scalia*, così come tradotta nel citato articolo di Ponzanelli a pagina 424: «Io non considero certo il quattordicesimo emendamento come il segreto nascondiglio di garanzie sostanziali contro l'arbitrarietà, tanto quella di un risarcimento danni eccessivo quanto quella di una somma irragionevole concessa a titolo di danni punitivi. Ciò che la garanzia processuale del quattordicesimo emendamento assicura è l'opportunità di contestare la ragionevolezza di una condanna per danni da parte di una corte statale; ma non esiste in alcun modo una garanzia federale a che la condanna per danni sia ragionevole».

<sup>448</sup> «Il terzo criterio è stato usato poco dalle corti e in modo confuso. La maggioranza delle decisioni ha di fatto negato la sua importanza, considerandolo addirittura un mero consiglio. Anche quando è stato tenuto presente, veniva interpretato solo come esigenza che il convenuto abbia avuto *fair notice* della sanzionabilità della sua condotta con i danni punitivi oppure si è notata una certa difficoltà delle corti nell'individuare le sanzioni comparabili» così BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 86.

E' evidente, quindi, che le soluzioni individuate dalla Suprema Corte USA sono diverse da quelle prospettate nell'ordinamento britannico<sup>449</sup>.

Sette anni dopo la Suprema Corte USA (sentenza *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Campbell*<sup>450</sup>) ha chiarito con un nuovo pronunciamento alcuni punti rimasti irrisolti nell'ambito del caso *Gore*. In particolare, fu ulteriormente precisato che la gravità della condotta del convenuto va considerata in relazione all'eventuale dolo di quest'ultimo, al tipo di danno e alla possibile presenza di uno "stato di debolezza" dell'attore. Con riguardo alla relazione tra *punitive* e *compensatory damages* fu precisato che i primi non avrebbero mai potuto superare legittimamente più di dieci volte l'ammontare stabilito per i secondi, salvo i casi particolarmente gravi.

A fronte del quadro evolutivo così descritto, giova rilevare che si ravvisano alcune normative volte ad edificare dei tetti massimi per limitare queste tipologie di condanne<sup>451</sup>.

Al riguardo si menziona a titolo meramente esemplificativo una modifica normativa dello Stato della Florida che ha debitamente limitato al triplo dei "*compensatory damages*" il *quantum* comminabile a titolo di danni punitivi<sup>452</sup>. Del pari, lo Stato della Georgia<sup>453</sup> ha posto il divieto di concedere una condanna multipla per il medesimo oggetto per i casi di "*product liability*"<sup>454</sup>. Inoltre, alcuni stati hanno fissato un valore limite

---

<sup>449</sup> Si ricorda che la pronuncia *Rookes v. Bernard* – precedentemente analizzata - individuava tre casi in cui era possibile applicare i danni punitivi: quando vi è un atto oppressivo, arbitrario o incostituzionale da parte dell'amministrazione dello stato; quando il danneggiato ottiene dalla sua azione un profitto calcolato ed in fine il caso in cui i danni punitivi siano stabiliti dalla legge.

<sup>450</sup> La sentenza è commentata in Italia da PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, cit., 356.

<sup>451</sup> *Virginia, Code Ann. Section 8.01-38.1*, 1992.

<sup>452</sup> *Stat. Sections 768.73*.

<sup>453</sup> *Code Ann. Sections 51-12-5.1*.

<sup>454</sup> Per "*product liability*" si rimanda essenzialmente al concetto di responsabilità del produttore/venditore per i danni causati al consumatore finale che germinano da difetti del prodotto venduto a quest'ultimo.

della condanna, individuato nella minore somma tra il reddito annuo lordo del danneggiante e i 5 milioni di dollari<sup>455</sup>.

Ad ogni buon conto, giova notare, che gli argini così scolpiti non hanno depotenziato la funzione deterrente di detti danni<sup>456</sup>.

Piuttosto, il vistoso processo di costituzionalizzazione appena passato in rassegna può essere salutato con favore, soprattutto nella misura in cui rende in qualche modo tale figura meno ostile rispetto alla tradizione giuridica nostrana, ad ogni buon conto, si avrà modo di tornare sul punto nel prosieguo della trattazione.

### 3. Il *disgorgement* e la sua funzione *quasi – punitive*

L'intima essenza del *disgorgement* nella tradizione di *common law* risiede nel consentire il recupero di quanto illecitamente incamerato da chi commette un fatto illecito al fine di scongiurare l'ottenimento di qualsivoglia profitto derivante dal compimento di una condotta *contra legem*<sup>457</sup>. «Più nello specifico, in virtù di tale rimedio si accorda alla vittima uno strumento in grado di “colpire” l'autore dell'illecito in quello

---

<sup>455</sup> *Kansas, Stat. Ann. Sections* 60-3701 1994.

<sup>456</sup> In argomento, PONZANELLI, *La costituzionalizzazione dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, cit., 356.

<sup>457</sup> In argomento BARKHOLZ *Insider trading, the contemporaneous trader, and the corporate acquirer: entitlement to profits disgorged by the Sec.*, 40 *Emory L.J.* 537, 1991, 540 ss.; ROBERTS *Restitutionary disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages in Loyola of Los Angeles Law Review*, 9-1-2008, 131 consultabile all'indirizzo <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2649&context=llr> e THEL - SIEGELMAN *You do have to keep your promises: a disgorgement theory of contract remedies*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 1181, 2011. Nella letteratura Italiana v. PARDOLESI, *Vorrei, ma... Sviluppi in tema di disgorgement*, in *Seminari di diritto private comparato*, a cura di Pardolesi, cit., 15; ID, *Voce Disgorgement*, *Enciclopedia Giuridica Italiana – Treccani* (sezione Aggiornamenti), vol. XIV, Roma, 2006, 1, ID, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; ID, *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 53, nonchè, ID, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, cit., 717.

che potrebbe rivelarsi il suo tallone d’Achille, poiché l’espone al rischio di dover riversare il guadagno derivante dalla sua attività»<sup>458</sup>.

Tale istituto si pone, quindi, come “*legal response*” alle ipotesi di arricchimento derivante da fatto illecito. Evidente è quindi la matrice sanzionatoria di tale rimedio desumibile, in primo luogo, dal fatto che lo stesso si propone come obiettivo principale quello di colpire la violazione di un obbligo e, in secondo luogo, dal fatto che il *quantum* dovuto a tale titolo viene quantificato in modo da coprire e, talvolta, anche eccedere l’ammontare del beneficio ingiustamente locupletato dall’autore della violazione<sup>459</sup>. In altri termini, tale strumento si caratterizza per commisurare la punizione al beneficio derivante dalla commissione del fatto illecito.

Per questa ragione tale istituto viene ricondotto nell’ambito della macrocategoria dei *punitive damages*; precisamente la *Law Commission* (1993) discorre con riguardo al *disgorgement* al paragrafo 7.18 di “*quasi punitive*”<sup>460</sup>.

Più nello specifico la corretta collocazione dogmatica di tale istituto deve essere effettuata anche avendo riguardo alla *Law of restitution*<sup>461</sup>. La *ratio* di ciò è evidente se si ha riguardo del fatto che il profitto diviene, per l’appunto, oggetto di un vero e proprio obbligo restitutorio.

Precisamente la lettura moderna della teoria dell’*unjust enrichment* è articolata su tre presupposti il cui ricorrere congiunto legittima la pretesa

---

<sup>458</sup> In questi termini si esprime P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 53.

<sup>459</sup> Cfr. P. PARDOLESI, *ibidem*, 55.

<sup>460</sup> Consultabile all’indirizzo <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jxsou24uy7q/uploads/2016/08/No.132-Aggravated-Exemplary-and-Restitutionary-Damages-A-Consultation-Paper.pdf>.

<sup>461</sup> Per una ricostruzione della *Law of restitution* nell’ambito della letteratura italiana v. GALLO *I rimedi restitutori in diritto comparato*, cit., 13 ss.

restitutoria. In particolare, si ritiene che il convenuto debba aver ricevuto un beneficio; che quest'ultimo sia stato percepito a spese dell'attore e che le circostanze siano tali da denotare l'ingiustizia del trattenimento di detto beneficio da parte del primo.

A tal proposito, la dottrina maggioritaria, proprio facendo perno sulla notevole ampiezza del concetto di *unjust enrichment* ha suddiviso il concetto di *restitution* in due sottocategorie corrispondenti parallelamente a due possibili significati dell'espressione "*at the plaintiff's expense*". Precisamente nella prima categoria (c.d. "*unjust enrichment by subtraction*") vengono in rilievo quei guadagni realizzati a spese dell'attore a seguito di un trasferimento di ricchezza ingiustificato. Nella seconda categoria (c.d. "*restitution for wrongs*"), invece, l'ingiustificato arricchimento deriva da un comportamento illecito del convenuto, posto in essere a scapito dell'attore. Ebbene, nell'ambito di questa seconda categoria è annoverato l'istituto del *disgorgement damages*.

Quest'ultimo risponde all'esigenza di fornire un valido strumento inibitorio idoneo a dissuadere chicchessia dal porre in essere condotte simili<sup>462</sup>.

Sul versante applicativo, tuttavia, si sono palesate non poche problematiche soprattutto in Inghilterra a causa degli impedimenti strutturali derivanti dalle difficoltà sottese al "compromesso" tra *equity* e *common law*. Quest'ultimo, com'è noto, ha forgiato un corpo legislativo e giudiziario bicefalo<sup>463</sup>. Si ricorderà, infatti, che in molti casi *common*

---

<sup>462</sup>In argomento EDELMAN *Gain - based damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, cit., 84.

<sup>463</sup>La contrapposizione tra Corti di *Common law* e Corti di Cancelleria ha da sempre caratterizzato lo sviluppo del diritto inglese. In particolare, l'*Equity* è il sistema di diritto elaborato dalla Corte di Cancelleria a partire dal XIV secolo, al contrario, la *common law* in senso stretto è quel ramo del diritto inglese elaborato dalla giurisprudenza delle corti di *Westminster* a partire dalla conquista normanna (1066). La prima è sorta nel tempo per sopperire alla crisi del sistema giustizia, così come amministrato dalle Corti di *Westminster*. Il carattere duale che ha da sempre contraddistinto, in tal guisa, l'ordinamento inglese è stato in parte

*law* ed *equity* a fronte di problematiche concernenti gli stessi *rights* sono giunte sovente a differenti soluzioni sostanziali, con il risultato di alimentare un'incoerenza sistematica gravida di difficoltà<sup>464</sup>. Ciò è quanto accaduto anche con riguardo al *disgorgement*, infatti, mentre le Corti di *Common law* hanno sempre tendenzialmente negato l'applicazione di quest'ultimo, al contrario, le Corti di Cancelleria ne hanno riconosciuto l'operatività sovente<sup>465</sup>.

Il percorso di metabolizzazione di tale istituto, a caratterizzazione marcatamente punitiva, nell'ambito dell'esperienza giuridica nord – americana appare, invece, immediatamente differente, specialmente in considerazione del pronto riconoscimento legislativo avuto ad opera della *section 10(b)* del *Securities Exchange Act* del 1934 ove l'istituto rimediabile in questione viene in rilievo al fine di privare i convenuti dei guadagni realizzati illegittimamente attraverso l'acquisto e la vendita di titoli e valori mobiliari<sup>466</sup>.

Successivamente l'ambito applicativo del *disgorgement* è stato notevolmente ampliato anche a livello interpretativo, in quanto la stessa *Security Exchange Commission (SEC)* ha applicato lo stesso anche a fronte dell'utilizzo abusivo di informazioni privilegiate da parte dei c.d. *insider traders* che si siano avvalsi delle stesse allo scopo di realizzare un

---

attenuato dall'avvento dei *Judicature Acts*. Questi ultimi, tuttavia, benché rispondessero alla necessità di superare questa divisione procedurale, lungi dal realizzare un'effettiva fusione di *common law* ed *equity*, si limitarono a permettere a tutte le Corti superiori di decidere contemporaneamente in diritto e secondo *equity*. In argomento v. ZWEIGERT – KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, trad. it. A cura di di Majo e Gambaro, Milano, v. I, 1995, 239 ss. e DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. It. A cura di Sacco, 1980, Padova, 305 ove si afferma che «i *Judicature Acts*, in linea di principio, non dovevano modificare minimamente lo stato di cose anteriore, se non per il fatto che oramai *common law* ed *equity* sarebbero state amministrate insieme dagli stessi organi giudiziari».

<sup>464</sup> JAFFEY, *The nature and scope of restitution*, Oxford - Portland, 2000, 421 ss. Si pensi, ad esempio, alle regole applicabili in tema di *agreements*: mentre nel *common law* un accordo non può ritenersi tutelabile in mancanza di *consideration*, in *equity* lo stesso accordo potrebbe essere degno di tutela giudiziale, a prescindere da tale requisito.

<sup>465</sup> JAFFEY *The nature and scope of restitution*, cit., 423.

<sup>466</sup> *Securities Exchange Act 1934* in <https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/regulation/nyse/sea34.pdf>.

indebito profitto, proprio facendo perno sull'assenza di qualsiasi regola legislativa volta a limitare l'ambito applicativo di detto rimedio<sup>467</sup>.

Giova, inoltre, rammentare che tale impostazione estensiva ha ricevuto pronto avallo anche dal Supremo Collegio nord - americano nel caso *J.J. Case Co. v. Borak*<sup>468</sup>.

Su altro versante, l'interrogativo che ha agitato a lungo il dibattito giurisprudenziale e dottrinale si riferisce, invece, alla possibilità di applicare lo strumento del *disgorgement damages* per fronteggiare ipotesi di *breach of contract*<sup>469</sup>.

Le esitazioni ermeneutiche al riguardo traggono, in parte, la propria origine dal successo arriso alla teoria c.d. "dell'inadempimento efficiente"<sup>470</sup>.

Tale nota teorica trova il proprio presupposto nell'assunto in base al quale ogni bene dovrebbe approdare idealmente al soggetto che è in grado di attribuirgli il valore più elevato. La teoria in parola, quindi, non solo avalla, bensì incoraggia l'inadempimento contrattuale ogniqualvolta ciò consenta di conseguire alla *reluctant party* un vantaggio maggiore rispetto alla perdita subita dalla controparte contrattuale<sup>471</sup>.

In altri termini, una persona razionale recherà pregiudizio alla controparte solo nel caso in cui il beneficio che ne ricava sia «abbastanza

---

<sup>467</sup> In argomento si veda *SEC v. North American Research & Dev. Corporation*, March 25th 1970, in <https://www.courtlistener.com/opinion/289366/securities-and-exchange-commission-v-north-american-research-and/> e *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 258, 446, 1301, 1966, in <https://www.casebriefs.com/blog/law/corporations/corporations-keyed-to-klein/the-duties-of-officers-directors-and-other-insiders/securities-and-exchange-commission-v-texas-gulf-sulphur-co/>.

<sup>468</sup> *J.J. Case Co. v. Borak*, 377 U.S., 426, 1963, in <https://www.casebriefs.com/blog/law/corporations/corporations-keyed-to-klein/problems-of-control/j-i-case-co-v-borak/>.

<sup>469</sup> PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 70.

<sup>470</sup> Per una ricostruzione completa dell'*economic theory of efficient breach ex multis* si veda la classica ricostruzione di POSNER, *Economic analysis of law*, cit.

<sup>471</sup> A tal proposito FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, 1990, 871 afferma che «*If non performance of the agreement would result in a gain by the reluctant party at the expense of a loss by the other party, the result of nonperformance is economically efficient only if the value of the gain to the reluctant party is greater than the value of the loss to the other party*».

ampio da consentirle di pagare un adeguato risarcimento e tenere qualcosa per sè»<sup>472</sup>.

Ciò si giustificerebbe in virtù del declamato fine di perseguire l'efficienza economica del mercato ovvero di garantire una migliore riallocazione delle risorse<sup>473</sup>.

La grande capacità di fascinazione di tale teoria derivante dall'attitudine di quest'ultima di cogliere le naturali interazioni sussistenti tra diritto e economia, non è servita a sottrarre la stessa ad obiezioni nient'affatto marginali.

In primo luogo, si osserva che «non è punto scontato che il risarcimento dei danni valga ad assicurare la benigna neutralità del promissario deluso; è vero, anzi, il contrario, perché la prassi della rilevazione oggettiva del pregiudizio finisce col sottostimarlo già per il fatto di ignorare sistematicamente i valori idiosincratici»<sup>474</sup>.

Ma a ben guardare, l'adesione ad una teoria di tal fatta finirebbe con il compromettere la certezza e la stabilità degli scambi economici, senza contare il fatto che s'incorrerebbe nel paradosso di premiare un comportamento riprovevole, qual è l'inadempimento contrattuale scientemente preordinato ad ottenere un lucro.

---

<sup>472</sup> COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 136 ss.

<sup>473</sup> Sia concessa a questo punto una precisazione. Nonostante l'assonanza terminologica che sussiste tra la locuzione inadempimento efficiente e illecito efficiente è opportuno precisare che non si intende in alcun modo aderire alla teorica appena passata in rassegna, la quale come si vedrà a breve si espone a numerosi rilievi critici. Quello che si può osservare è che la presente indagine è in qualche misura stimolata da fenomeni affini a quelli che vengono presi in considerazione dalla teorica *de qua*, ovvero comportamenti *contra legem* idonei a procurare un profitto.

<sup>474</sup> In termini si esprime PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 73 il quale richiama EISENBERG, *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient beach, and the indifference Principle in contract law*, 93 *Cal. L. Rev.* 975 (2005).

Viepiù, l'adesione a tale teorica, demolendo il fondamentale principio del *pacta sunt servanda*, determinerebbe verosimilmente l'esplosione di un consistente contenzioso gravido di costi<sup>475</sup>.

Ebbene, è proprio in questa prospettiva che emerge l'opportunità di contrastare l'inadempimento contrattuale idoneo a fruttare un lucro con strumenti come il *disgorgement* che « in virtù della sua funzione punitiva sanzionatoria, supporta gli interessi del promittente fornendo un prezioso “*bonding mechanism*” in grado di assicurare la controparte circa la reale intenzione (del promittente) di adempiere all'impegno contrattuale assunto»<sup>476</sup>.

Perviene, quindi, a configurare il *disgorgement damages* come strumento idoneo a fronteggiare l'inadempimento contrattuale, non solo la dottrina<sup>477</sup>, ma anche l'*American Law Institute* (ALI) con l'elaborazione del *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment*<sup>478</sup>.

Quest'ultimo, in particolare alla *section 39*<sup>479</sup> espressamente prevede la concessione del *disgorgement damages* per fronteggiare le

---

<sup>475</sup> In argomento v. *ex multis* EISENBERG, *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient beach, and the indifference Principle in contract law*, cit. e PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediale - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 73.

<sup>476</sup> PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediale - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 74.

<sup>477</sup> Particolare rilievo hanno assunto in argomento le riflessioni di KULL *Restitution's Outlaws*, in *Chicago - Kent Law Review*, 2003, vol. 78, 17 consultabile al sito <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.it/&httpsredir=1&article=3386&context=cklawreview> e EISENBERG, *The disgorgement interest in Contract Law*, in *Berkeley Law Scholarship Repository*, 2006, vol. 1, 559 ss. consultabile al sito <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facpubs>.

<sup>478</sup> Consultabile al <https://home.heinonline.org/titles/American-Law-Institute-Library/Restatement-Third-Restitution-and-Unjust-Enrichment/?letter=R>.

<sup>479</sup> Così la lettera della *section 39* (*Profit Derived from Opportunistic Breach*): « (1) *If a breach of contract is both material and opportunistic, the injured promisee has claim in restitution to the profit realized by the defaulting promisor as a result of the breach. Liability in restitution with disgorgement of profit is an alternative to liability for contract damages measured by injury to the promisee. (2) A breach is “opportunistic if: a) the breach is deliberate; b) the breach is profitable by the test of subsection; and c) the promisee’s right to recover damages for the breach affords inadequate protection to the promisee’s contractual entitlement. In determining the adequacy of damages for this purpose, (i) damages are ordinarily an adequate remedy if they can be used to acquire a full equivalent to the promised performance in a substitute transaction and (ii) damages are ordinarily an inadequate remedy if they cannot be used to acquire a full equivalent to the promised performance in a substitute transaction. (3) A breach is “profitable” when it results in gains to the defaulting promisor (net of potential liability in damages)*

ipotesi in cui si verifici “un profitto derivante da inadempimento opportunistico” c.d. *opportunistic breach*.

Più nello specifico tale rimedio viene riconosciuto al ricorrere di un inadempimento consapevole e volontario che abbia dato luogo ad un profitto degno di accrescere il patrimonio dell'inadempiente apportando introiti maggiori rispetto a quelli che sarebbero stati percepiti in conseguenza dell'adempimento degli obblighi contrattuali<sup>480</sup>.

Il *disgorgement* ha, quindi, conquistato nell'ambito degli ordinamenti di *common law* un ambito applicativo sempre maggiore sino a sedurre le frontiere dell'inadempimento efficiente, ciò si spiega in ragione della rilevante capacità propria di tale rimedio di fronteggiare ipotesi di arricchimenti derivanti da fatto illecito.

Non sorprende, quindi, che siano stati rinvenuti molteplici indici rivelatori idonei a ricondurre nell'ambito di tale strumento anche taluni rimedi “nostrani”. Il riferimento è all'art. 12 l. stampa, all'art. 125 c.p.a. e all'abrogato art. 18 l. 349 del 1986, per ulteriori approfondimenti si rinvia a quanto detto nell'ambito del terzo capitolo.

---

*greater than the promisor would have realized from performance of the contract. Profits from breach include saved expenditure and consequential gains that the defaulting promisor would not have realized but for the breach. The amount of such profits must be proved with realized but for the breach. (4) Disgorgement by the rule of this Section will be denied: a) if the parties agreement authorizes the promisor to choose between performance of the contract and remedial alternative such as payment of liquidated damages; or (b) to the extent that disgorgement would result in an inappropriate windfall to the promisee, or would otherwise be inequitable in a particular case».*

<sup>480</sup> In argomento P. PARDOLESI *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, cit., 80 e ROBERTS *Restitutionary disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages in Loyola of Los Angeles Law Review*, cit. 131.

#### 4. Il percorso dei danni punitivi: dai dinieghi opposti dalla Cassazione alla compatibilità con l'ordine pubblico

Sull'annosa questione concernete la compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico – come precedentemente accennato – è di recente intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite con decisione del 5 luglio 2017 n. 16601<sup>481</sup>.

Grande è stato lo stupore nel leggere la pronuncia in questione, la quale si chiede se detti *punitive damages* possano effettivamente ritenersi contrari all'ordine pubblico alla luce della dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali.

---

<sup>481</sup> Volendo ripercorrere brevemente l'*iter* giudiziale che ha condotto a tale pronuncia si ricorda che la Corte d'appello di Venezia, con sentenza 3 gennaio 2014, ha accolto la richiesta concernente la dichiarazione di esecutività nell'ordinamento italiano di tre pronunce, provenienti dagli Stati Uniti d'America, aventi ad oggetto la domanda di reintegrazione patrimoniale relativa ad un danno alla persona derivante da vizio di prodotto.

La società convenuta ha proposto ricorso per cassazione denunciando la contrarietà all'ordine pubblico della decisione presa dalla Corte lagunare in sede di giudizio di delibazione. In particolare, si è osservato che la Corte veneziana ha ommesso di verificare i criteri legali applicati dal giudice straniero nella liquidazione del danno al fine di appurare la causa dell'attribuzione patrimoniale e quindi di controllare la proporzionalità e ragionevolezza del risarcimento liquidato in sede estera. Per questa ragione, è stata denunciata la violazione dell'art. 64 lett. g) l. 31 maggio 1995 nella parte in cui non consente di riconoscere nell'ordinamento italiano risarcimenti aventi funzione punitiva ovvero caratterizzati da un *quantum abnorme*, stante la natura esclusivamente compensatoria del rimedio aquiliano e la conseguente contrarietà di questi ultimi all'ordine pubblico.

Con ordinanza 16 maggio 2016 n. 9978, la Prima Sezione ha rimesso al Primo Presidente la questione concernente l'*exequatur* delle sentenze straniere di condanna al pagamento di danni punitivi, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. Sul punto si veda PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630; D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2644; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2648 e DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1792; VIAZZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 328; CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, cit. e PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, cit.

La Suprema Corte, infatti, in quest'occasione, nonostante sia stata chiamata a pronunciarsi su un caso analogo a quello precedentemente deciso dalla Cassazione<sup>482</sup>, giunge ad una soluzione totalmente opposta optando per la compatibilità di tali decisioni con l'ordine pubblico.

Detta pronuncia è quindi degna di nota in quanto, oltre ad essersi interrogata sulle finalità attribuibili alla responsabilità civile, ha anche offerto una innovativa nozione di ordine pubblico, in accordo con la necessità di garantire la circolazione delle regole giuridiche imposta dalla globalizzazione normativa vissuta dall'ordinamento, soprattutto alla luce dell'evoluzione dello stesso in senso sovranazionale.

In verità, nelle due occasioni in cui il Supremo Consesso<sup>483</sup> aveva affrontato la problematica relativa alla compatibilità con l'ordine pubblico internazionale di decisioni americane di condanna ai danni punitivi, non aveva avuto molte incertezze nel giudicare non delibabili tali decisioni.

La Corte aveva sostenuto la contrarietà all'ordine pubblico di dette sentenze facendo perno sul postulato dell'unicità della funzione attribuibile alla responsabilità civile.

Sul punto basti ricordare la nota massima di Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1183 secondo cui «l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta

---

<sup>482</sup> Il riferimento è alle Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1183. Anche in questo caso le Sez. Un. sono state chiamate a pronunciarsi su di un caso di responsabilità del produttore italiano di un casco poi rivelatosi difettoso. In particolare, a fronte di una causa intentata dagli eredi del motociclista deceduto contro il rivenditore nordamericano, quest'ultimo effettuava successiva richiesta di manleva nei confronti del produttore italiano, rimasto contumace nel giudizio americano. A tal riguardo, Cfr. OLIVARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, cit., 983 ss.; PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, cit., 1125 ss.; FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, cit., 497 ss.; PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, cit., 1460 e ss.

<sup>483</sup> In questo solco si situa, oltre la appena citata Sez. Un. 19 gennaio 2007 n. 1183, anche la sentenza della Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781 in relazione alla quale v. PARDOLESI *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, cit. e PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, cit. Per un'analisi congiunta di tali pronunce si veda anche DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, 1651 ss.

del danneggiante: pertanto è contraria all'ordine pubblico interno e dunque non riconoscibile la pronuncia statunitense di condanna al pagamento di danni punitivi, poiché tale istituto si collega alla condotta dell'autore dell'illecito e non al tipo di lesione del danneggiato e si caratterizza per una ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito».

In questa prospettiva, scarso rilievo viene attribuito alla gravità della violazione e all'aspetto soggettivo della condotta lesiva, parametri, invece, tipici della funzione punitiva: pertanto quale che sia il grado di riprovevolezza della condotta, il danno risarcibile sarà sempre e solo rapportabile alla perdita subita.

D'altro canto, di recente<sup>484</sup> la Cassazione è tornata a ribadire che «posta la finalità esclusivamente compensativa riconosciuta alla responsabilità civile, non può essere accolta, per contrarietà all'ordine pubblico, l'istanza di *exequatur* di una sentenza nordamericana di condanna al pagamento di una somma risarcitoria che, sebbene non dichiaratamente punitiva, supera in modo rilevante la richiesta dell'attore senza che sia dato rinvenire la causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale». Con la pronuncia appena citata la Suprema Corte adita per negare l'*exequatur* di una sentenza pronunciata dalla Corte Suprema del *Massachusset* che aveva, invece, trovato il parere favorevole della Corte di Appello di Torino ha giudicato la soluzione del giudice di merito errata facendo perno su una motivazione fondata principalmente sulla

---

<sup>484</sup> Il riferimento è a Cass., Sez., I, 8 febbraio, 2012, n. 1781 sulla quale v. PARDOLESI *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* cit., 1068 e PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio.*, cit., 609. Con tale decisione la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza emessa dal giudice d'appello di riconoscimento della decisione emessa da un'altra corte statunitense, la quale aveva condannato la società produttrice di un macchinario a pagare la somma di \$ 5.000.000,00, oltre interessi, relativamente ai danni subiti da un lavoratore.

considerazione che, a prescindere dalla mancanza di qualunque riferimento alla figura dei danni punitivi, la concessione di una somma così elevata tradisce in ogni caso un'inclinazione punitiva estranea all'ordinamento giuridico italiano, senza tralasciare, inoltre, che l'assenza di qualsiasi riferimento relativo ai criteri adottati per la determinazione del risarcimento concesso nella decisione nordamericana impediva di verificare se la sentenza desse, o meno ingresso a voci di danno non ammesse nell'ambito del sistema italiano.

Del resto, il *trend* giurisprudenziale di cui si discorre recepisce un consolidato orientamento dottrinale<sup>485</sup> (precedentemente ampiamente analizzato e sconfessato<sup>486</sup>) che attribuisce alla responsabilità civile esclusivamente funzione compensativa.

Giova osservare, tuttavia, che un conto è discorrere dell'introduzione dei danni punitivi *tout – court* nel sistema italiano, ovvero, riconoscerne la validità di un'applicazione diretta, altro, è riconoscere l'efficacia di una singola sentenza straniera<sup>487</sup>. Infatti, in questo secondo caso l'efficacia della decisione è "relegata" nell'ambito di un rapporto privatistico limitato alle parti che pertanto non si riflette sull'ordinamento nel suo insieme.

La clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico, inoltre, è sopravvissuta all'evoluzione del giudizio di delibazione ed è applicata,

---

<sup>485</sup> Come noto l'opinione tradizionale attribuisce alla responsabilità civile esclusivamente funzione compensativa, a tal riguardo si vedano BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 890 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 171 ss.; FRANZONI, *La funzione della responsabilità civile e del risarcimento*, cit., 666 ss.; ID., *L'illecito*, cit., 2004, 10, secondo il quale il risarcimento del danno ha una funzione compensativa o solidaristica, a differenza della funzione punitiva propria, invece, della sanzione penale. In questo senso anche SCOGNAMIGLIO, in *Enc. Giur. Treccani, Danno*, I) *Teoria generale* (voce), cit., 8 «è affermazione comunemente accolta che il risarcimento del danno non può considerarsi sanzione dell'illecito: l'obbligo del responsabile di risarcire il pregiudizio effettivamente subito dal leso, nei termini della sua rilevanza giuridica prescinde dalla riprovevolezza del suo contegno, in armonia con l'operata distinzione tra illecito e danno».

<sup>486</sup> Si rinvia a quanto detto al capitolo 1, par. 2.

<sup>487</sup> In questo senso OLIVARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, cit., 983.

tutt'oggi, nell'ambito del procedimento riguardante il riconoscimento di sentenze straniere nel sistema italiano di diritto internazionale. Al giudice del riconoscimento è richiesto di accertare se gli effetti della pronuncia straniera superino il vaglio di liceità alla luce dei principi di ordine pubblico ex art. 64 lett. g), l. 218/ 1995, secondo il quale, com'è noto, «la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando [...] le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico».

È necessario, quindi, definire il significato e la portata della locuzione “ordine pubblico”. Pertanto, è indispensabile comprendere in che termini tale concetto possa oggi svolgere una funzione di barriera protettiva posta a garanzia dell'integrità dei principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico.

«Già al suo primo apparire in un testo giuridico (il codice napoleonico) nella storia, l'ordine pubblico si presenta come “una figura enigmatica priva di definizione”. La difficoltà di definire tale nozione trova senza dubbio ragioni ulteriori nella sua natura trasversale alle discipline giuridiche, che ne fa una nozione a “geometria variabile”, capace di attraversare il diritto privato, costituzionale, amministrativo, penale, internazionale, comunitario ecc., mostrando una grande duttilità che però, come altro lato della medaglia, rende continuamente differenziabile il suo contenuto»<sup>488</sup>.

Proprio la duttilità di tale contenuto ha spinto la migliore dottrina<sup>489</sup> ad assimilare lo stesso ad una “valvola di sicurezza” dell'ordinamento, la

---

<sup>488</sup> In termini. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, 1, la quale ivi richiama anche GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, Utet, 1995, 156, che nota fra l'altro come lo stesso c.c. italiano «menzioni l'ordine pubblico senza mai definirlo».

<sup>489</sup> Sul punto si veda FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 32 ss.; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, Esi, 1993, 382; LOTTI, *L'ordine pubblico*

quale si caratterizzerebbe per il grande dinamismo e la capacità di evolversi seguendo il divenire della vita politica e sociale <sup>490</sup>.

L'ordine pubblico è quindi una nozione in divenire<sup>491</sup>.

Ebbene, l'evoluzione del concetto di ordine pubblico ha dato luogo ad un «progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia trasnazionale opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, indirettamente, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo»<sup>492</sup>.

In altri termini, il principio dell'ordine pubblico così come recepito nel diritto vivente non ha riguardo tanto alle norme imperative e

---

*internazionale*, Milano, 2005, 12 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 215 – 216.

<sup>490</sup> Per una pregevole riflessione concernente la differenza sussistente tra il concetto di ordine pubblico e quello di buon costume si veda RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. Dir. civ.*, 1966, I, 1 ss., spec. 26.

<sup>491</sup> Originariamente l'ordine pubblico s'identificava con il complesso di principi che, tradotti in norme inderogabili, concorrono a caratterizzare la struttura della società in un determinato momento storico. (Cass. sez. I, 5 dicembre del 1969, n. 3881, in *Foro it.* 1970, I, 1977 ss. e Cass. sez. I, 24 aprile del 1962 n. 818, in *Foro it.*, 1962, I, 1712 hanno espressamente escluso che il principio in questione andasse inteso in senso internazionale). A partire degli anni ottanta, invece, la giurisprudenza distingueva il concetto di ordine pubblico a seconda che *l'exequatur* fosse richiesto da cittadini italiani ovvero stranieri. In particolare, alla stregua di tali coordinate ermeneutiche il giudice doveva aver riguardo all'ordine pubblico interno se la sentenza da riconoscere riguardava cittadini italiani e all'ordine pubblico internazionale se riguardava cittadini stranieri. (Cass. sez. I, 14 gennaio del 1982 n. 228 in *Dir. famiglia* 1982,452). Tuttavia, nella giurisprudenza assolutamente prevalente più recente l'ordine pubblico è inteso «come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria». In questi termini si esprime l'ordinanza interlocutoria Cass.Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978, inoltre, tale principio è ribadito anche da Cass. civ. sez. lav. del 21 gennaio 2013 n. 1302 consultabile in *Banca Dati De Jure*; Cass. civ. sez. III. del 22 agosto 2013 n. 19405 consultabile in *Banca Dati De Jure*; Cass. civ. sez. I, del 28 dicembre 2006 n. 27592 consultabile in *Banca Dati De Jure*; Cass. Sez. un. 17 luglio 2014, nn. 16379, in *Foro It.*, 2015, 2, I, 588, con nota CASABURI. In questa sede la Suprema Corte ha affermato che l'ordine pubblico coincide con le regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società. In questo senso Cfr. Cass. civ., 26 novembre 2004, n. 22332, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Process.*, 2005, 771.

<sup>492</sup> In questi termini si è espressa l'ordinanza interlocutoria Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978 alla quale poi le Sezioni Unite hanno sostanzialmente aderito.

inderogabili del diritto interno<sup>493</sup>, ma è tale da coincidere con i principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento in un dato momento storico, inteso in senso transnazionale.

Ciò in quanto la clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico deve essere interpretata alla luce del fenomeno della "globalizzazione" che richiede una circolazione libera - non solo delle persone, delle merci e dei servizi - ma anche delle regole giuridiche<sup>494</sup>.

A tal riguardo, le Sezioni Unite affermano convincentemente che «il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza»<sup>495</sup>. A conforto di tale affermazione la Suprema Corte rievoca il dettato dell'art.67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale afferma che «l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli stati membri».

In altri termini, l'ordine pubblico non si identifica con quello esclusivamente interno, poiché, altrimenti, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di istituti giuridici aventi contenuto simile a quelli italiani, cancellando la diversità tra ordinamenti e rendendo inutili le regole di diritto internazionale privato. Conseguentemente, il giudice della delibazione dovrà negare il contrasto

---

<sup>493</sup> Nel senso che le norme espressive dell'ordine pubblico sono quelle fondamentali e non coincidono con quelle, di genere più ampio, imperative e inderogabili v. Cass. civ. sez. lav. del 23 febbraio 2006 n. 4040 consultabile in *Banca Dati De Jure*.

<sup>494</sup> In tal senso si esprime l'ordinanza di remissione della questione alle Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978) e anche DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., 1857. Sempre in quest'ordine di idee l'ordinanza appena citata fa riferimento all'esclusione del riconoscimento nei soli casi di contrarietà manifesta all'ordine pubblico, così come previsto dall'art. 34 del Reg. CE 22 dicembre 2001, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; dall'art. 26 del Reg. CE 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; dall'art. 22 e 23 del Reg. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; dall'art. 24 del Reg. CE 18 dicembre 2008, n. 4 / 2009, in materia di obbligazioni alimentari.

<sup>495</sup> Così si esprimono le Sezioni Unite a p.21.

in presenza di un istituto giuridico straniero che rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale, quale risulti dall'esercizio della discrezionalità del legislatore in un determinato momento storico<sup>496</sup>.

Il concetto di ordine pubblico, specialmente alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>497</sup>, deve essere interpretato restrittivamente. Contrarietà all'ordine pubblico non equivale a mera diversità di disciplina, bensì a contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, ovvero, con quel complesso di regole fondanti l'ordinamento e caratterizzanti la struttura sociale della comunità in un dato momento storico<sup>498</sup>. Afferma efficacemente il Supremo Consesso che «la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale [...]. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della “*lex fori*” in materie, come per esempio quella del lavoro che sono

---

<sup>496</sup> A tal riguardo l'ordinanza di remissione alla Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978) precisa che «si tratta di un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari». In questo senso si esprimeva già Corte Cost. del 18 luglio 1983 n. 214 consultabile in *Banca Dati De Jure*.

<sup>497</sup> Nella giurisprudenza comunitaria il ricorso alla nozione di ordine pubblico postula una minaccia grave, attuale e reale nei confronti di un interesse fondamentale della società. (In questo senso si è espressa la Corte giust. UE, 4 ottobre 2012, C – 249/11 consultabile in *Banca Dati De Jure*). In questi termini la Corte di giustizia dell'Unione Europea si è espressa anche nella nota vicenda *Krombach*, conclusasi con la pronuncia del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach* commentata da NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e “ordine pubblico europeo”*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 659 ss. Cfr. anche Corte di giustizia, 6 settembre 2012, C – 619/10, *Trade Agency Ltd*, punti 48 e 51, in *Giustizia civile. com*, con nota di ARMELLI, *Le tutele del convenuto contumace volontario. Disciplina processuale comunitaria e diritto italiano a confronto*. Per ampi riferimenti sul tema v. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 172.

<sup>498</sup> In questo senso si è da ultimo espressa anche la stessa Corte di cassazione nella sentenza precedentemente citata n. 7613/2015.

presidiate da un insieme di norme che attuano il fondamento della Repubblica. Nel contempo non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani».

Tale affermazione appare pienamente condivisibile, conseguentemente delle due l'una: o si devono ritenere incostituzionali - in quanto contrastanti con i principi fondamentali - tutte le norme (precedentemente analizzate) che in modo diretto o indiretto perseguono funzioni sanzionatorie<sup>499</sup> o, evidentemente, l'orientamento che ostinatamente continua a ritenere contrarie all'ordine pubblico le sentenze comminatorie di *punitive damages* finisce col travisare le coordinate tracciate al riguardo anche dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, dando luogo a decisioni censurabili anche sotto questo profilo.

Del resto, anche ove si volesse aderire a quella scuola di pensiero che attribuisce alla responsabilità civile esclusivamente funzione riparatoria non può comunque sostenersi che quest'ultima assurga a principio fondamentale idoneo ad integrare il concetto di ordine pubblico alla luce delle coordinate ermeneutiche sin qui tracciate<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> In altri termini, ritengo si possa osservare che se il concetto di ordine pubblico è posto a garanzia di principi fondamentali dell'ordinamento, evidentemente negare l'*exequatur* ai *punitive damages* significa affermare che questi sono contrari ai principi fondamentali. La logica imporrebbe, a questo punto, di ritenere anche le norme interne che perseguono le medesime finalità sanzionatorie dei *punitive damages* contrarie ai principi fondamentali, quindi incostituzionali. Tuttavia, in relazione a dette norme mi pare non sia mai stata sollevata o accolta alcuna questione di legittimità costituzionale, almeno sotto questo profilo.

<sup>500</sup> Afferma, a tal riguardo, l'ordinanza di remissione della questione alle Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978) che: «non può essere indicativo dell'esistenza di un principio di ordine pubblico il solo fatto che il legislatore ordinario abbia esercitato la propria discrezionalità, in una determinata direzione, con riferimento a materie e istituti giuridici la cui regolamentazione non sia data direttamente dalla Costituzione, ma sia rimessa allo stesso legislatore (in presenza di una riserva di legge o, entro certi limiti, di norme costituzionali programmatiche). Come efficacemente rilevato in dottrina, se il legislatore è libero di atteggiarsi come meglio ritiene, allora potranno avere libero ingresso prodotti giudiziali stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione. Non è conforme a questa impostazione, ad esempio, l'orientamento che, in passato negava ingresso alle sentenze straniere di divorzio, solo perché la legislazione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio (v. Cass. n. 3444/1968), sebbene detta indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale».

Molti altri ordinamenti europei hanno riconosciuto i *punitive damages* non, di per sé, contrari all'ordine pubblico<sup>501</sup>. In questo senso si sono espressi il Tribunale Supremo spagnolo<sup>502</sup>, la Corte Suprema slovena<sup>503</sup>, la Corte Costituzionale federale tedesca<sup>504</sup> e, in ben due occasioni, la *Cour de cassation*<sup>505</sup>.

Ebbene, l'introduzione di simili misure in ordinamenti improntati ad una netta distinzione tra diritto penale e diritto civile può esser letta come il riflesso positivo derivante dalla globalizzazione degli ordinamenti. In un'era in cui i modelli non solo giuridici, ma anche economici e sociali circolano ad una velocità sorprendente risulta difficile comprendere come mai una tecnica risarcitoria quale quella rappresentata dai *punitive damages* dovrebbe essere rigettata da ordinamenti di tradizione non anglosassone.

---

<sup>501</sup> Per una breve ed efficace rassegna di queste pronunce si veda D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia dei danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, cit., 1981 ss. In argomento v. anche FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.* 1/2018, 276 ss. e SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, rinvenibile in [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/schirripa\\_danni.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/schirripa_danni.pdf).

<sup>502</sup> *Sala de lo Civil*, con decisione del 13 novembre 2001, causa 20139/ 1999, [www.poderjudicial.es/search](http://www.poderjudicial.es/search). La sentenza in questione è commentata da CORDERO ALVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjerias y danos punitivos*, in *Ahlandi*, 2013, 241 ss. In questa sede il Tribunale Supremo spagnolo ha escluso l'incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico facendo perno sul fatto che i danni punitivi rispondono alla regola della residualità della tutela penale, principio proprio anche del sistema spagnolo. Inoltre, il supremo collegio ha osservato anche che nel caso di specie era stato rispettato il principio di proporzionalità.

<sup>503</sup> Sul punto si veda Corte suprema Slovenia, ord. 29 maggio 2013, in *Foro it.*, Rep, 2014, voce *Diritto comparato*, n. 402 e SLADIC, in *Danno e resp.*, 2014, 20 ss.

<sup>504</sup> Corte costituzionale federale tedesca, 24 gennaio 2007, in *JZ (Juristen- Zeitung)*, 2007, n. 1046. In argomento v. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *Studium iuris*, 2017, 317 ss. e FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, cit., 276 ss. spec. 280.

<sup>505</sup> Sempre facendo perno sul rispetto del principio di proporzionalità la *Cour de cassation* ha ammesso l'*exequatur* in due occasioni. Sul punto si v. *Cour de cassation*, 1 ch. civ., 1 dicembre 2010, n. 0913303, *Recueil Dalloz* n. 6/2011, 10 febbraio 2011, 423 ss. con nota di LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe – l'oeil de la Cour de cassation?* 7 novembre, 2012, n. 11 – 23871, *Bulletin des arrêts Chambres civiles*. Con riguardo alla giurisprudenza di merito v. *Cour d'appel de Poitiers* 4 marzo 2011 (n. 09/02077), rinvenibile all'indirizzo <https://www.doctrine.fr/d/CA/Poitiers/2011/B6A693B3213782E66A502>.

E' evidente, quindi, che negare il riconoscimento di una sentenza straniera solo perché il concetto di sanzione si pone al di là della funzione (presuntamente) unicamente compensativa del rimedio aquiliano entra in rotta di collisione con l'apertura manifestata in senso contrario dal legislatore e, più in generale con il progressivo riconoscimento di tali strumenti nello spazio giuridico europeo.

Su altro crinale, giova rammentare in questa sede che la valenza polifunzionale della responsabilità civile emerge "prepotentemente" dal quadro legislativo che si è venuto componendo, analizzato approfonditamente nel capitolo precedente al quale si rimanda.

Continuare ostinatamente ad affermare la valenza esclusivamente compensativa del rimedio aquiliano è un "non senso", in quanto significa sostanzialmente ignorare l'evoluzione che l'ordinamento ha vissuto.

La responsabilità civile – si ribadisce – ha valenza multipolare espressione di un'articolata osmosi tra tradizione compensativa e nuova vocazione afflittiva civilistica.

Ebbene, questa appare essere una argomentazione baricentrale nell'articolato tessuto motivazionale forgiato dalla Suprema Corte.

La posizione delle Sezioni Unite in commento, quindi, sembra pienamente condivisibile nella parte in cui afferma che «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto è emersa una natura polifunzionale, che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio – punitiva. Indispensabile riscontro di questa descrizione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall'altro dimostra, con la sua vivacità quanto sia inappagante

un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riconducibili alla “categoria”»<sup>506</sup>.

Tutto ciò conduce ad affermare con vigore la compatibilità dei danni punitivi con l’ordine pubblico.

Le Sezioni Unite, a questo punto, si preoccupano di descrivere con precisione le caratteristiche e i presupposti che deve necessariamente avere la decisione straniera per poter essere recepita nel nostro ordinamento.

In questa prospettiva la stessa precisa che la responsabilità civile può assumere funzione punitiva solo ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge<sup>507</sup>, altrimenti opinando sarebbero violati i superiori principi sanciti dall’art. 25 e 23 Cost., nonché dall’art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali e dall’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione.

In altri termini, un solido ancoraggio normativo rappresenta un presidio imprescindibile per garantire i superiori principi di tipicità e prevedibilità della pena (anche) privata, altrimenti si finirebbe per

---

<sup>506</sup> Così si esprimono le Sezioni Unite a p. 17.

<sup>507</sup> In senso conforme si è espressa Cass. Civ., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, 1077 con nota CASSANI, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*, cit., 1077; SPIOTTA, *L’atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull’utilizzabilità del criterio del deficit*, cit., 1413 e DI MAJO, *Azione di responsabilità – la responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, cit., 1640. La posizione della Suprema Corte in *parte qua* è stata salutata con favore da PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018, 300 ss. e FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, cit., 283 ss. Quest’ultimo alla luce dell’intervento delle Sezioni Unite ribadisce che al di fuori delle specifiche ipotesi previste dalla legge «nulla è cambiato nella stima e nella liquidazione del danno risarcibile». Cfr. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1999, 83 ss.; PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impr.*, 2015, 1204 e CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente due process of law)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1054 ss. Nelle pagine che seguono, tuttavia, si avrà modo di dissentire a tal riguardo.

ratificare un inaccettabile sistema di giustizia privata sostitutivo di quello pubblico<sup>508</sup>.

Conseguentemente «così come si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera»<sup>509</sup>, altrimenti, a detta del Supremo Consesso, sarebbero violati i principi fondamentali di tipicità e prevedibilità della pena.

Pertanto, il giudice così come nelle controversie di diritto interno dovrebbe verificare l'esistenza di una specifica base legale al fine di imprimere al risarcimento una curvatura punitiva, similmente dovrebbe appurare l'esistenza di uno specifico fondamento legale nel paese straniero atto a sorreggere la condanna punitiva di cui si chiede l'*exequatur*<sup>510</sup>.

---

<sup>508</sup> Sul punto si veda *ex multis* MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ. spec.* p. 235.

<sup>509</sup> In senso critico è stato affermato che non sembra rinvenirsi un arigine sufficiente nella circostanza che la condanna oggetto di *exequatur* rinvenga in altro ordinamento un generico ancoraggio normativo. Si osserva che, in tal guisa, si finirebbe per equiparare la legge interna a quella estera, attribuendo una delega "in bianco" ad un indeterminato legislatore straniero nell'individuazione delle ipotesi in cui possano essere legittimamente comminate condanne dalla valenza sanzionatoria. «Ai fini del riconoscimento delle sentenze di condanna, la normativa richiede che la condotta criminosa, accertata dall'autorità giudiziaria straniera, sia considerata tale anche sul territorio nazionale, non essendo invece richiesta la sussistenza di un identico trattamento sanzionatorio. La doppia incriminabilità risponde all'esigenza di garantire il rispetto del principio di sovranità e di tipicità in materia penale, insito nella riserva di legge dell'art. 25 co 2 Cost., che, in materia di reciproco riconoscimento delle sentenze definitive di condanna, risulta prevalente, nonostante la rilevanza assunta dagli obblighi di cooperazione internazionale». In questi termini si esprime SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.* 2018/1, 315. Cfr. FIORIO, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, IV, *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, a cura di Kalb, Torino 2015, 1194 ss. in part. 1220.

<sup>510</sup> In senso critico è stato osservato che: «In tal modo, ad essere rimesso al giudice italiano è un inedito sindacato sulla tipicità e prevedibilità – e quindi, in sostanza, sulla legittimità - della condanna secondo i parametri normativi del diritto straniero. E' regola tuttavia che il giudice della delibazione è tenuto a valutare solo gli "effetti" della decisione nel nostro ordinamento, quanto alla loro compatibilità con i principi regolatori della materia, e non la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana, non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto. Una simile valutazione, inoltre, presuppone un accertamento difficilmente praticabile in un giudizio, come quello delibatorio, di tipo sostanzialmente cartolare». In senso critico si esprime LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 327.

Il giudice della delibazione, inoltre, sarà chiamato a verificare il rispetto del principio di proporzionalità tra riprovevolezza della condotta<sup>511</sup> e risarcimento sanzionatorio ovvero tra quest'ultimo e risarcimento riparatorio compensativo. In questo modo si garantisce che l'autore del comportamento riprovevole sia in grado di conoscere *ex ante* quali sono i limiti quantitativi della sanzione che gli sarà irrogata.

Sembra che la Suprema Corte consideri soddisfatto il requisito della prevedibilità a mezzo del positivo accertamento del rispetto del principio di proporzionalità intercorrente tra somma liquidabile a titolo compensativo e quella liquidabile a titolo punitivo, invece che con l'indicazione di una cornice edittale entro cui deve essere contenuta la sanzione (*id est* il danno punitivo)<sup>512</sup>. Ciò pare confermato dal richiamo effettuato dalle Sezioni Unite alle pronunce delle Corte suprema americana *BMW*<sup>513</sup> e *Exxon*<sup>514</sup>.

«A quest'ultimo riguardo, le sezioni unite omettono però di specificare: *i*) se il danno punitivo deve avere un importo minore (*i. e.* deve costituire un mero incremento percentuale) rispetto a quanto liquidato a titolo di risarcimento compensativo, così come preponderante

---

<sup>511</sup> In tal senso si veda l'art. 1621 del codice civile del *Quebec* secondo cui «*lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages – intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers*». Richiama l'attenzione sul punto D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2641.

<sup>512</sup> In termini v. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2641. L'A. osserva, inoltre che «Così facendo, la Cassazione sembra ravvisare la prevedibilità non solo in riferimento alle figure di danni punitivi normativamente disciplinati dai legislatori statali americani, per i quali il rapporto è indicato dalla legge, ma anche in riferimento ai *punitive damages* la cui disciplina sia classicamente rimessa alla *common law*. Anche in quest'ultimo caso, infatti, l'organo giudicante non sarà libero di determinare arbitrariamente l'ammontare dei danni punitivi, essendo viceversa tenuto al rispetto del rapporto tra le due tipologie di danno indicato *ex ante* dalla Corte suprema americana».

<sup>513</sup> v. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, cit., 421.

<sup>514</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti 25 giugno 2008, con nota di SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto?* La sentenza "*Exxon Shipping Co v. Baker*". cit., 166 ss.

e prevalente, nel nostro sistema della responsabilità civile, oramai dichiarato polivalente, è la funzione compensativa rispetto a quella sanzionatoria, ovvero; *ii*) se il requisito della proporzionalità, in questa sua seconda accezione, può considerarsi soddisfatto anche quando la somma liquidata a titolo sanzionatorio eguagli o addirittura superi quella liquidata a titolo compensativo, come è nel caso di condanna *in duplum* o *in triplum*. Questione, questa, non di poco conto, che coinvolge complesse considerazioni di politica del diritto, posto che è il danneggiato (e non lo Stato) a beneficiare della somma liquidata per finalità sanzionatorio – preventive. Costui, in caso di prevalenza della lettura *sub ii*), potrebbe arricchirsi con somme di denaro eccedenti il danno patito, le quali verrebbero sottratte al danneggiante per la riprovevolezza del suo comportamento e affidate al danneggiato in un’ottica di redistribuzione »<sup>515</sup>.

In altri termini, affermare la compatibilità costituzionale dei *punitive damages* non significa sconfessare lo statuto proprio della pena privata.

L’art. 1384 c.c., nel prevedere il potere del giudice di ridurre l’ammontare della penale in caso di manifesta eccessività, consegna all’interprete un principio di carattere generale e inderogabile «immanente a tutti i casi di sanzioni civili di tipo punitivo, volto a sancire un preciso ordine nel rapporto reciproco tra afflizione e riparazione»<sup>516</sup>.

---

<sup>515</sup> Così D’ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2641.

<sup>516</sup> Così BENAZZO, “*Le pene civili*” nel diritto privato d’impresa, Milano, 2005, 171. In questo senso anche MAZZARESE, *Clausola penale: art. 1382 – 1384*, in *Codice Civile. Commentario*, Milano, 1999; MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.* XXXII, cit., 785. Del resto un principio di proporzionalità fra sanzione e trasgressione vale anche per le pene pubbliche Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 516.

Ciò significa che, ferma l'ammissibilità in astratto dei *punitive damages*, eventualmente il controllo sul *quantum* potrà essere in concreto motivo legittimo per negare l'*exequatur*.

Appare, quindi, pienamente condivisibile l'opinione di chi ritiene che «pure i *punitive damages*, pertanto, potrebbero essere riconosciuti purché, tenuto conto della loro funzione sanzionatoria, siano ragionevoli rispetto al danno subito e alla gravità della condotta: la natura di pena non consente di violare i principi di equità, proporzionalità e ragionevolezza»<sup>517</sup>.

E in relazione a questa osservazione può affermarsi che non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario all'ordine pubblico l'istituto di origine nordamericana dei danni sanzionatori potendosi negare l'*exequatur* di una sentenza di condanna al pagamento dei *punitive damages* unicamente quando la liquidazione sia effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione effettuata in concreto, in considerazione anche delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello stato membro del giudice adito.

Il ruolo decisivo spettante alla giuria ha, talvolta, condotto a liquidazioni risarcitorie smisurate; tuttavia, tale effetto – come precedentemente osservato - è stato gradualmente limitato dagli interventi della Suprema Corte USA, la quale ha posto in primo piano la necessità di effettuare una valutazione equitativa dei *punitive damages* che ha spesso condotto ad una netta riduzione del *quantum debeatur* a titolo di risarcimento<sup>518</sup>.

Sembra, quindi, condivisibile l'opinione di chi afferma che «per questa via, tale strumento rimediale potrebbe divenire, per così dire, meno

---

<sup>517</sup> In termini BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, cit., 688.

<sup>518</sup> Per ulteriori riferimenti sul punto si rinvia a par. 2.

ostile, aiutando l'interprete italiano a misurarsi – senza alcun tipo di pregiudizio – con la delibabilità di decisioni americane di condanna a danni punitivi di cui si chiede l'esecuzione in Italia»<sup>519</sup>.

Giova notare che la decisione in commento si pone, inoltre, in sincronia con le argomentazioni utilizzate dalla Corte di Cassazione per riconoscere l'*exequatur* di una sentenza di condanna all'*astreinte* previste da altri ordinamenti, dirette ad attuare una pressione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica<sup>520</sup>. Anche in quell'occasione, infatti, la Suprema Corte aveva lanciato «un ulteriore segnale dell'evoluzione verso un sempre maggior riconoscimento della presenza di strumenti aventi funzione deterrente e sanzionatoria nel sistema civilistico»<sup>521</sup> finendo con l'attribuire al risarcimento del danno anche funzioni diverse da quella compensativa, ferma restando la centralità di quest'ultima.

A ben guardare, infatti, il problema dell'*exequatur* di pronunce contenenti comminatorie di danni punitivi resta tutto sommato marginale. E' facile osservare, infatti, che il numero di richieste di riconoscimento di pronunce provenienti dal *common law* con le caratteristiche prima descritte è abbastanza esiguo<sup>522</sup> e ancor più improbabile – anche se a rigore possibile - è che il giudice italiano sia chiamato a liquidare *punitive damages* in relazione ad una controversia pendente in Italia sulla base di una legge sostanziale inglese ovvero statunitense<sup>523</sup>.

---

<sup>519</sup> Così PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, cit., 354.

<sup>520</sup> Si veda Cass., 15 aprile 2015 n. 7613 in *BBTC*, II, 679 con nota BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*. Al riguardo si veda anche MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, cit., 566 ss.

<sup>521</sup> Così BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, cit., 687.

<sup>522</sup> Nell'ultimo decennio, infatti, si registrano solo le tre decisioni della Corte di Cassazione prima menzionate.

<sup>523</sup> In argomento v. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2631.

La risonanza destata dalla sentenza in commento, in realtà, si giustifica in relazione ad un profilo diverso in quanto attesta «l'avvenuta certificazione di un marcato allargamento degli orizzonti della responsabilità civile»<sup>524</sup>.

Si mostra, quindi, un volto nuovo dell'ordinamento. È evidente che la pronuncia in commento è destinata ad assurgere a pietra miliare nel percorso evolutivo che in questi anni sta vivendo l'illecito aquiliano e che tende sempre più ad attribuire al rimedio in parola anche una funzione sanzionatoria e deterrente. Pertanto, «è proprio in questo propiziare una rimeditazione più versatile dei risvolti applicativi della disciplina aquiliana va individuato il vero contributo offerto dalle sezioni unite»<sup>525</sup>

## **5. La lettura a compasso allargato del rimedio aquiliano**

Le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte con sentenza del 5 luglio 2017 n. 16601, tuttavia, sembrano un nuovo punto di partenza.

Giova a questo punto riprendere le fila del discorso e attraverso un ragionamento induttivo, che prende le mosse da una fattispecie particolare - l'illecito efficiente – giungere ad una conclusione di carattere generale.

Si sostiene, in altri termini, che la problematica che stimola la presente indagine possa trovare congrua risposta e tutela nelle pieghe della responsabilità civile, al di là dei rimedi specificamente previsti dal legislatore ovvero ove questi non operino.

È necessario quindi prendere le mosse dal punto fermo (?) tracciato dalla Suprema Corte di Cassazione.

---

<sup>524</sup> *Ibidem*, 2631.

<sup>525</sup> *Ibidem*, cit., 2639.

Secondo le Sezioni unite il principio di legalità è da rispettare ogni qual volta venga in rilievo una sanzione, di matrice non solo penalistica, ma anche civilistica quali sono i danni punitivi. In altri termini, si dipinge una valenza a tutto tondo del principio di legalità che arriva, di tal guisa, ad irradiare anche l'emisfero civilistico dell'ordinamento. Assunto, questo, come si vedrà niente affatto scontato.

Alla stregua di quanto detto dalla Suprema Corte la responsabilità civile potrà quindi assumere funzione punitiva solo ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge<sup>526</sup>, altrimenti opinando sarebbero violati i superiori principi sanciti dall'art. 25 e 23 Cost., nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

In primo luogo, sembra inopportuno il richiamo effettuato dalla Corte all'art. 23 Cost. il quale – come noto – afferma che «nessuna prestazione, personale o patrimoniale, può essere imposta se non in base alla legge».

Infatti, è stato condivisibilmente affermato che «il raffigurare il risarcimento con valenza punitiva, quale “prestazione”, risultante da autonoma “imposizione”, alla stregua di una qualsiasi misura fiscale o di altro genere, appare accostamento [...] abbastanza estraneo alla materia la

---

<sup>526</sup> In senso conforme si è espressa Cass. Civ., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, 1077 con nota CASSANI, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*, cit., 1077; SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, cit., 1413 e DI MAJO, *Azione di responsabilità – la responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, cit., 1640. Argomenta circa l'esistenza di un principio di stretta tipicità anche nel diritto privato MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 9 e BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 248. Quest'ultimo in questa sede, nonostante auspichi una maggiore apertura dell'ordinamento alla funzione sanzionatoria e deterrente della responsabilità civile, al contempo afferma che «il legislatore dovrebbe [...] procedere ad una rigorosa tipizzazione dell'illecito o degli illeciti a cui intende riferirsi, e eventualmente indicare parametri prefissati di quantificazione, al fine di assicurare obiettivi di legalità e di certezza compatibili con i principi generali del diritto civile». Nella dottrina francese HUGUENEY, *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX siècle*, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle*, II, Paris, 1950, 356.

quale non conosce “prestazioni” autonome ma “effetti o rimedi” conseguenti al fatto illecito dannoso»<sup>527</sup>.

Con riguardo al principio di legalità, giova rammentare che il costituente ha riaffermato lo stesso con riguardo alle sanzioni penali (art. 25 co. 2 Cost.) in attuazione di quanto già dispone il codice penale il quale all’art. 1 sancisce che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite»<sup>528</sup>.

Molti autori, tuttavia, hanno revocato in dubbio la valenza del principio di legalità con riguardo al diritto privato. Si reputa opportuno evitare una pedissequa traslazione di regole e principii che la legislazione e la storia hanno posto nei riguardi della pena pubblica per una pluralità di ragioni.

In primo luogo, si osserva che la pena criminale pretende il rispetto di una pluralità di garanzie costituzionali – tra le quali balza in primo piano il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* - in quanto diretta ad incidere su valori e diritti indisponibili, quali la libertà e la dignità della persona umana, dato non rinvenibile nel diritto dei privati in quanto in questo ambito le sanzioni hanno come esclusivo punto di riferimento il patrimonio.

Si ritiene, inoltre, inapplicabile la riserva assoluta di legge con riguardo alla pena privata proprio perché l’indipendenza di quest’ultima da una rigida tipizzazione è una necessità, in quanto rende la stessa uno strumento estremamente duttile idoneo ad essere adattato alle varie

---

<sup>527</sup>In termini DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1794. Critica l’impiego dell’art.23 Cost. a tal riguardo si veda anche BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, cit., 1132.

<sup>528</sup> Sul principio di legalità nel diritto penale si rinvia *ex multis* a MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 215 ss.

situazioni ovvero ad essere applicato ove la pena criminale non può legittimamente giungere<sup>529</sup>.

La sempre più vivace propensione alla depenalizzazione ha indotto parte della dottrina ad osservare che «in tale ottica l'esistenza di sanzioni civili più adeguate, etichettate o meno come "pene private", sembra auspicabile e [...] potrebbe intervenire [...] addirittura con un ruolo esclusivo laddove la tecnica della tipizzazione [...] del diritto penale finisce per lasciare scoperte zone che reclamano protezione»<sup>530</sup>. Relegare l'operatività della funzione sanzionatoria della responsabilità civile nell'ambito di ipotesi caratterizzate da una stretta tipicità è quindi operazione inopportuna, perché tende a far confluire in valutazioni precostituite e rigide ipotesi che, al contrario, richiedono una elastica comparazione degli interessi in conflitto.

Dunque, non sembra opportuno che la funzione punitiva costituisca monopolio del diritto penale, nella misura in cui anche il diritto civile può offrire un contributo per una migliore disciplina dei rapporti fra consociati colmando le inefficienze e le crepe del sistema penale.

I risarcimenti punitivi possono quindi contribuire a rafforzare le norme di condotta, il cui rispetto appare essenziale per un ordinato svolgimento dei rapporti tra i consociati.

---

<sup>529</sup> Sull'insovrapponibilità dei principi generali della pena pubblica alla pena privata v. CATAUDELLA, *La tutela civile nella vita privata*, Milano, 1972, 67 e 70 spec. nota 80; BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, 311; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 143 e FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, Bologna, 2016, 134. Sull'estraneità della pena privata alle garanzie costituzionali v. anche BONILINI *Il danno non patrimoniale*, cit., 283 afferma che «Il principio di legalità si riferisce alla sola pena criminale che per quel suo carattere particolarmente afflittivo ed infamante è tale da pregiudicare la libertà del singolo, non certo, però, alle pene private». Nella letteratura francese STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, 383.

<sup>530</sup> BRICOLA, *La riscoperta delle pene private*, cit., 36 e 41.

È stato quindi osservato<sup>531</sup> che il richiamo al principio di riserva di legge – oscillante tra l’art. 25 co. 2 Cost., tradizionalmente riservato al campo della punizione, e l’art. 23 Cost., afferente al campo della fiscalità – involge profili alti che, tuttavia, poco hanno a che vedere con la responsabilità civile.

Vieppiù «subordinare nuovamente il ristoro di un danno non compensativo alla riserva di legge finisce per scardinare un’ulteriore restrizione a livello operativo, che lascia fermo il sistema lì dov’era, col rischio di trasformare la sentenza in epigrafe in un mero esercizio di stile. Resta tuttavia l’innegabile potenzialità espansiva del principio di diritto enunciato *ex cathedra* dai giudici di legittimità: “Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria”. Il senso del messaggio è chiaro, basta saperlo leggere per il verso giusto»<sup>532</sup>.

L’affermazione di principio concernete la natura polifunzionale della responsabilità civile accompagnata, al contempo, dalla riconduzione di quest’ultima nell’ambito di specifiche ipotesi legislativamente previste, tra l’altro, «fa vacillare la coerenza dell’intera costruzione argomentativa»<sup>533</sup> delle Sezioni Unite. Pertanto, non sembra estremamente corretto dal punto di vista logico affermare l’esistenza di un principio generale e, al contempo, affermare altresì che esso opera solo in specifiche ipotesi.

---

<sup>531</sup> V. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2647 – 2648.

<sup>532</sup> *Ibidem*, 2647 – 2648.

<sup>533</sup> LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 326.

In realtà ciò che appare più convincente è che “l’ancoraggio normativo” così evocato possa rinvenirsi nello stesso “armamentario”<sup>534</sup> della responsabilità civile. Ogni misura di carattere afflittivo ha bisogno di appoggiarsi ad una fonte normativa, tuttavia, appare costituire un argine sufficiente in tal senso lo stesso art. 2043 c.c. In altri termini, non si ritiene necessaria una specifica norma di legge, ciò in quanto la valenza sanzionatoria e preventiva<sup>535</sup> è già interna al sistema della responsabilità civile, conchiuso nell’art. 2043 c.c.<sup>536</sup>. «E’ la stessa “natura” del danno ad esprimere funzioni, che vanno al di là di quella meramente riparatoria, a tal punto che si può sostenere che è lo stesso danno a poter acquistare valenza punitiva»<sup>537</sup>.

Dunque, sembra corretto ritenere che tale soluzione risponde, da un lato, alle esigenze di garanzia e legalità in quanto il fondamento della

---

<sup>534</sup> Espressione utilizzata dalle Sezioni Unite delle quali si discorre.

<sup>535</sup> A tal riguardo giova rilevare che parte della dottrina ha evidenziato che, a ben guardare, la funzione deterrente e preventiva può realizzarsi anche attraverso altre strade in particolare BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 280 osserva che «Se si ritiene opportuno accentuare la funzione preventiva della responsabilità civile, uno degli strumenti consiste nell’introduzione dell’istituto dei danni punitivi, tenendo comunque presente che lo stesso fine può essere realizzato mediante alcune norme del diritto vigente. Una possibilità, ad esempio, viene offerta dalla norma sul nesso di causalità, poiché ampliando la serie delle conseguenze dannose considerate causalmente collegate all’illecito aumenta il danno risarcibile, ed in tal modo la responsabilità civile può svolgere meglio una funzione preventiva. Ma, ancor più, tale funzione viene rafforzata se si segue l’orientamento della giurisprudenza italiana, che – soprattutto in materia di danno alla persona – ha arricchito il catalogo delle lesioni considerate suscettibili di risarcimento, rafforzando l’efficacia deterrente della responsabilità civile. Il soggetto che oggi commette un illecito non deve sopportare soltanto quel risarcimento a cui sarebbe stato condannato al momento della stesura del codice perché deve far fronte anche a voci (o sottovoci) di danno a quel tempo sconosciute. Inoltre, la responsabilità civile può svolgere una funzione preventiva nella misura in cui viene migliorata la posizione del danneggiato sotto il profilo processuale, mediante l’introduzione di presunzioni di colpa o di esistenza del nesso causale. In altri termini, la funzione preventiva e deterrente della responsabilità civile si accresce non soltanto mediante un aumento del danno risarcibile, ma altresì rendendo più semplice la posizione dell’attore e veloce l’iter processuale. In tal senso, occorre tenere presenti anche le direttive europee, che certamente hanno dato impulso nella direzione auspicata. Basti ricordare, ad esempio, quella sul danno da prodotto, che ha facilitato la posizione del danneggiato, introducendo presunzioni di colpa, che hanno agevolato la posizione processuale di chi agisce per il risarcimento».

<sup>536</sup> «Ciò vuol dire che l’ancoraggio normativo non abbia tanto bisogno di “un’intermediazione legislativa”, in ossequio all’art. 23 Cost., quanto del richiamo a criteri e/o linee – guida, presenti nello stesso armamentario della responsabilità civile e che consentano di orientare la misura risarcitoria con valenza punitiva». In questi termini, DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1794. Lo stesso Autore era già giunto a queste conclusioni in tempi non sospetti v. ID, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2004, 66 ss.

<sup>537</sup> DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1794.

misura sanzionatoria è comunque rinvenuto in una norma di legge, qual è il 2043 c.c., dall'altro, risponde alle esigenze di tutela paventate in quanto rifugge dalle barriere derivanti da una "stretta tipizzazione".

A ben guardare, a tale risultato si perviene nei fatti già da tempo nel diritto italiano.

Ciò appare evidente *in primis* riprendendo brevemente le considerazioni effettuate nell'ambito del terzo capitolo<sup>538</sup>, specialmente con riguardo al danno non patrimoniale<sup>539</sup> e alla liquidazione equitativa<sup>540</sup>. In quella sede, si è ampiamente dimostrato come in realtà tali rimedi aventi carattere generale sono la più evidente dimostrazione di come la responsabilità civile in realtà già svolga – nonostante le ritrosie della giurisprudenza – una funzione punitiva e deterrente.

A ben guardare, si giunge a decisioni dalla vocazione punitiva già attraverso il viatico tracciato dagli artt. 1226, 2056 e 2059. Si potrà, di tal guisa, attribuire rilevanza ad elementi diversi dalla mera perdita patrimoniale nell'ambito della liquidazione del danno, considerando,

---

<sup>538</sup> Si rinvia per ampi riferimenti specificamente a paragrafo 6, capitolo 3.

<sup>539</sup> Qualificano il danno non patrimoniale alla stregua di una vera e propria pena privata BONILINI *Il danno non patrimoniale*, cit., *passim*; G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, cit., 823; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 9 ss.; AFFERRI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, cit., 870; BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, cit., 1498 ss.; CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, cit., p. 237 ss. In senso contrario v. PATTI, *Pena privata*, cit., 360. Anche la dottrina francese ha inteso enfatizzare il profilo più prettamente afflittivo del danno non patrimoniale qualificandolo come una "pena privata" avente una finalità sanzionatoria "*exemplaire*". A tal proposito v. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., 348; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., 375 e CARBONNIER, *Droit civil, 4 - Les Obligations*, cit., 375.

<sup>540</sup> In argomento MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2652 afferma che «Nel nostro ordinamento, indipendentemente dall'ammissibilità in via generale delle sanzioni civili, ed a fronte della loro introduzione in ipotesi particolari, è comunque evidente che la loro funzione può, anzi, deve essere svolta dal combinato disposto degli art. 1223, 1226 e 2056 c.c. come previsione minima del contenuto del risarcimento, e utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione alle circostanze del caso; non solo alla lesione subita dalla vittima, ma anche alla condotta antiggiuridica tenuta dal danneggiante, al suo grado di colpevolezza, e sicuramente anche in relazione all'arricchimento che egli abbia tratto dal fatto ingiusto». Sul punto v. anche GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*, cit., 2029 e ss.

inoltre, la colpevolezza dell'agente, l'eventuale profitto ingiustamente conseguito e le altre circostanze del caso<sup>541 542</sup>.

---

<sup>541</sup> Cfr. Cass., 24 ottobre 1983, n. 6251, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, fasc.9. In questa occasione la Corte ha affermato che non sussistono ragioni per le quali «dovrebbe essere precluso al giudice il potere – dovere di commisurare il danno, nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dalla attività vietata, assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante, segnatamente quando esso sia correlato al profitto del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo e provocandone quindi il depauperamento». Con decisione dell'11 maggio 2010, n. 11353 (consultabile in *Banca Dati de Jure*) la Cass. Sez. III ha ragguagliato il risarcimento da illecito sfruttamento dell'immagine agli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito. Successivamente la Cass., Sez. III, 15 aprile 2011, n. 8730 (sempre consultabile in *Banca Dati De Jure*) pronunciandosi in tema di violazione del diritto d'autore ha nuovamente optato per un risarcimento avente valenza punitiva. In argomento v. SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1032. In questo solco si situano anche App. Bologna 22 aprile 1993 in *AIDA*, 1995, 429; Cass. 7 agosto 1950 n. 2423 in *Foro it.*, 1951, I, 17; App. Roma 18 aprile 2005 in *AIDA*, 2005, 511; App. Milano 26 marzo 2002, in *AIDA*, 2003, 799; App. Milano 22 gennaio 2002, in *AIDA*, 2002, 794; Trib. Vicenza 4 settembre 200, in *Giur. ann. dir. Ind.*, 4235; Trib. Milano, 31 maggio 1999, in *AIDA*, 2000, 732; Trib. Roma 9 giugno 1993, in *Dir. Informazione e informatica*, 1993, 972 e Cass. 10 novembre 1979, n. 5790, in *Foro It.*, 1980, I, 81 e ss. In argomento v. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, disgorgement e punitive damages*, cit., 135 ss. e MONATERI, *Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie*, in *Riv. Dir. civ.*, 1994, II, 718. Sull'applicazione della tecnica rimediale del c.d. prezzo del consenso in sede di liquidazione del danno e con particolare riferimento all'illecito sfruttamento dell'immagine di soggetto non noto v. Cass. civ. Sez. III 16 maggio 2008, n. 12433 con nota BOSCHI, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento*, in *Danno e Resp.*, 2008, 12, 1233. In argomento v. ZIVIZ, *Lesione del diritto all'immagine e risarcimento del danno*, in *Resp. Civ. prev.*, 2000, 715; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del ritratto*, in *Dir. inf.*, 1988, 32 e VERCELLONE, *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1995, 1171. Ulteriori arresti dal carattere marcatamente sanzionatorio si registrano in tema di violazione del patto di esclusiva in merito ai quali cfr. Cass. 15 giugno 1974, n. 1754, in *Giust. civ.*, 1974, 1383; Cass., 28 marzo 1960, n. 646, in *Giust. civ.* 1960, I, 891; App. Milano, 30 marzo 1979, in *Giur. ann. Dir. Ind.*, 1979, n. 1177/1; Trib. Milano, 9 luglio 1981, in *Foro pad.*, 1981, I, 152; Trib. Bologna, 4 gennaio 1980, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1980, n. 1273/29. La medesima tendenza si rinviene, per altro, nell'ambito dell'ordinamento tedesco ove talvolta la Corte Federale ha riconosciuto al danneggiato in caso di lesione di un diritto della personalità un danno non meramente compensativo. Uno dei casi più famosi in merito è il c.d. caso Caroline di Monaco I. In quest'occasione la stessa chiese il risarcimento del danno per essere stata abusivamente raffigurata sulla copertina di una rivista tedesca con accanto la dicitura non veritiera - inserita al fine unico di aumentare il volume delle vendite - che avesse il cancro. Ebbene, in quest'occasione la Corte Federale stabilì che la somma liquidata a titolo di risarcimento dovesse essere commisurata ai guadagni percepiti dal danneggiante, al fine di assicurare l'effetto deterrente della condanna. In proposito v. TOLANI, *U.S. Punitive Damages before Germany Courts: A Comparative Analysis with Respect of the Ordre Public*, in *17 Annual Survey of International and Comparative Law* 2011, 195 e FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, cit., 277.

<sup>542</sup> In questa sede il giudice, inoltre, potrà anche valutare l'opportunità di remunerare, secondo equità, le capacità imprenditoriali dell'arricchito alla luce del principio di proporzionalità e di tutte le circostanze del caso concreto. In altri termini, il principio di remunerazione dell'iniziativa potrebbe essere correttamente declinato da parte del giudice nell'ambito della liquidazione equitativa del danno. Sarà così possibile evitare rischiose soluzioni aprioristiche sulle quali si rinvia a quanto detto nell'ambito del II capitolo. In argomento v. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., *passim.*; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 55; MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit.; BARCELLONA, *Frutti e profitto d'impresa*, cit.; NICOLÒ, *Riflessioni sul tema d'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina di diritto civile*, cit., 93.; SANTINI, *Le teorie sull'impresa*, cit., 442.

Ebbene, proprio la valenza generale di tali rimedi, si ribadisce, costituisce un argomento particolarmente solido per ritenere che l'illecito aquiliano abbia già in sé il germe della deterrenza e della sanzione<sup>543</sup>.

D'altro canto, giunge al medesimo risultato anche quella dottrina<sup>544</sup> che sostiene la comminabilità delle pene private da illecito aquiliano<sup>545</sup> in ipotesi simili a quelle normativamente indicate facendo perno sulla natura non eccezionale delle stesse, in quanto esse non derogano in alcun modo a principi generali.

Giova rammentare che affermare l'applicabilità estensiva ovvero analogica di una norma è operazione, in realtà, niente affatto scontata avuto riguardo della difficoltà intrinseca in valutazioni relative e storicamente condizionate, quali quelle riguardanti la connotazione di eccezionalità della norma.

In argomento, si registrano opinioni contrastanti. Infatti, accanto a chi distingue le norme speciali da quelle eccezionali<sup>546</sup>, vi è chi ritiene

---

<sup>543</sup> Cfr. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 65; BUSNELLI – ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?*, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 585. In questo senso anche MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 336. Del resto, a tal riguardo è stato osservato che «l'intermediazione legislativa mette capo ad interventi sempre più fitti. Che potrebbero diventare debordanti se si accogliesse la tesi secondo cui l'art. 2056 c.c., chiamando il giudice a valutare, in sede di liquidazione equitativa, tutte le circostanze, lo abilita a quantificare il risarcimento sulla base della condotta, dolosa o gravemente colposa, del danneggiante». In questi termini si esprime PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2635.

<sup>544</sup> BARATELLA, *Le pene private*, cit., 196.

<sup>545</sup> Come già chiarito le norme in materia di pene private da illecito aquiliano sembrano consentire il ristoro di conseguenze negative dell'illecito, altrimenti irrilevanti comportando un ampliamento dell'area del danno risarcibile. Il riferimento è quindi alle norme precedentemente passate in rassegna quali l'art. 125 del codice della proprietà industriale; l'art. 12 della legge n. 47/1948 (legge sulla stampa); l'art. 18 legge n. 349/1986 in tema di danno ambientale; l'art. 158 n. 633/1941 in tema di diritto d'autore; l'art. 187 *undecies* II co. del Testo Unico della Finanza e gli artt. 96, 709 *ter*, 614 *bis* c.p.c.

<sup>546</sup> In tal senso cfr. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja Branca, 1974, 302 ss. il quale considera il diritto speciale un sistema integrante un'entità "razionale", suscettibile anche di applicazione analogica e il diritto eccezionale un'entità "non razionale" che «non si caratterizza per rispondere alle esigenze proprie di un determinato ambiente, bensì per correggere, discriminando, la portata delle norme di un determinato sistema, sottraendo all'operatività di tali norme una parte delle loro previsioni, introducendo, cioè, un fattore di disuguaglianza di trattamento fra coloro che sarebbero destinatari della norma che subisce le eccezioni».

detta ripartizione ambigua e superflua<sup>547</sup>. Inoltre, se alcuni fanno coincidere il concetto di norma eccezionale con quella a c.d. fattispecie esclusiva<sup>548</sup>, altri considerano eccezionali quelle che derogano ai principi generali<sup>549</sup>. Infine, parte della dottrina ha anche opinato circa l'incostituzionalità dell'art. 14 delle preleggi nella parte in cui pone il divieto di applicazione analogica con riguardo alle norme eccezionali in quanto violativo dei precetti costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza<sup>550</sup>.

Posto che non è questa la sede opportuna per approfondire tali profili, ai nostri fini va evidenziato che non sembra «implausibile affermare la natura non eccezionale delle disposizioni in materia di pene private da illecito aquiliano, in quanto né finalizzate ad introdurre privilegi né per loro natura non estensibili a casi diversi, né volte a derogare ai principi generali dell'ordinamento escludendone l'applicazione. Sotto tale ultimo profilo, in particolare, dette norme, nel prevedere misure sanzionatorie cumulative al comune rimedio risarcitorio, non appaiono neppure derogare al principio di risarcibilità del danno da fatto illecito, ma, tutt'al più, ai criteri di quantificazione del danno risarcibile, siccome definiti dall'art. 1223 c.c. Anche valutazioni di opportunità inducono, del resto, ad escludere il carattere eccezionale delle disposizioni in parola, per affermarne l'applicabilità in via analogica: la comminazione di tali

---

<sup>547</sup> In questo senso v. COLALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Dir. e soc.*, 1998, 11 e MODUGNO, *Voce Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 506 i quali opinano circa l'inutilità di tale distinzione in quanto entrambe le tipologie di norme sono soggette al divieto di applicazione analogica di cui all'art. 14 disp. prel. c.c.

<sup>548</sup> Cfr. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, II, in *Jus*, 1942, 67 il quale ritiene che le norme eccezionali siano quelle a fattispecie esclusiva ovvero quelle norme che non si possano «porre in rapporto di specie a genere rispetto a fattispecie di altre norme».

<sup>549</sup> *Ex multis*, v. BOBBIO, *Voce Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1962, 605 il quale considera norma eccezionale quella che «deroga ad una norma generale (valevole cioè per la generalità dei casi), ovvero che regola un determinato comportamento in modo opposto a quello in cui verrebbe regolato se la norma eccezionale non esistesse».

<sup>550</sup> In tal senso si esprime GALLO, *Norme penali, norme eccezionali nell'art. 14 della "disposizioni sulla legge in generale"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 1.

sanzioni a fronte di comportamenti prossimi a quello tipizzato consentirebbe di rafforzare la funzione punitivo - deterrente»<sup>551</sup>.

L'obiettivo perseguito dall'interprete in tale sede – ovvero quello di garantire ragioni di deterrenza del sistema - è sicuramente condivisibile, tuttavia, si ritiene che i tempi siano maturi per affermare che tale sforzo interpretativo a ben guardare non è richiesto. Come precedentemente si è cercato di affermare, in realtà, può sostenersi che il 2043 ha già in sé il germe della deterrenza. Si badi, tuttavia, che ciò non esclude - come si avrà modo di verificare nel corso della trattazione - che le norme specificamente previste dalla legge possano in concreto fornire all'interprete degli schemi utili per fronteggiare ipotesi di illecito efficiente e quindi essere applicate analogicamente<sup>552</sup>.

Al contempo, ciò che si vuole sottolineare è che sembra opportuno che ragioni di deterrenza del sistema siano garantite comunque da uno strumento avente una potenziale valenza generale, in quanto il diritto è volto a regolare rapporti multiformi e in continua evoluzione e per questo costituisce «un ordine complesso e decentrato che mal si adatta alle rincorse della legislazione»<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup>In questi termini si esprime BARATELLA, *Le pene private*, cit., 196. Il quale a sua volta richiama COPPA - ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, Modena, 1915, 90 nella parte in cui precisano come «di fronte ad una certa norma, non può infatti dirsi eccezionale o contraddittoria una norma che regoli diversamente un elemento di fatto diverso, o una norma alla prima subordinata nel senso definito, per ciò solo che è tale. Occorre che quest'ultima neghi almeno in parte ciò che l'altra afferma. Il che da un lato suppone identità, entro i limiti di una sezione, degli elementi di fatto dell'una e dell'altra norma regolati. È dall'altro, non ricorre, quando una norma lascia pel proprio elemento di fatto (meno ampio) valere tutto intero il regolamento giuridico ricongiunto all'elemento di fatto di altra norma più ampia, pur aggiungendo situazioni nuove, relative ai momenti aggiunti, al più ampio elemento di fatto (meno ricco di momenti decisivi). Occorre altresì che inconciliabili siano queste nuove statuizioni con quelle o alcune di quelle ordinate nella prima norma, talchè del regolamento giuridico in questo disposto alcune statuizioni almeno in parte siano escluse o modificate. Tale della parola eccezione è il significato del linguaggio comune, secondo il quale va inteso l'art. 4 d. pr. e tale è il significato che la legge le riconnette».

<sup>552</sup> Nel corso del V capitolo si verificherà, infatti, la ragionevolezza dell'applicazione analogica dell'art. 125 *c.p.i.* a fronte di ipotesi di danno derivante da illecito *antitrust*. Tale operazione, infatti, presuppone da un punto di vista logico la condivisione del principio in virtù del quale il risarcimento del danno può assumere valenza deterrente e punitiva anche al di fuori delle ipotesi specificamente previste dalla legge.

<sup>553</sup> In questi termini MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2654 il quale afferma anche che: «Da alcune parti si sente ora invocare la necessità di un intervento legislativo. Tali invocazioni

## 5.1 Segue: “le verità” svelate dall’Analisi Economica del Diritto

L’utilità della tesi in questa sede proposta emerge in modo ancor più evidente ove si volga lo sguardo alle prospettive offerte dall’analisi economica del diritto, di seguito indicata con l’acronimo anglosassone “EAL” di *Economic Analysis of Law*.

Si è già accennato, nell’ambito del primo capitolo, al fatto che metodologicamente l’EAL<sup>554</sup> trasla gli apparati concettuali e i metodi empirici dell’economia allo studio del diritto, conferendo, dunque, a quest’ultimo rigore analitico.

L’interprete viene chiamato, in una prospettiva teleologicamente orientata, a misurarsi direttamente con le conseguenze pratiche delle varie opzioni interpretative effettuabili e a dover considerare la soluzione più “efficace”.

Più prosaicamente, nella prospettiva dell’analisi economica del diritto le scelte cessano di essere sottoposte ad un giudizio di valore formulato in termini di giustizia ovvero ingiustizia e sono esaminate alla luce del diverso principio dell’efficienza economica. Gli individui sono

---

naturalmente mostrano subito di essere meta – positive, in quanto appunto richiedono un intervento legislativo evidentemente necessitato dall’assetto attuale dell’ordinamento giuridico. Peraltro, ci si chiede come, stanti i richiami costituzionali fatti dalle sezioni unite, possa venire considerato, dal punto di vista dell’oggettività e della ragionevolezza, un tale intervento in sede di legittimità. Qui occorre solo ricordare quanto altre volte abbiamo ripetuto, e da tanti cultori del diritto vivente ampiamente condiviso e riconosciuto, e cioè che il diritto privato costituisce un ordine complesso e decentrato, che mal si adatta alle rincorse della legislazione: “*staatsrecht vergeht Privatrecht besteht*”».

<sup>554</sup> Ricordiamo nuovamente che la nascita del movimento dottrinale che prende il nome di *Law and Economics*, è tradizionalmente ricondotta alla nota opera di R. Coase afferente alla problematica dei costi sociali (R. COASE *The Problem of Social Cost*, cit., 1-44, consultabile anche in <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>) e alla riflessione effettuata da G. Calabresi in tema di responsabilità extracontrattuale (G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, cit., 497, consultabile anche [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers)). Al riguardo si veda anche FREZZA e PARISI, “*Responsabilità civile e analisi economica*”, cit. *passim*; COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*”, cit., 435 ss.; POSNER, *Economic analysis of law*, cit. e CALABRESI “*Costo degli incidenti responsabilità civile*”, cit.; CALABRESI, *Cosa è l’analisi economica del diritto?*, in *Riv. dir. fin.*, 1/2007, 343 ss.

massimizzatori razionali<sup>555</sup>, in quanto perseguono l'obiettivo di aumentare i propri livelli di benessere. Per cui le relative scelte sono guidate da questo criterio al fine di sfruttare al meglio le limitate risorse di cui dispongono.

Le norme giuridiche, quindi, sono considerate come un insieme di incentivi e disincentivi rivolti ai consociati rispetto all'adozione o meno di comportamenti efficienti da un punto di vista collettivo.

Conseguentemente, la sanzione che si correla al divieto non è posta a presidio di un indefinito principio di giustizia, ma s'identifica con il prezzo che il consociato è disposto a pagare a fronte della violazione della norma e quindi per il pregiudizio arrecato alla stessa efficienza del sistema.

Con maggior impegno esplicativo può affermarsi che l'obiettivo dell'Analisi economica del diritto è quello di aiutare il giurista nella individuazione delle regole che consentono di raggiungere l'efficienza collettiva del sistema ovvero che consentono un'efficiente allocazione delle risorse in vista del raggiungimento del maggior livello di benessere della collettività<sup>556</sup>.

La nozione di "danno" viene ricondotta, a tale stregua, nell'ambito del concetto di esternalità negativa. Si ha un'esternalità negativa quando un soggetto produce un danno ovvero un disservizio a terzi, senza sostenerne il relativo costo.

Ciò determina un equilibrio del mercato non ottimale.

---

<sup>555</sup> PARISI, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2005/2, 384 afferma che: «L'economia è un potente strumento per l'analisi del diritto. Se gli uomini sono massimizzatori razionali della loro utilità, ricchezza o benessere, allora essi risponderanno razionalmente a mutamenti dei vincoli esterni, quali ad esempio quelli creati dalle regole del diritto. L'assunto della razionalità costituisce il fondamento basilare per molta letteratura economica e giuridica». In argomento v. anche GREMBI, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 453 ove si afferma, tra l'altro che, «l'individuo è il miglior giudice del proprio benessere».

<sup>556</sup> In argomento v. NASH, *The Bargaining Problem*, in *Econometrica*, vol. 18, n. 2, p. 155, 1950 consultabile all'indirizzo <http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/nashbarg.pdf> ove si afferma che il benessere sociale è dato dal prodotto delle utilità dei membri della società.

Con riguardo ai processi produttivi, ad esempio, si avrà che in presenza di esternalità negative non internalizzate il costo effettivamente sopportato dalla collettività sarà superiore rispetto a quello sostenuto dal produttore. L'attività di quest'ultimo letta in questi termini finisce col generare più danni che ricchezza. Viceversa, l'efficienza del sistema dovrebbe comportare una eguaglianza tra i costi sociali e costi di produzione realizzati dall'operatore economico ovvero dall'impresa.

L'obiettivo dell'analisi economica in tema di responsabilità civile è quindi quello di determinare l'abbandono di condotte che, seppur individualmente remunerative, sono, da un punto di vista sociale, complessivamente antieconomiche.

Ciò avviene attraverso la creazione di incentivi<sup>557</sup>. In particolare, lo strumentario utilizzato dalla *EAL* è rappresentato da un insieme di incentivi "primari" - posti all'indirizzo dei potenziali danneggianti - e secondari - rivolti, invece, alle potenziali vittime - diretti a far sì che ciascun soggetto sopporti il prezzo delle diseconomie che genera. Tale concetto prende il nome di "internalizzazione" delle rispettive esternalità<sup>558</sup>.

Ebbene, in questa prospettiva il risarcimento del danno assume il valore di mezzo di internalizzazione delle esternalità negative e costituisce un incentivo alla prevenzione dei danni.

Tuttavia, molti sono i limiti che la dimensione disincentivante del risarcimento incontra nella prassi.

Infatti, il risarcimento per realizzare una integrale riallocazione dei costi in capo ai soggetti creatori di rischio presuppone che ad ogni danno

---

<sup>557</sup> FREZZA e PARISI, *Responsabilità civile e analisi economica*, cit., 2.

<sup>558</sup> CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit.

faccia seguito una condanna, ovvero che ogni pregiudizio subito da ciascuna vittima venga reinternalizzato in capo al soggetto agente.

Ciò nonostante, spesso tali condanne non intervengono. I procedimenti giudiziari, infatti, sono lunghi, dispendiosi e dagli esiti incerti, per questo non sempre le vittime ritengono utile far valere i propri diritti in giudizio. Ciò significa che i danneggianti saranno chiamati ad internalizzare solo una porzione delle esternalità riversate in capo ai danneggiati. Conseguentemente, il costo di alcune esternalità non verrà sopportato dai soggetti agenti, rimanendo a carico delle vittime ovvero della collettività.

Ciò ovviamente determina un disincentivo per i futuri danneggianti rispetto all'adozione di condotte efficienti.

Ebbene, anche in questa prospettiva si può apprezzare la funzione dei danni punitivi. Questi ultimi, quindi, operano sul piano della prevenzione delle condotte antigiuridiche generatrici del danno attraverso l'attribuzione al danneggiato di una somma maggiore rispetto all'ammontare del danno subito, disincentivando, di tal guisa, le condotte lesive poste in essere con dolo o colpa grave.

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

La funzione dei danni punitivi, dunque, può apprezzarsi anche con riguardo alla capacità che questi hanno di «ristabilire una situazione di risarcimenti perfetti»<sup>559</sup> ovvero in considerazioni di ordine economico e di efficienza del mercato e rappresenta uno strumento di «internalizzazione perfetta dei costi esterni creati dall'attività intenzionale del danneggiante,

---

<sup>559</sup> COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*", cit.,437.

il quale ha speculato proprio sull'esistenza di difetti del sistema che potevano non permettere un'adeguata internalizzazione del costo sociale da lui creato»<sup>560</sup>.

La funzione dei danni punitivi – come si è già detto - si evidenzia anche con riguardo agli illeciti idonei a procurare al danneggiante un profitto maggiore rispetto al valore della perdita subita dalla vittima<sup>561</sup>.

Nel tempo, infatti, è stata scartata quella scuola di pensiero che riteneva inefficiente punire un comportamento idoneo a produrre di per sé nuova ricchezza<sup>562</sup>, ancorché illecito.

Le ragioni sono evidenti. È stato, infatti, osservato che l'irrogazione di danni punitivi in dette ipotesi rinviene la propria giustificazione nell'esigenza di evitare che la responsabilità civile possa divenire uno strumento di scambio dei beni, preferibile rispetto al contratto.

In definitiva, in chiave giuseconomica, appare evidente la funzione di tutela dello stesso mercato che svolgono i danni punitivi. L'ordinamento scoraggia il ricorso all'atto illecito quale strumento di appropriazione di beni proprio attraverso il risarcimento con curvatura punitivo – deterrente<sup>563</sup>. Tra l'altro, a tale visione marcatamente

---

<sup>560</sup>*Ibidem*, 438.

<sup>561</sup> PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005, 26 ss.

<sup>562</sup> Secondo una prima prospettiva la commissione di un illecito, se idonea a produrre a favore del danneggiante un beneficio superiore rispetto ai costi che derivano in conseguenza dello stesso, si presenta come un'azione efficiente perché determina un incremento della ricchezza collettiva maggiore di quella consumata. Il riferimento è, in particolare, a quelle ipotesi in cui il vantaggio economico conseguito da chi abbia agito illecitamente risulti di gran lunga più consistente – in termini di profitto – della perdita subita dal titolare del diritto. In questo senso si esprime POSNER, *Economic analysis of law*, cit., 117 e ss. Le idee di Posner furono in seguito sviluppate soprattutto in due articoli: RUBIN, *Why is Common Law Efficient?*, in *The Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1, 1977, 51-63 consultabile all'indirizzo <http://lawlib.huji.ac.il/ex/Rubin.pdf> e PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 *J. Legal Stud.*, 1977, 65 -82 .

<sup>563</sup> Tale teorica per quanto non priva di capacità di fascinazione, in quanto in grado di cogliere la naturale interazione che sussiste tra diritto ed economia, non sembra comunque accettabile in quanto determinerebbe un irreparabile pregiudizio alla certezza e alla stabilità degli scambi economici. In questo senso v. BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, cit., 186; P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 38; SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 155 e 156. Vieppiù, porre l'efficienza economica come obiettivo ultimo del legislatore, sembrò a

individualistica si contrappone, nell'ambito della teoria gius-economica, l'elaborazione di chi sostiene che un semplice aumento della ricchezza non può dar luogo di per sé ad un progresso sociale, salvo che non persegua anche altri scopi come l'utilità e l'uguaglianza<sup>564</sup>. Si nega quindi il *trade off* tra efficienza e giustizia.

Tali studi<sup>565</sup>, inoltre, hanno posto in evidenza un paradosso, derivante dalla dimensione esclusivamente compensativa del rimedio aquiliano, costituito dalla situazione di indifferenza nella quale vengono a trovarsi i danneggianti potenziali i quali potranno "liberamente" scegliere se adottare misure di prevenzione volte ad evitare la produzione di danni ovvero trascurare tale profilo.

Più prosaicamente, è stato dimostrato che in presenza di danni esclusivamente compensativi il danneggiante che abbia adottato tutte le misure di prevenzione verrà a trovarsi nella stessa identica situazione di chi non abbia fatto alcunché. Tale regola «evidentemente non può essere una buona regola. A questi guasti una corretta disciplina giuridica deve porre rimedio»<sup>566</sup>.

Si pongano a questo punto delle assunzioni semplificanti.

Si ipotizzi che tanto le vittime quanto i danneggianti potenziali, in qualità di massimizzatori razionali, vogliano minimizzare i propri costi.

---

giuristi e economisti solo un altro modo per reintrodurre una concezione utilitaristica e perciò parziale del diritto. BUCHANAN, *Good Economics – Bad Law*, *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3 (Mar., 1974), 483 ss. pur sostenendo che «*law is far too important to be left to the lawyers, especially since lawyers come increasingly to man the corridors of Leviathan*», sostenne che ignorare il fatto che il legislatore «*places distributional equity very high on his personal value scale*» costituiva una debolezza fatale del sistema posneriano. In questa prospettiva, le idee di Posner sembrarono ribadire la netta differenza tra diritto ed economia, invece che sostenere il ricorso dell'una per spiegare l'altra.

<sup>564</sup> Il riferimento è all'elaborazione di Calabresi esponente della scuola di *Yale*. Si veda l'opera tradotta anche in italiano di CALABRESI "*Costo degli incidenti e responsabilità civile*", cit. Molti studiosi hanno, infatti rilevato che il contributo di Calabresi ha consentito di abbattere, all'interno degli studi di *Law and Economics* il muro tra efficienza ed equità proprio di altri approcci (il riferimento è alla Scuola di Chicago). In argomento v. GREMBI, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, cit., 471.

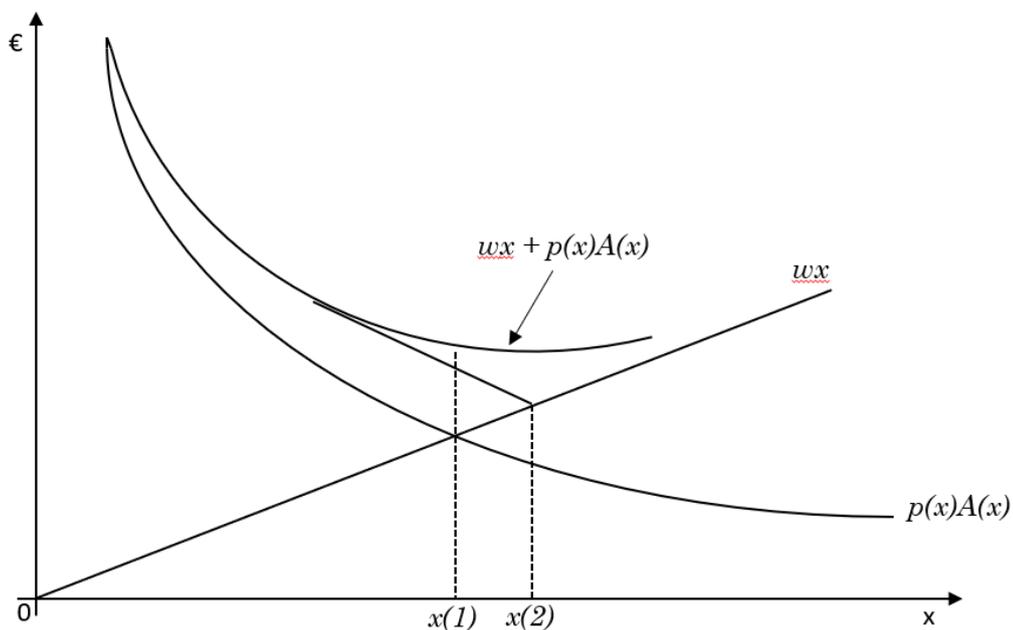
<sup>565</sup> In particolare sarà riportata di seguito la dimostrazione effettuata da MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2649.

<sup>566</sup> MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2651.

Si supponga, altresì, che qualcuno intraprenda un'attività idonea ad imporre costi esterni e che questi ultimi possano essere ridotti dal danneggiante potenziale attraverso l'adozione di misure preventive.

È noto che i costi delle misure preventive aumentano all'aumentare delle misure adottate.

Tale correlazione può essere semplicemente esposta attraverso l'aiuto di un grafico.



In questo grafico l'asse orizzontale indica la quantità di misure di prevenzione adottate dall'agente  $x$ , la relativa spesa affrontata si misura lungo l'asse verticale ed è espressa in euro. Assumendo che le prevenzioni costino  $w$  per unità e che  $w$  sia costante, allora  $wx$  rappresenta la somma investita in prevenzione. I costi privati di prevenzione sono, invece, indicati dalla risultante linea retta che attraversa il grafico.

Ebbene, è noto che l'assunzione di misure precauzionali riduce la probabilità e quindi l'ammontare finale dei danni prodotti a terzi.

Partendo da tale dato noto è possibile effettuare una serie di assunzioni:

1) la probabilità del verificarsi di danni aumenta al decrescere del livello di prevenzione del danneggiante potenziale; di tal guisa, quanto maggiore è  $x$ , tanto minore sarà la probabilità che qualcuno sia danneggiato.

2) l'entità dei danni cagionati a terzi aumenta al diminuire del livello di prevenzione adottato dal danneggiante potenziale. *Ergo* quanto maggiore è  $x$  proporzionalmente meno gravi saranno i danni che si verificheranno.

Conseguentemente, se  $A$  rappresenta i costi che verranno imposti a terzi dal verificarsi dell'evento di danno,  $p$  rappresenta la probabilità della sua occorrenza. Quindi la relazione tra livello di prevenzione del danneggiante potenziale e costi esterni attesi sarà:

$$p(x) A(x).$$

Questi sono sostanzialmente i danni attesi. Si osservi che  $p(x) A(x)$  si inclina verso il basso, ciò in quanto il danno atteso diminuisce all'aumentare della prevenzione<sup>567</sup>.

Si potrà ora combinare le due componenti dei costi del danneggiante potenziale – ovvero il costo di prevenzione,  $wx$ , e i costi degli eventi di danno attesi  $p(x)A$  – per ottenere i c.d. costi sociali attesi ovvero i danni cagionati a terzi.

La curva dei costi sociali attesi si ottiene aggiungendo le due curve ad ogni livello di prevenzione. Il risultato è la curva più alta, i cui valori sono uguali a  $[wx + p(x)A]$ .

Si osservi, inoltre, che vi è un livello di prevenzione  $x (I)$  che minimizza i costi sociali attesi. Può essere utile quindi analizzare in termini matematici questo ammontare ottimale di prevenzione.

---

<sup>567</sup> Per comodità espositiva si scriverà i costi attesi nella forma semplificata  $p(x)A$ .

I costi sociali attesi (ovvero i danni eventualmente cagionati a terzi) sono minimi quando il potenziale danneggiante sceglie un livello di prevenzione che rende  $[wx + p(x)A]$  il più piccolo possibile.

Si può quindi immediatamente notare che la soluzione in termini di ottimo  $x(I)$  si può ottenere ponendo pari a zero il valore della prima derivata dei costi sociali attesi (ovvero dei danni eventualmente cagionati a terzi).

Quindi:

$$(d[E(SC)]) = w + p(x)A = 0 / dx$$

Che semplificando risulta:

$$w = p(x)A$$

Il livello di prevenzione che minimizza i costi sociali e che quindi risolve l'equazione è  $x(I)$ . Tale equazione stabilisce che al livello di prevenzione ottimale ovvero quello idoneo a minimizzare i costi sociali, il costo per unità di prevenzione,  $w$ , è uguale alla riduzione in probabilità di occorrenza di un evento di danno che si ha aggiungendo un'ulteriore unità di prevenzione – che si chiamerà  $pc(x)$  - moltiplicato per i costi prodotti dall'evento di danno,  $A$ .

Ovviamente  $pc(x)$  risulta negativo poiché abbiamo precedentemente affermato che la probabilità di un evento di danno decresce all'aumentare della prevenzione. Conseguentemente, il segno meno di fronte a  $pc(x)A$  renderà la parte destra dell'equazione positiva. Ergo se il membro sinistro è il costo marginale della prevenzione e quello di destra il beneficio (sociale) marginale della prevenzione allora «il livello di prevenzione che minimizza il costo sociale si raggiunge quando

i costi marginali di prevenzione equivalgono ai benefici marginali. Si tratta di un'analisi di ottimalità comune in microeconomia»<sup>568</sup>.

Ciò implica che per livelli di prevenzione inferiori a  $x(I)$ ,  $w < -pc(x)A$  ovvero per livelli di prevenzione sub-ottimali il costo di un'unità addizionale di prevenzione è inferiore al suo beneficio sociale. La prevenzione in virtù della quale  $w$  è inferiore al beneficio sociale atteso è giustificata sulla base dei costi. Conseguentemente, per livelli di prevenzione super-ottimali  $>x(I)$ ,  $w > -pc(x)A$ , ciò significa che il costo di un'unità addizionale di prevenzione supera il suo beneficio sociale atteso. Non sarebbe opportuno quindi in tali circostanze investire maggiormente in prevenzione.

Si riportano quindi letteralmente le conclusioni dell'autore di tale dimostrazione scientifica: «Lo scopo economico principale delle regole di responsabilità civile è quello di indurre gli agenti a livelli di prevenzione ottimali  $x(I)$ . Le regole di responsabilità sono efficienti se conducono gli agenti a tale livello  $x(I)$ , che minimizza il costo sociale atteso. Risulta quindi ovvio – e così arriviamo al punto – che il risarcimento ottimale debba includere la quota di omissione in investimenti *ex ante* in sicurezza che coincide con la nozione giuridica dei gradi della colpa. Altrimenti, per un investimento ottimale (diciamo) pari a 50, pari a sua volta al danno subito dalla vittima, si delineerebbero risultati paradossali: se il danneggiante investe 50, non paga nulla, e quindi perde 50; e per un investimento 0 in sicurezza, paragonabile alla colpa grave, il danneggiante non paga nulla in prevenzione e paga 50 in risarcimento; e addirittura, se il danneggiante agisce con dolo e guadagna 10, e paga 50 in risarcimento, sborsa in totale solo 40, mentre se il danneggiante versa in colpa minima,

---

<sup>568</sup> MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2650.

ad es. investe in 49 in sicurezza, perderà i 49 e in più pagherà il risarcimento di 50, con una perdita totale di 99. Il paradosso è evidente: il danneggiante in colpa minima subisce una perdita maggiore di quella del danneggiante in dolo. Ma, soprattutto, la contro – intuitività teorica maggiore si raggiunge considerando la situazione di indifferenza che si realizza tra investire 50 in prevenzione, e non pagare nulla, e il non investire nulla e pagare 50 in risarcimento. Ovvero la situazione di indifferenza in cui vengono a trovarsi i danneggianti potenziali che possono liberamente decidere se essere diligenti o completamente trascurati, perché tanto non cambia nulla: la quale regola evidentemente non può essere una buona regola. A questi guasti una corretta disciplina giuridica deve porre rimedio»<sup>569</sup>.

Può quindi osservarsi che nonostante i “pregiudizi culturali”<sup>570</sup> si rende possibile, in tal guisa, dissuadere e sanzionare illeciti che non cagionino perdite o che ne cagionino in misura esigua a fronte di potenziali introiti conseguibili dal danneggiante, superando le insufficienze degli altri strumenti di tutela previsti dall’ordinamento.

Opinare diversamente, ovvero disconoscere diritto di cittadinanza ad una tale lettura a compasso allargato dell’art. 2043 c.c. conduce a conseguenze che come è stato acutamente osservato «non sono salutari»<sup>571</sup>, in quanto in grado di dar luogo ad un vero e proprio diniego di tutela con contestuale compromissione di interessi generali e conseguente violazione del principio di effettività della tutela

---

<sup>569</sup> MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2650 – 2651.

<sup>570</sup> L’espressione è di CENDON, *La riparazione nella diffamazione a mezzo stampa*, in AA.VV., *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Milano, 1988, spec., p. 250.

<sup>571</sup> CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 889.

giurisdizionale<sup>572</sup>, costituzionalmente garantito agli artt. 24, 103, 113 Cost., nonché in ambito sovranazionale dall'art. 6 CEDU.

D'altronde, l'aspetto funzionale della responsabilità civile ha sempre rappresentato un nodo interpretativo di grande rilevanza attraverso il quale sviluppare qualsiasi ricostruzione dell'istituto in parola e che costituisce anche punto nevralgico del presente lavoro.

E' auspicabile, quindi, un'apertura della giurisprudenza<sup>573</sup> e prima ancora della dottrina in questo senso, al fine di far fronte alle pregnanti esigenze di tutela che sottendono l'ombrosa tematica dell'illecito efficiente.

---

<sup>572</sup> A tal riguardo è stato condivisibilmente affermato che: «Ce n'è a iosa per sostenere che la concreta utilizzazione del principio di integrale riparazione, in qualità di precipitato in linea retta della vocazione compensativa, abbia troppe volte contribuito a neutralizzare l'attitudine della responsabilità civile a fungere da meccanismo di correzione dei comportamenti subottimali rispetto agli *standard* fissati. Siffatta conclamata involuzione disvela l'illusorietà di un disegno che, nel puntare tutto sull'afflato totalizzante della funzione compensativa, aspiri comunque ad attestare il sistema su livelli accettabili di prevenzione. E, in regime di *underdeterrence*, il valore che viene messo a repentaglio è quello dell'effettività della tutela delle situazioni giuridiche attive, con il rischio di allentare le maglie persino per quel che concerne la protezione dei diritti fondamentali. Se si vogliono evitare guai peggiori, occorre dunque darsi da fare per propiziare un recupero in termini di effettività, mediante segnali che forniscano adeguati incentivi ai potenziali danneggianti. E, come è stato lucidamente osservato nei diversi scritti dedicati da un autore alla problematica dei danni punitivi, il riconoscimento di uno spazio vitale per la funzione sanzionatoria/deterrente della responsabilità civile si palesa come coerente viatico per questo obiettivo». PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2638 ove si richiama SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., 912 e *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. Civ.*, 2016, 1120. In particolare, a pagina 1120 sempre SCOGNAMIGLIO in *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, cit. afferma che «volendo ragionare nella prospettiva del dato normativo costituzionale, è, dunque, l'effettività il valore o principio costituzionale che viene in questo caso in considerazione come possibile fondamento sistematico di scelte interpretative che, [...] possono enfatizzare la funzione sanzionatoria della responsabilità civile ovvero rappresentare il referente di opzioni normative tali da introdurre senz'altro “prestazioni sanzionatorie” dell'illecito civile, destinate a coordinarsi variamente con la prestazione risarcitoria propriamente intesa».

<sup>573</sup> A tal riguardo è stato osservato che «troppe condanne resteranno inspiegabili, funzionalmente e descrittivamente, fintantochè ci si ostini a negare che entro quest'area dell'afflittività diverso e peculiare sia il valore che assumono voci quali, ad esempio, prevenzione, rimprovero, esternalizzazione dei costi, abuso, licenza di nuocere, quali mercato, equità, *laissez faire*, assicurazione: a negare cioè che esista più di un modo per servire gli interessi della vittima – che le vie della funzione reintegratoria possono essere, se non proprio infinite, comunque abbastanza numerose». Così CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 892.

## CAPITOLO V

### ILLECITO *ANTITRUST*, PROFITTO ILLECITO E DANNI PUNITIVI

#### 1. Profili introduttivi

Alla luce delle conclusioni cui si è giunti sorgono spontanee alcune considerazioni in merito all’attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme a tutela della concorrenza.

Il riferimento è specificamente al recentissimo D. Leg. del 19 gennaio 2017 n. 3 intervenuto in attuazione della direttiva 2014/104 UE.

È noto che nell'ambito dell'Unione Europea il *public enforcement* ha tradizionalmente costituito il canale preferenziale per assicurare il rispetto della normativa posta a garanzia della concorrenza.

Da tempo, tuttavia, si è fatta avanti l’idea che per tutelare l’efficacia delle regole del Trattato occorra implementare anche il differente canale del *private enforcement*. Con tale espressione si suole far riferimento all’applicazione delle regole di concorrenza anche nell’ambito dei giudizi civili al fine di assicurare il ripristino delle situazioni giuridiche incise attraverso il riconoscimento della tutela risarcitoria.

Ciò è stato sostenuto per la prima volta dalla Corte di Giustizia nell’ambito del noto caso *BRT/Sabam*<sup>574</sup>. Più specificamente, in quest’occasione, la Corte di Giustizia ha affermato che i divieti *antitrust*

---

<sup>574</sup> Corte di Giustizia 30 gennaio 1974 causa C-127/ 73 *BRT/sabam* consultabile in *Eur - Lex* all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0127> . In argomento v. BRUZZONE – SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, in *Merc. Conc. Reg.*, XIX, n.1 aprile 2017,13.

sanciti dal Trattato conferiscono in via diretta ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare.

Tale concetto è stato ribadito nel caso *Courage*<sup>575</sup> ove è stato affermato che l'obbligo per i giudici nazionali di riconoscere tutela risarcitoria ai soggetti danneggiati a seguito di condotte anticoncorrenziali discende dall'impegno assunto dagli Stati membri di cooperare lealmente con l'Unione Europea al fine di assicurare la piena efficacia delle disposizioni del trattato.

Per lungo tempo questi sono stati gli unici principi che hanno individuato la disciplina di riferimento a livello europeo relativa al risarcimento del danno derivante da condotte anticoncorrenziali. L'individuazione delle specifiche condizioni e procedure di esercizio delle azioni risarcitorie era, quindi, sostanzialmente rimessa ai legislatori dei singoli stati membri.

Ciò ha condotto alla composizione di un quadro eterogeneo e frastagliato. Il diritto al risarcimento del danno conseguente a violazione della normativa *antitrust*, quindi, non era garantito in modo uniforme sull'intero territorio dell'Unione, ma rinveniva la propria disciplina nell'ambito delle singole legislazioni nazionali.

Nel tempo si è fatta strada la convinzione che la repressione dei comportamenti anticoncorrenziali e quindi l'obiettivo della tutela della concorrenza<sup>576</sup> potesse essere perseguito efficacemente attraverso il

---

<sup>575</sup> Corte di Giustizia 20 settembre 2001, *Courage Ltd. V. Bernard Crehan* (causa C – 453/99) consultabile in *Eur – lex* all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0453> . Tale principio è stato ribadito dalla Corte di Giustizia 13 luglio 2006 n. 295, cause riunite *Manfredi v. Lloyd Adriatico Ass* (cause riunite da C- 295 – 04 a C – 298/04). In argomento v. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust, la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione modelli a confronto*, Napoli, 2017, 100 ss. e ALPA, *Illecito e danno antitrust casi e materiali*, Torino, 2016, 30 ss.

<sup>576</sup> Proprio facendo appello agli obiettivi della Dir. 2014/104/UE Cass. 4 giugno 2015, n. 11564 ha cassato una sentenza di merito rimproverandole di aver deciso la causa sulla base della “meccanica” applicazione delle regole sull'onere della prova, invece di dar luogo ad un'interpretazione delle norme processuali comunitariamente orientata e quindi funzionale alla corretta attuazione del diritto della concorrenza, sì da valutare l'opportunità di attivare anche d'ufficio i propri poteri istruttori. Per un commento della decisione

potenziamento delle azioni dirette ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla violazione della normativa *antitrust*. Ebbene, tali rilievi hanno spinto gli organi dell'Unione ad interrogarsi circa l'opportunità di individuare un nucleo di regole comuni volte a facilitare l'esercizio delle azioni risarcitorie in questione.

Le possibili soluzioni sono state oggetto di discussione, dapprima nell'ambito del c.d. Libro verde del 2005 e successivamente nel c. d. Libro bianco del 2008, dando la stura ad un vivace dibattito pubblico<sup>577</sup> che è sfociato nell'adozione della direttiva in commento.

Quest'ultima e il relativo decreto di recepimento perseguono «l'apprezzabile obiettivo di rafforzare il “tono muscolare” dell'arto meno sviluppato»<sup>578</sup> su cui poggia il sistema binario ove è edificata la disciplina *antitrust* ovvero quello del risarcimento del danno.

In altri termini, lo scopo perseguito è quello di agevolare il ricorso dei danneggiati<sup>579</sup> alle azioni civili per il risarcimento del danno, al fine di

---

in questione v. CASORIA – PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement, e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Foro it.*, I, 2015, 2752 e GERACI, *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*, in *Dir. ind.*, 2015, 541.

<sup>577</sup> Cfr. Commissione Europea, Libro verde del 19 dicembre 2005, Com. (2005) 672 e Libro bianco del 2 aprile 2008, Com. (2008) 165 def. Entrambi i documenti sono stati oggetto di consultazione pubblica; i contributi ricevuti dalla Commissione Europea sono disponibili all'indirizzo [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html). Per alcuni commenti al Libro verde e al Libro bianco v. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Merc., conc., reg.*, 2006, II, 321 – 356 e CAMILLI – CAPRILE - PARDOLESI E RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Merc. conc. reg.*, 2008, II, 229 – 282.

<sup>578</sup> L'espressione è di PEZZOLI – SEPE, “Public” e “private enforcement” c'è danno e danno..., in *Anal. giur. econ.*, 2/2017, 355.

<sup>579</sup> È opportuno sin da subito sottolineare che questione a lungo dibattuta è stata quella concernete l'individuazione della platea dei soggetti legittimati ad esperire detta azione di risarcimento del danno. In particolare, si è discusso circa la possibilità di considerare il consumatore legittimato ad agire in giudizio al fine di far valere la violazione delle norme *antitrust*. Nel risolvere il prospettato quesito la giurisprudenza di legittimità faceva perno sugli scopi perseguiti dalla disciplina – nazionale e comunitaria – della concorrenza. Lo scenario è giunto agli onori delle cronache giudiziarie a seguito del moltiplicarsi di ricorsi aventi ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno e di ripetizione dell'indebito pagato a titolo di aumento del premio di polizza per effetto del provvedimento n. 8546 del 2000 dell'Agem che accertò e sanzionò l'avvenuta violazione dell'art. 2 l. 287/90 da parte di 39 imprese assicurative per aver realizzato un cartello in tema di assicurazione R.C.A. In un primo momento la Cassazione ha affermato la carenza di legittimazione ad agire del consumatore, facendo leva sul fatto che i soggetti tutelati in via diretta dalla normativa *antitrust* sono esclusivamente gli imprenditori. A tale stregua, l'utente singolo poteva trarre

---

vantaggio dai generali benefici della libera concorrenza di mercato solo in via riflessa e indiretta, ma ciò impediva di ritenere quest'ultimo direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o da un gruppo di imprese. (In questo senso v. Cass. civ., sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811 e Cass. civ., sez. I, 9 dicembre 2002 n. 17475 consultabili in *Banca Dati De Jure*. Su questa scia la dottrina affermava che «non è agevole isolare all'interno delle norme sostanziali dettate dalla 287 del 90, alcun indizio sicuro del riconoscimento dell'interesse alla concorrenza come interesse del singolo consumatore» e giungeva, altresì, a ritenere «difficile trovare conferma della circostanza che l'interesse del singolo consumatore o utente che acquista sul mercato beni o servizi a che la concorrenza non venga artificialmente alterata, o peggio esclusa sia qualcosa di più e di diverso da un interesse di mero fatto, come tale non tutelabile in via giurisdizionale» così GUIZZI *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro It.*, 2004, I, 479 - 483. In questo senso v. anche, CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile, Danno e Resp.*, 2004; ID, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e Resp.*, 2004, 1168). In un saggio sulla *Class Action* si evidenziava, per converso, la necessità di rivisitare tale impostazione, affermando – sulla scorta degli orientamenti delle Corti statunitensi in materia di *antitrust* - l'ammissibilità dell'azione risarcitoria del consumatore per danni derivanti da violazioni del diritto della concorrenza. Cfr. FAVA *Class action all'italiana: "Paese che vai usanza che trovi"*, in *Corr. Giur.*, 2004, 397-415). In senso critico, inoltre, è stato osservato che la piena efficacia della disciplina *antitrust* sarebbe gravemente pregiudicata se non fosse riconosciuto a chiunque il diritto di richiedere il risarcimento del danno cagionatogli da condotte idonee a restringere o falsare il gioco della concorrenza. Una lettura di tal fatta, inoltre, enterebbe in rotta di collisione anche con il principio comunitario del c.d. effetto utile sancito dall'art. 85 CEE. Tali rilievi critici sono stati accolti dalle Sezioni Unite le quali con sentenza del 4 febbraio 2005 n. 2207 hanno affermato che la legge *antitrust* deve essere interpretata alla luce dei principi dell'ordinamento comunitario. Già la Corte di Giustizia nel caso *Courage Ltd. V. Bernard Crehan* (causa C – 453/99 consultabile in *Eur – lex* all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0453>), infatti, aveva fornito un'interpretazione tendente ad ampliare l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa della concorrenza, valorizzando proprio le azioni risarcitorie, quali mezzi idonei a migliorare la struttura competitiva del mercato. In questo senso è stato anche osservato che la disciplina nazionale vieta le sole intese idonee a restringere, limitare o falsare “in modo consistente” il sistema competitivo del mercato. Da tale dato quantitativo si inferisce che oggetto immediato di tutela non è il pregiudizio arrecato all'impresa concorrente, bensì il più generale interesse alla tutela della concorrenza. Quest'ultima non involge esclusivamente gli interessi delle imprese, ma anche quelli dei consumatori che ben possono subire un danno a causa della violazione di tale disciplina. In altri termini, l'illecito anticoncorrenziale ha valenza plurioffensiva. Vieppiù, la concorrente legittimazione del consumatore può ricavarsi anche facendo riferimento all'art. 4 della 287 del 90. Non è un caso che detta norma nel disciplinare il potere dell'Agcm di autorizzare, per un determinato periodo di tempo, intese che altrimenti risulterebbero vietate richiede espressamente che le stesse siano idonee ad apportare un «sostanziale beneficio per i consumatori».

A tale stregua, la Suprema Corte ha affermato che la legge *antitrust* ha come destinatari, non solo gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato ovvero chiunque abbia un interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato tale da poter addurre uno specifico pregiudizio derivante dalla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata. Dunque, la disciplina della concorrenza non ha come esclusivo scopo quello di attuare la tutela degli imprenditori che agiscono sul mercato, al contrario, persegue anche il più complesso obiettivo di rimuovere gli «ostacoli che si frappongono sia alla concorrenza tra imprese, sia alla libera determinazione degli individui che vengono riconosciuti, al tempo stesso, destinatari e motori degli atti di concorrenza». (così INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Contr. impr.* 2005, 914).

In merito a tale storica pronuncia v. *amplius*, tra l'altro, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 ss., con nota di PALMIERI, PARDOLESI E SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*; in *Europa dir. priv.*, 2005, 435 ss. con nota CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*; in *Giur.it.*, 2005, 1675 con nota SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*; in *Danno e resp.*, 2005, 956 con nota CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*. In argomento v. anche PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: La cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corriere giur.* n. 3/2005, 337; NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arret*, in *Corriere giur.* n. 3 /2005, 342 consultabili al sito <http://www.giur.uniroma3.it/materiale/forense/civileI/2013-2014/gennaio/Sezioni%20Unite%202005%20-%20Nullit%20intese%20restrittive.pdf>.

incentivare il contrasto delle pratiche anticoncorrenziali operanti sul piano privatistico (c.d. *private enforcement*), affinché quest'ultimo si affianchi efficacemente all'attività svolta con gli strumenti di diritto pubblico (c.d. *public enforcement*).

Si tratta di un intervento volto a migliorare il coordinamento tra i canali del *public* e del *private enforcement* al fine di valorizzarne appieno la complementarità.

Del resto, la crescente consapevolezza circa la necessità di rafforzare la complementarità tra *public* e *private enforcement* emerge in modo palese dal *considerandum* 6 della Direttiva. Secondo cui «per garantire un efficace applicazione a livello privatistico [...] e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole della concorrenza». Il sistema è stato, infatti, definito nella relazione di accompagnamento a “due pilastri”<sup>580</sup>. In questa prospettiva i principali strumenti di interazione tra *public* e *private enforcement* sono da rinvenire: nella possibilità attribuita al giudice di avvalersi nella determinazione del danno dell'assistenza dell'Agcm (art. 14 co.3 del decreto) e nell'efficacia vincolante attribuita alle decisioni definitive di quest'ultima con riferimento all'accertamento della violazione nell'ambito dei giudizi volti ad ottenere il risarcimento del danno (art 7 del decreto)<sup>581</sup>. Le misure appena citate saranno analizzate di seguito.

---

<sup>580</sup> Sui rapporti tra *public enforcement* e *private enforcement* nel diritto *antitrust*, v. BIANCHINI, *Dialogo interdisciplinare intorno alla responsabilità (civile) dell'impresa per violazione delle norme a difesa della concorrenza: dall'acquis sul private enforcement alla direttiva n. 2014/ 104/UE (passando per il caso Cargest)*, in *Dialogo tra corti e nuove frontiere della responsabilità*, a cura di Bianchini, Calegari, Gioia, Padova, 2017, 316.

<sup>581</sup> MUSCOLO, *Le novità nei rapporti tra Public e il Private Enforcement alla luce della direttiva 2014/104 UE* disponibile all'indirizzo: <http://www.antitrustitalia.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/08/Antitrustitalia-Intervento-Gabriella-Muscoło.pdf> .

Tuttavia, si avrà modo di verificare nel prosieguo della trattazione che nel nuovo scenario che si sta prospettando - al di là dei declamati obiettivi - il *private enforcement* non sembra essere stato sufficientemente valorizzato e conseguentemente può presagirsi che il canale primario volto a garantire l'applicazione della normativa *antitrust* continuerà ad essere il *public enforcement*, con tutto ciò che ne consegue in punto di efficienza della relativa tutela<sup>582</sup>.

Ad ogni buon conto, l'attuazione della direttiva è stata giudicata come "un'occasione unica"<sup>583</sup> per sciogliere i molteplici nodi problematici che interessano questo genere di azioni, la cui complessità ha rappresentato un freno alla loro applicazione<sup>584</sup>.

È opportuno precisare che le regole così introdotte non costituiscono un'innovazione in senso assoluto. E' noto, infatti, che la tutela risarcitoria a fronte di condotte anticoncorrenziali non solo era già contemplata nell'ambito del nostro ordinamento a livello normativo<sup>585</sup>, ma

---

<sup>582</sup> In argomento BRUZZONE – SAJIA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit. ,13.

<sup>583</sup> CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, 321.

<sup>584</sup> VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, 441.

<sup>585</sup> Il riferimento è all'art. 33 l. n. 287/1990 il quale dispone che: «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni».

Giova notare, inoltre, che la preesistenza di una forma di tutela realizzata attraverso gli ordinari strumenti dell'illecito civile ha indotto il legislatore a predisporre una disciplina transitoria. Detta disciplina distingue le disposizioni processuali da quelle sostanziali e rende le prime operanti anche nei giudizi in corso, purché gli stessi siano stati introdotti successivamente alla data di efficacia della direttiva ovvero il 26 dicembre 2014. Ciò significa che le norme inerenti agli ordini di esibizione e alla sospensione del processo in caso di accesso a composizioni stragiudiziali della lite (artt. 3, 4, 5 e 15, comma 2, D. Lgs.) troveranno applicazione in relazione ai giudizi già pendenti, purché successivi alla data indicata, e in relazione a quelli futuri, ancorché aventi ad oggetto condotte pregresse.

In conformità con quanto disposto dalla direttiva, inoltre, non sono contenute altre deroghe al normale regime di irretroattività della legge. La direttiva, infatti, vieta ai legislatori nazionali di prevedere l'applicazione retroattiva delle disposizioni di carattere sostanziale (art. 22 Dir.); ciò implica che, al di fuori di quelle specifiche regole processuali le innovazioni ora introdotte saranno applicabili solo con riferimento agli atti illeciti commessi successivamente all'entrata in vigore delle nuove norme. In questo senso si

ha anche sovente trovato applicazione pratica, pur se con non poche difficoltà<sup>586</sup>.

Ebbene, le nuove regole perseguono proprio la finalità di superare dette problematicità al fine di rendere più agevole il ricorso in giudizio e conseguentemente promuovere il rispetto delle regole della concorrenza.

La nuova disciplina, tuttavia, non coglie del tutto il bersaglio. Infatti, se è vero che la stessa pone delle agevolazioni - specialmente con riguardo al profilo probatorio - è altresì vero che non sembrano sufficientemente garantite le ragioni di deterrenza che tale microsistema reclama a gran voce.

Il risultato sembra essere un sistema non del tutto coerente, per così dire “ibrido”<sup>587</sup> che, da un lato, trae spunti dall’esperienza anglossasone<sup>588</sup>, dall’altro, sembra respingerla (laddove invece dovrebbe accoglierla!) con l’esplicito divieto di *overcompensation* cristallizzato all’art. 1 della direttiva che si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione.

È opportuno precisare, infine, che la disciplina in questione non incide in alcun modo sulle modalità di configurazione dell’illecito, infatti, le condotte perseguite continuano ad essere quelle scolpite dagli artt. 101 e 102 TFUE e degli artt. 2, 3, e 4 della legge *antitrust* italiana (l. 287/1990)<sup>589</sup>.

---

esprime VILLA, *L’attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 442.

<sup>586</sup> Per un quadro della questione v. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione del diritto antitrust*, Milano, 1996; CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012 e CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell’AGCM*, cit., 314.

<sup>587</sup> L’espressione è utilizzata da BRUZZONE – SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 13.

<sup>588</sup> Il riferimento è alla *disclosure* delle prove che sarà affrontata a breve.

<sup>589</sup> Al riguardo, è opportuno precisare che un primo interrogativo posto al legislatore interno ha riguardato l’ambito di applicazione della direttiva. Quest’ultima – in omaggio al principio di sussidiarietà – ha perseguito l’obiettivo di imporre agli Stati membri regole comuni con riferimento alle violazioni delle norme *antitrust* europee (artt. 101 e 102 TFUE), indipendentemente dalla disciplina nazionale. In altri termini, la direttiva ha imposto ai legislatori nazionali un livello minimo di tutela con riferimento alle violazioni delle norme *antitrust* europee (artt. 101 e 102 TFUE), senza con ciò pretendere la sua estensione a violazioni riguardanti il solo diritto interno. Il rischio discendente da tale impostazione risiede nella

Nel prosieguo della trattazione, dopo aver effettuato alcuni brevi cenni sulle principali novità apportate dalla novella, ci si soffermerà sulle problematiche connesse all'ultimo snodo del giudizio ovvero quello concernente la concreta quantificazione del risarcimento del danno.

## **2. Cenni sulle novità introdotte dal D. Leg. del 19 gennaio 2017 n. 3 intervenuto in attuazione della direttiva 2014/104 UE**

L'idea di fondo che ispira molte delle novità introdotte è che, nelle azioni in materia *antitrust*, dimostrare l'esistenza e l'entità del danno attraverso la costruzione di uno scenario controfattuale può essere particolarmente oneroso e complicato. Per scongiurare che tali difficoltà si tramutino in un impedimento all'ottenimento del risarcimento del danno la nuova normativa pone una serie di strumenti volti ad agevolare il ruolo, tanto del danneggiato, quanto del giudice al fine del perseguimento di tale obiettivo.

Ebbene, una delle più rilevanti novità opera sul piano dei mezzi di prova.

E' evidente la difficoltà nella quale incorrono gli attori che intendano ottenere il risarcimento del danno derivante da illecito *antitrust*

---

possibilità di edificare due differenti livelli di reazione alle lesioni della concorrenza, diversamente disciplinate a seconda che l'illecito coinvolga anche il diritto europeo oppure no. «Questa possibile divaricazione è stata evitata dal legislatore italiano, che ha ragionevolmente preferito creare un regime unitario delle azioni, sia che esse coinvolgano la normativa europea, sia che riguardino fattispecie disciplinate in via autonoma dalla sola legge italiana». (Così VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 443). Ciò è confermato dall'art. 2, comma 1, lett. b del decreto il quale afferma che per diritto della concorrenza si intendono: «le disposizioni di cui agli articoli 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, applicate autonomamente, nonché le disposizioni di altro Stato membro che perseguono principalmente lo stesso obiettivo degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le predette disposizioni di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, applicate nello stesso caso e parallelamente al diritto della concorrenza dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003, escluse le disposizioni che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni penali costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese».

se solo si pone attenzione alla circostanza che la maggioranza dei dati da cui è dato desumere l'esistenza di intese, pratiche concordate ovvero di abusi risiedono in documenti posti nell'esclusiva disponibilità del responsabile.

Proprio al fine di ripianare questa disparità la direttiva pone misure volte ad introdurre semplificazioni ovvero strumenti istruttori destinati ad operare a tutto vantaggio dei danneggiati.

Il riferimento è in *primis* al c.d. ordine di esibizione (art. 3, 4 e 5 del decreto) destinato ad operare indifferentemente sia in caso di azioni cc.dd. *stand alone* (ovvero quelle promosse dai danneggiati in assenza di una preventiva iniziativa dell'autorità garante della concorrenza) che in caso di azioni cc.dd. *follow on* (ovvero quelle che fanno seguito a provvedimenti sanzionatori dell'autorità).

Lo strumento in questione si presenta come un mezzo duttile che in qualche misura sembra ricalcare il modello della *discovery* caro ai sistemi anglosassoni, teso a colmare la ricorrente asimmetria informativa tra attore e convenuto<sup>590</sup>. Di tal guisa, il giudice potrà ordinare, su istanza di parte, che l'altra o un terzo esibiscano determinate prove rilevanti ai fini della decisione<sup>591</sup>.

---

<sup>590</sup> E' stato a tal riguardo osservato che «Ovviamente l'asimmetria a favore del responsabile convenuto rappresenta la situazione usuale, ma ciò non significa che l'ordine di esibizione non possa essere richiesto anche da costui; ne è esplicita testimonianza tanto la menzione della "plausibilità" della "difesa" contenuta nell'art. 3, comma 1, quanto la regola prevista dall'art. 11 che, trattando dell'eccezione avente ad oggetto la circostanza che l'attore ha trasferito il danno incrementando il prezzo dei suoi prodotti, pone l'onere di provare la traslazione in capo al convenuto, il quale può giovare a tal fine dell'ordine di esibizione». Così VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 444.

<sup>591</sup> Si ricorda che regole comuni in relazione al potere del giudice di chiedere l'esibizione delle prove erano già state fissate a livello europeo per le controversie in materia di proprietà intellettuale dalla direttiva 2004/48/CE e sono state recepite nel nostro ordinamento nel Codice della proprietà industriale e nella legge sul diritto d'autore, sia pure con una disciplina meno articolata di quella ora introdotta per l'*antitrust* dal decreto legislativo n. 3/2017. Il riferimento è all'art. 121 del Codice della proprietà industriale e all'art. 156 – *bis* della legge n. 633/1942 sul diritto d'autore.

Tuttavia, la direttiva così come il decreto di recepimento non hanno mancato di porre una serie di cautele volte garantire il rispetto del contraddittorio processuale e a bilanciare le esigenze di prova con gli interessi alla riservatezza, anche dei terzi.

Per contemperare le opposte esigenze appena descritte la disciplina della *disclosure* pone come principi cardine quello di necessità e proporzionalità.

Tale strumento dovrà essere utilizzato dal giudice solo a fronte di prove effettivamente rilevanti in relazione alle quali si registri l'impossibilità o quanto meno un'eccessiva difficoltà di acquisizione per altra via.

A tal fine, l'art. 3 del decreto impone che l'istanza sia motivata e indichi i fatti e le prove che ragionevolmente si trovino nella disponibilità della controparte o del terzo che «siano sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda o della difesa»<sup>592</sup>.

Il giudice a fronte di un'istanza così formulata sarà chiamato a compiere una rigorosa verifica circa la necessità e proporzionalità<sup>593</sup> dell'esibizione richiesta.

All'esito di tale valutazione l'organo giudicante emette nei confronti della controparte o del terzo un ordine che individua

---

<sup>592</sup> Al giudice, inoltre, sarà consentito in ossequio al principio di proporzionalità di non limitare l'ordine di esibizione a documenti specifici, ma di estenderlo a "categorie di prove", individuate con riferimento alla natura comune degli elementi che compongono la categoria, al periodo della loro formazione ovvero al loro oggetto e contenuto. Tale tipologia di esibizione rappresenta una innovazione notevole rispetto al sistema processuale nostrano. La Corte di Cassazione in applicazione dei principi della direttiva all'epoca non ancora recepita ha fatto un uso incisivo di tale strumento, al fine di incentivare il *Private enforcement*. Il riferimento è a Cass. 4 giugno 2015, n. 11564 sulla quale v. CASORIA – PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement, e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?* cit., 2752 ss. e GERACI, *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*, cit., 541 ss.

<sup>593</sup> La valutazione di proporzionalità implica che il giudice si concentri su tre aspetti espressamente richiamati dall'art. 3 co. 3 del decreto: a) in quale misura la domanda di risarcimento o la difesa siano sostenute da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione; b) quali sono la portata e i costi dell'esibizione, con speciale riferimento ai terzi interessati; c) se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengano informazioni riservate, in specie riguardanti i terzi.

«specificamente e in modo circoscritto» gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prova da esibire.

In ogni caso a garanzia del convenuto ovvero del terzo l'art. 4 co. 5 sancisce che «gli autori dei documenti interessati possono chiedere al giudice di essere sentiti» prima che il giudice ordini l'esibizione.

Tale contraddittorio consentirà di acquisire le valutazioni del destinatario dell'istanza circa la rilevanza delle informazioni richieste e i costi connessi alla esibizione in giudizio. Ciò si rivela necessario non solo al fine di individuare le misure atte a proteggere le informazioni riservate, ma più in generale al fine di garantire la corretta attuazione del principio di proporzionalità.

«Il ruolo del giudice nel nuovo sistema presuppone non solo l'applicazione delle regole giuridiche ma anche una significativa capacità gestionale per governare l'istruzione probatoria calibrando attentamente la portata dell'esibizione in funzione dei diversi interessi coinvolti, con elementi innovativi rispetto alla tradizione dei paesi di *civil law*»<sup>594</sup>. Tanto ha condotto parte della dottrina ad equiparare il giudice al “*manager del processo*”<sup>595</sup>.

È opportuno rammentare, inoltre, che a quest'ultimo è affidata la facoltà di considerare dimostrato il fatto cui la prova si riferisce in caso di inottemperanza all'ordine (art.6 D.Lgs)<sup>596</sup>.

Non è il caso, tuttavia, di sopravvalutare l'effettiva portata di tale strumento. E' stato a tal riguardo acutamente osservato, infatti, che «l'intervento normativo sugli aspetti istruttori si innesta in ogni caso sulla

---

<sup>594</sup> Così BRUZZONE – SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit.,18.

<sup>595</sup> *Ibidem*,15.

<sup>596</sup> L'inottemperanza all'ordine del giudice, inoltre, espone il destinatario dello stesso e il suo rappresentante legale a una sanzione pecuniaria amministrativa sino a 150.000 euro.

struttura generale del processo civile come disciplinato dal codice di rito; ciò comporta che, a dispetto del fatto che la facilitazione nell'accesso alle prove intenda favorire il ricorso alle cause per il risarcimento, le regole inerenti all'onere di allegazione dei fatti e alle preclusioni processuali continuino ad essere le stesse del processo ordinario, con il permanere di difficoltà per l'attore legate al contingentamento delle scadenze processuali; ciò, presumibilmente, indurrà a preferire l'attesa degli accadimenti svolti dall'Autorità garante all'introduzione di una causa in fattispecie in cui non vi sia sin dal principio chiarezza sull'andamento dei fatti»<sup>597</sup>.

La nuova disciplina, sempre al fine di superare tali difficoltà probatorie, attribuisce al giudice la possibilità di avvalersi nella determinazione del danno dell'assistenza dell'Agcm<sup>598</sup>.

Il pericolo derivante da una disposizione di questo genere è duplice.

In particolare, si osserva che, di tal guisa, potrebbe darsi la stura ad un eccessivo coinvolgimento delle autorità di concorrenza su temi che esorbitano rispetto al proprio compito istituzionale e correlativamente si potrebbe incorrere nel rischio di compromettere l'autonomia e indipendenza del giudice nello svolgimento dei propri compiti istituzionali<sup>599</sup>.

---

<sup>597</sup> Così VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 444. In argomento v. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in AIDA, 2015, 251 e VINCRE, *La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in Riv. Dir. proc., 2015, 1153 ss.

<sup>598</sup> Specificamente l'art. 14 co. 3 sancisce che «Il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima».

<sup>599</sup> In argomento v. BRUZZONE – SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 30. Il quale osserva, tra l'altro che una disposizione di tal fatta, in verità, non costituisce una novità in senso assoluto. L'A., a tal riguardo, rievoca l'art. 15 del regolamento n.1/2003 il quale prevede, sin dalla sua entrata in vigore, la possibilità di interventi della commissione e delle autorità di concorrenza in funzione di *amicus curiae* nell'ambito dei processi civili.

Tali rischi sembrano, tuttavia essere scongiurati dal Decreto, che aggiungendo alcuni accorgimenti in più rispetto alla generica disposizione contenuta nella direttiva, sembra contemperare adeguatamente le opposte esigenze.

La disposizione nazionale, infatti, precisa che l'assistenza dell'autorità nella quantificazione del danno deve corrispondere a "richieste specifiche" del giudice. Su altro versante, la stessa autorità potrà rifiutare l'assistenza al fine di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza.

L'assistenza dell'Agcm ai giudici sarà quindi guidata, non solo dal principio di leale collaborazione, ma anche dai diversi - ma non opposti principi - di efficiente allocazione delle risorse e indipendenza e libera determinazione del giudice in merito alla quantificazione del danno.

Si può quindi ritenere che l'autorità potrà legittimamente opporre un rifiuto a fronte delle richieste del giudice ad esempio qualora in relazione al caso oggetto di controversia sia in corso un procedimento istruttorio.

«Gli accorgimenti presenti nel decreto dovrebbero essere sufficienti ad assicurare una chiara distinzione tra il ruolo dell'Agcm e quello del consulente tecnico d'ufficio evitando che l'Autorità venga distolta delle sue funzioni istituzionali per dedicarsi ad attività rispetto alle quali già esiste nell'ordinamento una specifica copertura accompagnata da consolidate garanzie volte ad assicurare il giusto processo. La relazione illustrativa del decreto ricorda che ai fini della stima concreta del danno il giudice ha la facoltà di avvalersi dell'ausilio di un consulente tecnico secondo le regole generali di cui agli articoli 61 e 191 c.p.c.: sembra così confermato che l'assistenza dell'autorità ha una funzione integrativa dell'assetto vigente. Alla luce dei principi richiamati le richieste di

assistenza alla Agcm possono risultare appropriate quando in ragione di circostanze oggettive l'autorità è in grado di dare un valore aggiunto rispetto a un CTU; l'articolo 14 comma 3 potrebbe costituire a questo fine uno strumento utile che si aggiunge all'articolo 213 c.p.c.»<sup>600</sup>.

L'autorità potrebbe, ad esempio, essere chiamata a fornire chiarimenti in merito all'attività svolta, in ragione di particolari conoscenze sul funzionamento di un mercato o di un settore.

Spostando l'attenzione dal ruolo del giudice a quello del danneggiato vengono in rilievo altre disposizioni degne di menzione.

Sempre in virtù dell'esigenza di incrementare l'effettività delle tutele apprestate per tutti gli agenti del mercato - imprese o consumatori che siano - può essere letta «l'iniziativa del legislatore eurocomunitario, che, al cospetto di un *private enforcement* delle regole *antitrust* in palese debito di ossigeno e incapace di decollare, ha sancito – nel contesto di una trama disciplinare per ogni altro verso dimessa e velleitaria – la presunzione *iuris tantum* che le violazioni consistenti in cartelli cagionino un danno»<sup>601</sup>. In altri termini, il legislatore all'art. 14 co. 2 del decreto<sup>602</sup>, in attuazione della direttiva, codifica una presunzione relativa circa l'esistenza di un danno, laddove sia stata accertata l'esistenza di un cartello.

Avendo riguardo ai lavori preparatori della direttiva risulta evidente che la scelta di introdurre tale presunzione rinviene la sua *ratio* in un dato di esperienza e cioè al fatto che in una elevatissima percentuale di casi la

---

<sup>600</sup> In termini BRUZZONE – SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 31.

<sup>601</sup> PALMIERI – PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2638. Cfr. BERTOLLINI, *Il risarcimento del danno e il trasferimento del prezzo in Il private enforcement antitrust dopo il D.leg. 19 gennaio 2017 n. 3* (a cura di) SASSANI, Pisa, 2017, 233 ss.

<sup>602</sup> La norma così dispone: «L'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione».

conclusione di cartelli è idonea di per sè a recare pregiudizio ai soggetti del mercato.

Ebbene, la Direttiva, nell'ottica di agevolare l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno, ha ritenuto opportuno traslare tale dato esperienziale in una regola di carattere generale ovvero in una presunzione di danno. Sì badi però che la norma fa salva la possibilità per il partecipante al cartello convenuto in giudizio di fornire prova contraria.

Ciò che si verifica, in altri termini, è un'inversione dell'onere probatorio.

A tale stregua, l'attore una volta provata l'esistenza del cartello sarà sollevato dal relativo onere di provare che lo stesso abbia, altresì, prodotto un danno. Quest'ultimo è presunto e, al contrario, spetterà al convenuto convincere il giudice circa l'inesistenza del danno addotto dalla controparte. Ciò potrà verificarsi, ad esempio, qualora il partecipante al cartello dimostri l'inesistenza di alcun aumento di prezzo ovvero che lo stesso in realtà non è direttamente ricollegabile al cartello in questione, in quanto rinviene la propria ragione in altra giustificazione economica.

Sì badi tuttavia che l'ambito applicativo di tale regola - volta evidentemente ad agevolare l'attore - è particolarmente limitato in quanto destinato a venire in rilievo solo ed esclusivamente qualora si ritenga che la lesione e il relativo danno trovi la propria origine nella conclusione di un cartello vietato con conseguente riespansione delle regole che generalmente presiedono il riparto dell'onere probatorio in tutte le altre ipotesi.

Si osservi inoltre che, in ogni caso, tale presunzione non solleva l'attore dall'onere di provare la lesione subita e l'effettivo ammontare del danno<sup>603</sup>.

La nuova disciplina pone un ulteriore meccanismo basato su presunzioni, sempre nell'intento di favorire le vittime di pratiche illecite. Il riferimento è al meccanismo del c.d. *passing on* disciplinato dagli artt. 11 e 12 del decreto<sup>604</sup>.

L'intervento normativo ha riguardo ai casi in cui l'illecito anticoncorrenziale si collochi ad un certo livello della catena produttiva o distributiva cagionando un aumento del prezzo in pregiudizio dell'anello della catena immediatamente inferiore, ma l'impresa colpita dagli effetti della pratica vietata sia in grado di trasferire l'aumento di prezzo più a valle ovvero in capo al c.d. acquirente indiretto.

Si discorre a tal riguardo del fenomeno del c.d. *passing on*. In merito il decreto statuisce che, da un lato, il convenuto può eccepire che l'attore non abbia subito alcun danno ovvero che lo abbia subito solo parzialmente in quanto in parte trasferito; dall'altro lato, l'acquirente indiretto è

---

<sup>603</sup> In argomento v. BRUZZONE – SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 30. Il quale, inoltre osserva che «Per avere un'idea della rilevanza della questione è sufficiente ricordare che nel caso *Otis* la pretesa risarcitoria sollevata dalla stessa commissione europea in un'azione *follow – on* relativa a un'intesa nel settore degli ascensori è stata respinta dal tribunale di Bruxelles in quanto la commissione non aveva fornito sufficienti elementi informativi per consentire una quantificazione del danno subito secondo gli standard previsti». Cfr. Tribunal de Commerce de Bruxelles, *Kone, Otis, Schindler et Thyssenkrupp*, 24 novembre 2014, A/08/06816.

<sup>604</sup> La lettera dell'art. 11 – rubricato eccezione di trasferimento - così dispone: «Nelle azioni per il risarcimento del danno, il convenuto che eccepisce il fatto che l'attore ha trasferito in tutto o in parte il sovrapprezzo derivante dalla violazione del diritto della concorrenza ha l'onere di provarlo anche chiedendo l'esibizione di prove all'attore o a terzi». Si ricorda anche che la lettera dell'art.12 – rubricato acquirenti indiretti- sancisce che: «1. Nelle azioni di risarcimento del danno per trasferimento in tutto o in parte del sovrapprezzo, l'attore deve dimostrare l'esistenza e la portata del trasferimento anche chiedendo l'esibizione di prove al convenuto o a terzi. 2. Nel caso di cui al comma 1, il trasferimento del sovrapprezzo si presume quando l'acquirente indiretto dimostra che: a) il convenuto ha commesso una violazione del diritto della concorrenza; b) la violazione del diritto della concorrenza ha determinato un sovrapprezzo per l'acquirente diretto del convenuto; c) l'acquirente indiretto ha acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza o ha acquistato beni o servizi che derivano dagli stessi o che li incorporano. 3. Il convenuto può dimostrare che il sovrapprezzo di cui al comma 2 non è stato trasferito interamente o in parte sull'acquirente indiretto».

legittimato ad agire contro il responsabile per ottenere il ristoro del sovrapprezzo trasferito su di lui.

In relazione a tali ipotesi il Decreto distribuisce l'onere della prova di modo che il rischio del fatto ignoto gravi sempre in capo al preteso responsabile. Conseguentemente se il *passing – on* è invocato dal convenuto quest'ultimo dovrà dimostrare che l'attore ha traslato il sovrapprezzo sul successivo anello della catena; al contrario, ove sia l'acquirente indiretto a lamentare di aver sopportato il sovrapprezzo, la traslazione è presunta se il preteso danneggiato dimostra che vi è stata l'infrazione, che questa ha determinato un sovrapprezzo a carico dell'acquirente diretto e che ha acquistato i beni e servizi cui la violazione si riferisce.

In conclusione, il preteso responsabile quando agisce l'acquirente diretto dovrà provare l'avvenuta traslazione, invece, se ad agire in giudizio è l'acquirente indiretto la traslazione è presunta ove ricorrano le tre condizioni appena elencate e conseguentemente sarà il convenuto a dover provare che essa in concreto non si è realizzata<sup>605</sup>.

Degno di nota è anche l'art. 8 del decreto nella parte in cui fissa il termine prescrizione in cinque anni, ribadendo sostanzialmente la durata

---

<sup>605</sup> In senso critico è stato condivisibilmente osservato che «Questo meccanismo nell'intento di favorire le vittime delle pratiche illecite, comporta però un rischio, ovvero che, laddove il convenuto non sia in grado di ricostruire i fatti, possa essere tenuto a risarcire l'intero sovrapprezzo all'acquirente diretto e il medesimo sovrapprezzo (o una sua parte) all'acquirente indiretto. È peraltro presente anche il rischio di un conflitto tra decisioni operante in senso opposto, laddove nell'azione intentata dall'acquirente diretto si ritenga provata la traslazione del danno, mentre nell'azione promossa dall'acquirente indiretto tale traslazione sia negata. La Direttiva suggeriva una soluzione per questi inconvenienti attraverso l'adozione di una regola che autorizzasse il giudice a tenere conto delle azioni o delle decisioni riguardanti soggetti posti a livelli differenti della catena di approvvigionamento, ovvero di informazioni derivanti da procedimenti amministrativi; la medesima regola è ora riprodotta nell'art. 13 del Decreto, mentre l'adozione di più incisive soluzioni di carattere processuale, quali l'ampliamento dei casi di riunione per connessione, è testualmente negata, essendo fatte salve le già esistenti regole degli artt. 39 e 40 c.p.c. In questo modo, l'art. 13 pare suggerire l'ovvio, affermando che nel giudizio si possa tenere conto, nell'esame del quadro probatorio, anche delle informazioni raccolte in altri processi e ribadendo così null'altro che il principio del libero convincimento del giudice» così VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 447.

della prescrizione in conformità a quanto il codice civile stabilisce con riferimento alla responsabilità extracontrattuale. Il dato di rilevante novità è da rinvenire nel fatto che il decreto espressamente stabilisce che la prescrizione non inizia a decorrere prima che il comportamento illecito sia cessato e prima che il danneggiato sia a conoscenza, o possa ragionevolmente presumersi che lo sia, della condotta, del danno che ne è derivato e dell'identità dell'autore della violazione. Tale disposizione rinviene la sua *ratio* nel fatto che l'esistenza di una pratica anticoncorrenziale vietata emerge spesso dopo un considerevole lasso di tempo, così come la produzione del danno non si apprezza immediatamente; ciò determina il rischio che i diritti del danneggiato incorrano in prescrizione, specialmente alla luce dell'interpretazione che reputa non rilevanti gli impedimenti di fatto all'esercizio del diritto<sup>606</sup>. Proprio per fronteggiare tale evenienza già la giurisprudenza precedente aveva ritenuto che – considerate le peculiarità del settore di riferimento – la prescrizione non iniziasse a decorrere prima della cessazione della pratica illecita ovvero dal momento in cui al danneggiato fosse oggettivamente conoscibile l'esistenza di questa<sup>607</sup>. Ebbene, è evidente che il decreto, in attuazione del principio di effettività della tutela, si muove nel solco tracciato da detta giurisprudenza<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup>In questo senso v. Cass. 26 maggio 2015, n. 10828; Cass. 15 aprile 2015, n. 7609; Cass. 6 ottobre 2014, n. 21026.

<sup>607</sup> *Ex multis* Trib. Milano, 15 ottobre 2014, n. 12043, in *Giur. it.*, 2015, 2603.

<sup>608</sup> Per ulteriori considerazioni sul tema v. SCOCCHINI, *La prescrizione del risarcimento del danno antitrust*, in *Giur. it.*, 2015, 2606. Quanto alle ulteriori innovazioni inserite dal decreto v. MANCINI – MUSCOLO, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs 3/2017*, Pisa, 2017. Inoltre, per le novità che si registrano in merito al regime di solidarietà passiva tra i responsabili e alle disposizioni relative ai mezzi di composizione stragiudiziale delle controversie v. *amplius*: *La responsabilità solidale nel risarcimento del danno antitrust tra regole generali e deroghe*, UNGARETTI DELL'IMMAGINE, 107 e *I sistemi di risoluzione consensuale della controversia*, SANTAGADA in *Il private enforcement antitrust dopo il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, cit., SASSANI (a cura di).

### 3. Sull'efficacia vincolante delle decisioni dell'Agcm

Una delle più rilevanti e discusse novità introdotte dal decreto legislativo è contemplata nell'ambito dell'art. 7 il quale disciplina l'efficacia che - nell'ambito del giudizio civile volto ad ottenere il risarcimento del danno - assumono le decisioni definitive adottate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) e dalle Autorità nazionali della concorrenza (Anc) di altri stati membri.

In particolare, la norma prevede una valenza di piena vincolatività con riguardo alle prime e, invece, di «prova prima *facie*» per quanto concerne le seconde, in relazione all'accertamento di infrazioni sancite dagli artt. 101 e 102 TFUE o ai corrispondenti divieti disciplinati dal diritto nazionale<sup>609</sup>. La disposizione ha una *ratio* per così dire “multipla” che si pone in sincronia con le novità precedentemente passate in rassegna.

---

<sup>609</sup> Così statuisce la lettera della norma: «1. Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno. 2. La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove». In proposito v. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Conc. Merc.*, 2013, 193 ss.; CARRATTA *La tutela risarcitoria per violazione della concorrenza*, in *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, Giappichelli, 2017, 79 ss.; COMOGLIO *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, 195; ID, *Note a una prima lettura del decreto legislativo numero 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 990 ss.; DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1495 ss.; G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli altri Stati membri. Art. 7 – d. lgs. 3/2017*, in Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al decreto legislativo n. 3 del 2017*, Torino, Giappichelli, 2017, 62 ss.; GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, cit., 251 ss.; VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, cit., 1153 ss.

Infatti - da un lato - l'obiettivo perseguito è quello di assicurare il coordinamento tra *public* e *private enforcement* determinando un aumento dell'efficienza complessiva del sistema, ma al contempo il risultato ottenuto è idoneo anche a sollevare l'attore dal gravoso onere di provare il fatto costitutivo della pretesa ovvero la violazione della disciplina posta a garanzia della concorrenza.

Su altro versante, la vincolatività circa l'accertamento dell'infrazione effettuato da parte di un' autorità particolarmente specializzata qual è l'Agcm si giustifica alla luce di svariate ragioni quali: non interferenza con la politica della concorrenza<sup>610</sup>, certezza del diritto (intesa nel senso di uniforme applicazione), effettività della tutela del danneggiato. A tale stregua, è stato quindi affermato che «se le garanzie del procedimento amministrativo sono adeguate, e se la decisione finale dell'autorità amministrativa è suscettibile di un sindacato giudiziale (realmente pieno), non si vede perché nel giudizio civile questa non debba "fare stato", sia pure nei limiti dell'oggetto e delle finalità proprie dell'accertamento amministrativo»<sup>611</sup>.

A conferma della ragionevolezza di tale disposizione si pone la circostanza che la stessa era già stata in qualche misura adottata dalla giurisprudenza precedente. La regola in questione, infatti, rievoca la valenza di "prova privilegiata" che i giudici<sup>612</sup> avevano attribuito nei giudizi risarcitori al provvedimento dell'Agcm. In particolare, si riteneva

---

<sup>610</sup> V. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA*, 2015, 3 ss., spec. 11.

<sup>611</sup> Così FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, in *An. giur. econ.*, 2/2017, 369 (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3). In argomento, ID, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, cit., 2013, 193 ss.

<sup>612</sup> Cfr; Cass. 20 giugno 2011, n. 13486; Cass. 9 maggio 2012, n. 7040 e Cass. 22 maggio 2013, n. 12551 consultabili in *Banca Dati De Jure*. V. inoltre Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, 1729 con nota PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*. In argomento v. anche PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2013, 3, 252.

che quest'ultimo non desse luogo ad un vincolo assoluto, bensì ad una presunzione relativa circa l'esistenza dell'illecito. In altri termini, l'impresa convenuta in sede civile, dopo essere stata destinataria di un provvedimento di condanna dell'Autorità, non poteva più essere ammessa né a contestare i fatti materiali in esso accertati, né la qualificazione giuridica data agli stessi dall'autorità, salvo che sia stata in grado di offrire prove o argomenti nuovi. «All'atto pratico, la tesi della prova privilegiata era sostanzialmente equivalente a quella cd. della vincolatività piena. E' difficile, infatti, pensare che il convenuto, già destinatario del provvedimento di condanna dell'Agcm, sia in grado di confutarne le risultanze con prove o argomenti nuovi, che cioè non siano già emersi nel procedimento amministrativo»<sup>613</sup>.

La norma sembra essere, quindi, il naturale sviluppo di un'evoluzione giurisprudenziale e legislativa che ha dapprima interessato le decisioni della Commissione europea<sup>614</sup> e, successivamente, è stata in qualche misura assorbita anche dalla giurisprudenza interna.

Ad ogni buon conto, si osservi che a conferma della delicatezza della questione si pone la circostanza che la direttiva afferma l'effetto vincolante solo con riguardo alle decisioni definitive dell'autorità di concorrenza dello stesso stato membro in cui opera il giudice adito. Al contrario, la stessa lascia gli stati liberi di attribuire valore vincolante

---

<sup>613</sup>Così FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, cit., 368.

<sup>614</sup> Giova rammentare, infatti, che una disposizione simile era già rinvenibile nell'ambito dell'art. 16 del regolamento n. 1/2003, il quale prevede l'obbligo in capo ai giudici nazionali di evitare pronunce «in contrasto» con le decisioni adottate dalla Commissione. A sua volta tale disposizione riproduce alcuni principi sanciti precedentemente dalla giurisprudenza europea Cfr. Corte di Giustizia 28 febbraio 1991, C-234/89, *Delimitis* consultabile in *Eur - Lex* all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0234> e 14 dicembre 2000 C-344/98, *Masterfoods* sempre consultabile in *Eur - Lex* all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0344>. In argomento v. FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, cit., 369.

ovvero di «prova prima *facie*»<sup>615</sup> in relazione alle decisioni definitive assunte da autorità di concorrenza provenienti da altro stato rispetto a quello in cui è chiamato ad operare il giudice adito<sup>616</sup>. Con tale disposizione lo stesso legislatore comunitario ha in concreto mostrato di considerare quale presupposto per una vincolatività piena delle decisioni delle Autorità nazionali di concorrenza nel giudizio civile la certezza di un adeguato controllo da parte del giudice del ricorso. Ebbene, in Italia è stata adottata la seconda opzione al contrario di quanto accaduto, ad esempio, in Germania.

Alle decisioni definitive assunte dall' autorità di concorrenza provenienti da altro stato membro, quindi, non è stato attribuito valore vincolante, bensì di mero elemento probatorio da valutare congiuntamente agli altri elementi di prova presentati dalle parti.

A tal proposito, è stato osservato che «la soluzione adottata dal legislatore italiano si direbbe, oggi, una scelta di bandiera. Essa risponde difatti alla preoccupazione – che potrebbe avere del paradossale - che, rispetto alle decisioni delle Anc di altri Stati membri e nel confronto con le decisioni dell' Agcm, possa non essere sempre adeguatamente garantito

---

<sup>615</sup> Nella Relazione illustrativa è chiarito il significato di tale locuzione. Precisamente, si afferma che, in questo caso, le decisioni definitive assunte da autorità di concorrenza provenienti da altro stato membro devono essere valutate insieme agli altri elementi di prova presentati dalle parti.

<sup>616</sup> In argomento BRUZZONE – SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 25. Per chiarezza espositiva si riporta il testo dell'art. 9 della direttiva che al co. 2 dispone quanto appena detto: «1. Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza. L 349/14 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 5.12.2014 2. Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti».

il diritto di difesa dell'autore dell'illecito, nel procedimento amministrativo e/o davanti al giudice del ricorso»<sup>617</sup>.

Il provvedimento definitivo dell'Agcm, quindi, vincola il giudice con riguardo tanto all'accertamento dei fatti nella loro materialità quanto alla loro qualificazione giuridica. L'effetto pratico – così come spiegato nella relazione illustrativa - è quello di precludere qualsivoglia prova contraria<sup>618</sup>.

Ad avviso di una prima impostazione - ispirata alla teorica processualcivilistica del giudicato - l'accertamento rilevante ex art. 7 coincide solo con il cd. *decisum* e non con la decisione intesa in senso lato. Non rileverebbero, quindi, le «singole questioni di fatto o di diritto affrontate dall'Agcm al fine della sua decisione»<sup>619</sup>.

Questo orientamento, tuttavia, non sembra convincente. Infatti, se si ha riguardo alla normale struttura delle decisioni finali dell'Agcm tale distinzione appare artificiosa e difficilmente praticabile. I provvedimenti sanzionatori dell'Agcm si articolano in una pluralità di sezioni quali le risultanze istruttorie, le argomentazioni delle parti e le valutazioni. Tuttavia, la parte del dispositivo vero e proprio tende ad esaurirsi in poche battute, spesso standardizzate.

Vieppiù, nei lavori preparatori la Commissione ha richiamato a questo proposito il principio, affermato dalla giurisprudenza comunitaria secondo cui «il dispositivo della decisione deve essere letto alla luce del suo preambolo»<sup>620</sup>. Sembra possibile, quindi, estendere il vincolo di cui

---

<sup>617</sup> Così FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, cit., 375 - 376.

<sup>618</sup> Il riferimento è alla relazione illustrativa dello schema di decreto recante attuazione della direttiva 2014/104/UE, 10.

<sup>619</sup> Così VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile.*, cit., 1153 ss.

<sup>620</sup> Commissione Europea, *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper in Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, Bruxelles, 2 aprile 2008, par. 140. In argomento

all'art. 7 del decreto «a tutti gli accertamenti in fatto e alle qualificazioni giuridiche contenute nella sezione dedicata alle c.d. valutazioni, lette alla luce delle parti restanti della decisione»<sup>621</sup>.

Su altro versante, il legislatore – prima comunitario e poi nazionale – ha avuto cura di precisare che nessuna conseguenza discende, invece, dalla decisione divenuta definitiva per quanto concerne l'onere incombente in capo all'attore di provare il verificarsi del danno, il relativo ammontare e il nesso di causalità sussistente tra lo stesso e l'infrazione, salva la presunzione di esistenza del danno nei casi di cartelli<sup>622</sup>.

Questa precisazione evidentemente risponde all'esigenza di garantire adeguatamente il diritto di difesa dell'impresa "indagata".

---

v. FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, cit., 373 e SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 306.

<sup>621</sup> Così FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, cit., 373. È stato evidenziato che, in ogni caso, l'accertamento dell'Agcm tende ad incentrarsi su quegli elementi che sono necessari e sufficienti a giustificare l'adozione dei rimedi di sua competenza. Ciò significa che il provvedimento dell'autorità di regola non ha ad oggetto elementi in fatto e valutazioni rilevanti ai fini dell'accertamento del nesso di causalità e del danno in concreto. In altri termini, l'accertamento compiuto dall'autorità amministrativa può in parte differire da quello richiesto per l'azione di risarcimento dei danni. È verosimile, infatti, che lo stesso non conterrà una disamina di tutte le possibili voci di danno risarcibile. A tal proposito sempre FABBIO, *Ibidem*, 381 – 382 osserva che «Nei casi di cartello, accade tipicamente che l'AGCM, anche quando evidenzia i momenti di attuazione dell'intesa, non per forza si sofferma poi sugli ulteriori effetti che questa può avere avuto [...]». Oppure accade che, se anche l'Autorità si impegna in una rivelazione di tali effetti e ne dà poi conto nel provvedimento finale (come riprova della sussistenza dell'illecito o, più raramente, in sede di determinazione della sanzione), ancora non si tratta, generalmente, di una puntuale rilevazione dei concreti effetti pregiudizievoli per i singoli contro – interessati, ma di valutazioni più generiche (es. effettiva ripartizione della clientela; presumibile aumento dei prezzi al consumo; e via discorrendo) o al più di stime quantitative indicative». Inoltre, sulla valutazione degli effetti della violazione nella prassi dell'Agcm v. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 15 ss. ivi, 27 – 28.

<sup>622</sup> In argomento BRUZZONE – SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 26 il quale osserva che «Pertanto, dovrebbe essere evitato lo scenario in cui l'esistenza del danno viene presunta a partire dalle valutazioni compiute nel provvedimento dell'autorità di concorrenza in ordine agli effetti della violazione».

Lo stesso osserva che sul punto si è soffermata anche la Corte di giustizia nel caso *Otis* con specifico riguardo all'interpretazione dell'articolo 16 del regolamento n. 1/2003. Secondo la Corte «anche se la commissione è stata indotta a precisare gli effetti dell'infrazione nella sua decisione, spetta sempre al giudice nazionale determinare individualmente il danno cagionato a ciascuno dei soggetti che hanno intentato un'azione di risarcimento». Cfr. Corte di giustizia 6 novembre 2012, C- 199/11, *Otis* consultabile in *Eur – Lex* all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62011CJ0199>.

Tali elementi potranno al più avere una valenza indiziaria sì da scongiurare di incorrere in «indebiti automatismi»<sup>623</sup> idonei ad avallare una illegittima dilatazione delle competenze e dei poteri dell'Agcm.

Su altro crinale, la nuova disciplina assoggetta il provvedimento con il quale l'Agcm accerta la violazione a ricorso innanzi al giudice amministrativo.

Il decreto chiarisce, infatti, che il sindacato del «giudice del ricorso» (ovvero il G.A.) involge la verifica dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentino «un oggettivo margine di opinabilità» (art. 7 comma 1).

Il giudice potrà verificare l'esattezza del criterio tecnico prescelto e la correttezza del procedimento di applicazione dello stesso, ma non potrà in nessun caso sindacare l'opinabilità del risultato. Il sindacato del giudice sui profili tecnici, quindi si arresta «quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento delle intese restrittive della concorrenza».

In *parte qua* il decreto recepisce le conclusioni cui era giunta la precedente giurisprudenza le quali hanno, tra l'altro, ricevuto l'autorevole avallo della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, la quale ha escluso la violazione dell'art. 6 CEDU<sup>624</sup> e ritenuto sussistente nel caso di specie un «sindacato pieno».

---

<sup>623</sup> Così FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement*, cit., 383. In questo senso si esprime anche BRUZZONE – SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 26.

<sup>624</sup> Questo dato normativo raccoglie gli orientamenti giurisprudenziali che si erano consolidati sul punto. Il riferimento è a Cass. SS.UU. 20 gennaio 2014, n. 1013 e Corte EDU, sez. II, sent. 27.9.2011, n. 43509 (c.d. caso *Menarini*) consultabili in *Banca Dati De Jure*. In argomento v. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale in Magistra 2/2014*, 164, BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU in Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n 4 del 2011 consultabile al sito <http://www.rivistaaic.it/il-controllo-del-giudice-amministrativo-sulle-sanzioni-antitrust-e-l-art-6-cedu.html> e ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo*

Sembra, tuttavia, condivisibile l'opinione di quanti osservano che «la norma nasce con ogni probabilità dal convincimento del legislatore storico che la pienezza del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'Agcm non sia ancora un dato pienamente acquisito al senso giuridico comune; e che la nota sentenza Cass. SS. UU. 20 gennaio 2014, n. 1013, ripresa quasi alla lettera nel testo dell'art. 7 *Decreto enforcement*, si possa considerare un punto di arrivo della materia»<sup>625</sup>.

In considerazione della particolare rilevanza del dibattito si passeranno brevemente in rassegna le acquisizioni cui è giunta la giurisprudenza in materia per poi verificare come queste sono state trasposte nel decreto.

Il sindacato sulla discrezionalità amministrativa<sup>626</sup> ha da sempre rappresentato una problematica particolarmente spinosa.

In particolare, la questione relativa all'intensità del sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali dell'amministrazione è vetusta e, in parte, ha trovato una risposta consolidata nella giurisprudenza amministrativa a far data dalla storica sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n.601 del 1999<sup>627</sup>.

---

avverso le sanzioni "penali" dell'Agcm è conforme ai principi dell'equo processo sanciti dalla Convenzione Edu in *Diritto penale contemporaneo* 28/11/2011 consultabile al sito <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1055-la-tutela-del-giudice-amministrativo-avverso-le-sanzioni-penali-dell-agcm-e-conforme-ai-principi-de>.

<sup>625</sup> Così Così FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, cit., 2/2017, 370. La Cass. SS. UU. 20 gennaio 2014, n. 1013 sarà analizzata nel prosieguo della trattazione.

<sup>626</sup> *Ex multis* sul concetto di discrezionalità in generale v. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

<sup>627</sup> Consultabile in *Banca Dati De Jure*. Cfr. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999, n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. Tar.*, 2003, 1185 ss.; PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, 422; DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179; TRAVI, *Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, in *Foro it.*, 2001, II, 10; VENNEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, consultabile all'indirizzo <https://www.diritto.it/archivio/1/20825.pdf>.

In questa sede è stata superata l'originaria assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa<sup>628</sup> che conduceva ad un'insindacabilità anche della prima. In particolare, a partire da tale data al giudice amministrativo è stata riconosciuta la possibilità di sindacare la discrezionalità tecnica, oltre che per i profili estrinseci, anche verificando l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento utilizzato.

Nonostante tali acquisizioni, la questione concernente le valutazioni tecnico discrezionali delle *Authority* in sede di accertamento della fattispecie sanzionatoria è stata di recente al centro di un dibattito che ha anche registrato l'intervento della Corte Europea per la tutela dei diritti dell'uomo (il riferimento è al noto caso *Menarini*).

---

<sup>628</sup> La discrezionalità amministrativa anche detta "pura" impinge il merito, espressione del potere amministrativo e per questo insindacabile dal G.A. in accordo con il principio di separazione dei poteri. Dalla discrezionalità pura deve essere distinta la discrezionalità c.d. tecnica, tipica, tra l'altro, dell'*agere* delle Autorità amministrative indipendenti. Quest'ultima emerge quando l'esame di fatti o di situazioni rilevanti per l'esercizio del potere pubblico necessita del ricorso a scienze non esatte che quindi necessariamente conducono a risultati opinabili. Nell'esercizio della discrezionalità tecnica, quindi, l'Amministrazione compie una valutazione dei fatti alla stregua di canoni scientifici e tecnici, e non svolge alcuna comparazione tra l'interesse pubblico primario e gli interessi secondari al fine di individuare la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire (come invece avviene in caso di discrezionalità amministrativa c.d. "pura"). Tra la "discrezionalità amministrativa" e la "discrezionalità tecnica", perciò, vi è una diversità concettuale di fondo: mentre la discrezionalità amministrativa consta sia del momento del giudizio (nel quale si acquisiscono e si esaminano i fatti), che del momento della scelta (nel quale si compie una sintesi degli interessi in gioco e si determina la soluzione più opportuna), la discrezionalità tecnica, viceversa, contiene il solo profilo del giudizio, risolvendosi soltanto in una analisi di fatti, (sia pure complessi) aprendo così la strada al passaggio da sindacato "estrinseco" (volto a censurare solo la c.d. insostenibilità agli occhi del profano) ad un tipo "intrinseco" in cui si ammette che il giudice - pur senza potersi sostituire alla P.A. - possa, comunque, censurare le valutazioni tecniche che risultino inattendibili anche agli occhi dell'esperto, attraverso il controllo dell'attendibilità del criterio tecnico utilizzato e del suo esito applicativo. In altri termini, a fronte di valutazioni tecnico - discrezionali è ammesso un sindacato sull'attendibilità tecnica della valutazione compiuta dall'Amministrazione, pur riconoscendo che, a fronte di più soluzioni tutte fisiologicamente opinabili, ma allo stesso tempo tutte attendibili, debba prevalere la scelta tecnica compiuta dalla P.A. Conseguentemente, a fronte di una norma che presenta margini di elasticità - quindi compatibile con una pluralità di soluzioni tecniche - il giudice non deve imporre la soluzione tecnica in cui crede di più (altrimenti opinando sarebbe violato il principio di separazione dei poteri), ma solo verificare se la P.A. ha rispettato quel margine di elasticità, collocandosi entro i confini dell'attendibilità. Cfr. VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999, n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, cit., 1185 ss.; PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit., 422; DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, cit., 1179; TRAVI, *Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, cit., 2001, II, 10; VENNEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, cit..

In realtà, con riferimento ai poteri sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti il dibattito si complica ancor di più, in quanto si tratta di un terreno ove vengono in rilievo “spinte centripete”, dal sapore quasi contraddittorio<sup>629</sup>.

Infatti, in alcuni casi si sostiene che il sindacato sugli atti delle A.I debba essere più contenuto, in altri, invece, si propone un controllo pregnante, addirittura più intenso rispetto a quello (appena descritto) tradizionalmente esercitato dal G.A. a fronte di valutazioni tecnico discrezionali della P.A.

Su un primo versante, infatti, l’indipendenza, la neutralità e la particolare competenza tecnica che contraddistingue *l’agere* delle *Authority* ha condotto taluno a discorrere di sindacato “deferente”. Il giudice, a tale stregua, dovrà limitarsi a verificare esclusivamente l’incompetenza, la violazione di legge e la manifesta illogicità del provvedimento impugnato. In questa prospettiva viene quindi proposto il tipo di sindacato adottato dalle Corti statunitensi<sup>630</sup> sugli atti delle agenzie, che possono essere annullati solo quando siano illegittimi o irragionevoli, mentre il giudice deve mostrare “deferenza” qualora il significato della norma invocata come parametro non sia univoco<sup>631</sup>.

A queste influenze che - valorizzando la natura e la genesi delle Autorità indipendenti - propongono un sindacato giurisdizionale particolarmente “deferente” si contrappone un indirizzo che in relazione

---

<sup>629</sup>Cfr. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pub.*, 2004, 2, 439 ss. Con riferimento alle questioni di giurisdizione v. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. Amm.*, 2002, 792 ss.

<sup>630</sup> V. US Supreme Court, *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837 (1984) consultabile al <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/case.html>.

<sup>631</sup> In argomento v. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3/2000, 469.

alla funzione sanzionatoria invoca un controllo ampio e pregnante, ai confini del giudizio di merito.

In questa prospettiva si pone anche la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Menarini*. La stessa, in applicazione della concezione autonomistica dell'illecito, ha qualificato le sanzioni irrogate dall'*Antitrust* come delle vere e proprie "pene" come tali rientranti nel campo di applicazione dell'art 6 CEDU<sup>632</sup>.

La Corte EDU ha rilevato come nell'ordinamento italiano gli illeciti anticoncorrenziali non possiedono formalmente natura di reato, nondimeno le sanzioni irrogate dall'Agcm hanno sostanzialmente carattere penale, in quanto perseguono il duplice obiettivo di prevenire e reprimere le condotte anticoncorrenziali con sanzioni particolarmente gravi, dotate dunque di carattere punitivo.

L'applicazione dell'art 6 CEDU pretende in materia un sindacato "pieno" sulla fondatezza dell'accusa contestata che si discosta da quello che tradizionalmente viene in rilievo in relazione alla discrezionalità tecnica, alla stregua delle coordinate descritte dal IV Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 601 del 1999.

---

<sup>632</sup> Con tale locuzione si suole far riferimento alla teorica sviluppata nell'ambito della giurisprudenza Cedu in base alla quale la Corte di Strasburgo si riserva il potere di riqualificare la natura giuridica di una determinata sanzione e, in particolare, di attribuirle natura penale al ricorrere di determinati presupposti, con conseguente espansione delle relative garanzie. A tale stregua, le nozioni di pena e di accusa penale ai fini del concreto rispetto della Convenzione derivano dall'interpretazione autonomamente fornita dalla stessa Corte Edu, libera di andare oltre le apparenze e valutare se una particolare misura costituisce in sostanza una pena ai sensi della Convenzione. I criteri progressivamente elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ai fini della individuazione del carattere sostanzialmente penale di una sanzione prevista dal diritto interno sono riconducibili a quattro grandi categorie: qualificazione negli Stati contraenti; natura penale della infrazione; natura punitiva e gravità della sanzione diretta a fini preventivi e punitivi e collegamento con una violazione penale. Tale interpretazione fornita dalla Corte Edu ha condotto ad un ampliamento dell'ambito applicativo delle garanzie che ruotano attorno alle sanzioni penali. Si ricorda, infine, che i parametri idonei a rivelare la sostanziale essenza penale di un determinato provvedimento sono stati per la prima volta enunciati dalla Corte Edu nella nota sentenza *Engels c. Paesi Bassi*, sent. n. 5100/71 dell'8.6.1976 consultabile in *Eur - Lex*. Sul punto *ex multis* v. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2017, 27 ss.

Pertanto, è necessario che il G.A. non si arresti ad un semplice controllo di legittimità, ma è necessario che verifichi l'adeguatezza e proporzionalità della pena in relazione all'infrazione commessa. In altri termini, in tale materia è necessario dare la stura ad un sindacato di “*full Jurisdiction*”.

Su tali basi, la Corte europea esclude la violazione dell'art. 6 CEDU accertando che il provvedimento sanzionatorio era stato oggetto di un adeguato controllo.

In questo solco si situa anche la Sentenza n. 1013 del 20 gennaio 2014 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. La Suprema Corte – da un lato - ha confermato che il sindacato di legittimità del G.A. sui provvedimenti dell'Agcm comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, dall'altro lato ha statuito che quando questi ultimi includono valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione, è limitato alla verifica che il provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini<sup>633</sup>.

Le Sezioni Unite in aggiunta a quanto già affermato dalla Corte Edu effettuano un'importante precisazione concernente l'opinabilità del risultato, al fine di salvaguardare il principio di separazione dei poteri.

---

<sup>633</sup>In argomento v. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. Amm.*, 2014, 1057 ss.

In conclusione, l'opinabilità della valutazione diventa il parametro da considerare per valutare l'estensione del sindacato del giudice amministrativo. La cognizione del giudice amministrativo sarà destinata ad arrestarsi a fronte di un ventaglio di soluzioni tecniche, ugualmente possibili e non potrà spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Agcm, in quanto ciò significherebbe, tra l'altro, disconoscere la ragione stessa per la quale è stata costituita.

#### **4. Rilievi critici**

Alla luce di quanto detto risulta, quindi, evidente la linea di contiguità tra gli orientamenti giurisprudenziali appena passati in rassegna e la nuova normativa in materia di risarcimento del danno da illecito *antitrust*.

Nonostante ciò la nuova disciplina ha prestato il fianco a numerosi rilievi critici.

In primo luogo, è stato osservato che la norma in questione sembra essere eccessivamente rigida. Più nello specifico è stato sottolineato il rischio correlato ad una interpretazione strettamente letterale del contenuto della norma che potrebbe far travisare il senso delle acquisizioni giurisprudenziali, in quanto si potrebbe incorrere nel rischio di sottrarre al giudice amministrativo anche il sindacato sui c.d. profili tecnici che presentano un oggettivo margine di opinabilità, per quanto limitato ai profili della ragionevolezza, logicità e coerenza<sup>634</sup>.

---

<sup>634</sup> Cfr. FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement*, cit., 368; VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 446; DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 2017, n. 2, 1 ss. spec. 12 ss.; PERNA, *Il sindacato*

«In definitiva, come già da altri osservato, l'inciso dell'art. 7 Decreto *enforcement* sui “profili tecnici”, preso alla lettera, costituirebbe una involuzione rispetto allo stato dell'arte attuale, e tanto più grave di fronte alle esigenze di effettività della tutela dell'impresa, destinataria di un provvedimento dell'Agcm che può fare stato pure nel giudizio civile. Inoltre, il diritto vivente continua ad evolversi nel senso di un controllo sempre più penetrante sui profili tecnico – discrezionali delle decisioni amministrative. Di qui, a maggior ragione, l'inopportunità di fare il punto della situazione con formule legislative inutilmente rigide, che rischiano di cristallizzare anziché agevolare questa evoluzione».<sup>635</sup>

Tra l'altro questo risultato non era imposto, né dalla direttiva, né dalla legge delega con cui è stata affidata al Governo la sua attuazione con conseguente possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all' art. 76 Cost.<sup>636</sup>

Ulteriori osservazioni critiche sono state sollevate su altro crinale. In verità che le nuove disposizioni tutelino pienamente il diritto al giusto processo secondo quanto prescritto dall'art. 6 CEDU - specialmente alla

---

*del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, testo dell'intervento al VI Convegno *Antitrust* di Trento, pubblicato il 13 giugno 2107 sul sito [www.sipotra.it](http://www.sipotra.it) e consultabile all'indirizzo [https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Studiecontributi/Indicealfabetico/index.html?option\\_value=Perna,%20Rosa](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Studiecontributi/Indicealfabetico/index.html?option_value=Perna,%20Rosa) .

<sup>635</sup>Così FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il “Decreto enforcement”*, cit., 371. In argomento v. anche PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, cit. e VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 446 il quale similmente afferma che: «si tratta di una scelta che, in qualche modo, aggrava la situazione, perché, stabilendo esplicitamente che il giudice amministrativo non può sindacare i profili tecnici opinabili, cristallizza con una norma di legge quello *status quo* e inibisce ulteriori evoluzioni dell'interpretazione volte ad ampliare il controllo sull'operato dell'autorità».

<sup>636</sup> V. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 446.

luce del sopravvenuto arresto della Corte di Giustizia *Grande Stevens c. Italia*<sup>637</sup> - non è affatto scontato<sup>638</sup>.

Tali ultime acquisizioni giurisprudenziali hanno perseguito il fine ultimo di imporre l'applicazione di un procedimento conformato alla stregua di un processo a fronte di sanzioni che, pur se emesse da Autorità amministrativa, siano comunque dotate di carica afflittiva, pena la violazione dell'art. 6 della Convenzione.

In questa prospettiva, sarà necessario che il procedimento si svolga nel contraddittorio delle parti in pubblica udienza, che l'organo preposto ad irrogare la sanzione si ponga in posizione terza e imparziale e che vi sia un'effettiva alterità tra quest'ultimo e il soggetto deputato a svolgere funzioni requirenti.

---

<sup>637</sup> Per una disamina della sentenza, specialmente con riguardo alle molteplici ricadute sul versante penalistico, Cfr. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.* 2014, 3007 ss.; FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. Soc.*, 5, 2015, 868; FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. Soc.*, 5, 2014, 953; VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.*, 4, 2014, 693. Si ricorda che in questa sede la Corte di Strasburgo ha dichiarato contrastante con l'art. 6 cedu e con l'art. 4 del Protocollo Aggiuntivo n. 7 della Convenzione il regolamento CONSOB (cfr. Reg. Consob 21 giugno 2005, n. 15086, poi sostituito dal Reg. Consob 19 dicembre 2013 n. 18750) in materia di sanzioni per *market abuse*. Si ricorda che l'art. 6 CEDU recita: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

<sup>638</sup> In generale sull'argomento v. ZANNINO, *I diritti fondamentali quali misura di legittimità delle norme antitrust europee*, in *Contr. e impr.*, 2016, I, 159 ss.

Ebbene, che il procedimento innanzi alle A.I. non sia idoneo di per sé a garantire pienamente detto principio è dato ormai acquisito. Infatti, non può non convenirsi con quanti hanno osservato che, in realtà tutti i procedimenti innanzi alle A.I., per quanto variamente modulati, sono caratterizzati sempre da un vizio per così dire «di vertice»<sup>639</sup>.

Nell'ambito di tali procedimenti, infatti, è sempre assente un'autentica alterità tra chi formula l'accusa e chi la giudica, dal momento che le due entità si identificano sempre con articolazioni interne alla medesima autorità, sicché entrambi i ruoli sono assolti formalmente, seppure nell'abito dell'attività di diversi uffici, dalla stessa istituzione. Ad aggravare la situazione si pone la circostanza che l'organo che ricopre le funzioni decidenti è anche di regola quello titolare di competenze in tema di organizzazione interna, con la conseguenza che da esso, in definitiva, dipendono gli stessi uffici che esercitano le funzioni istruttorie e che danno impulso alle stesse attività investigative<sup>640</sup>.

Tuttavia, la stessa Corte di Strasburgo<sup>641</sup> ha affermato che il principio può ritenersi comunque rispettato se recuperato *ex post*, ovvero a mezzo di ricorso avverso la sanzione effettuato a fronte di un organo esercitante un sindacato di c.d. *full jurisdiction*.

E' quanto di fatto accade con riguardo alle sanzioni emesse da Consob e Banca d'Italia a seguito delle pronunce della Consulta n. 162 del

---

<sup>639</sup> L'espressione è di GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corriere. giur.*, 11/2014, 1323 ss.

<sup>640</sup> Su tal profili v. *ex multis* MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'Agcm alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d. lgs. 3/2017*, in *Juscivile 2017/4*, spec. 360 ss.

<sup>641</sup> Si ricorda che tale principio è stato affermato dalla Corte di Strasburgo, in un primo momento, con la nota sentenza *Menarini* e successivamente è stato ribadito dalla stessa anche nel caso *Grande Stevens*.

27 giugno 2012<sup>642</sup> e n. 94 del 15 aprile 2014<sup>643</sup>. Queste ultime hanno avuto come effetto quello di restituire al giudice ordinario la competenza a sindacare il corretto esercizio del potere sanzionatorio esercitato da parte della Consob e della Banca d'Italia, così sottraendolo al G.A., al quale continua a spettare, invece, con riguardo alle sanzioni comminate dall'Agcm.

In queste sedi la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che attribuivano al G.A. il sindacato sugli atti sanzionatori di tali *Autorithy* in quanto adottate in spregio dell'art. 76 Cost. In particolare, è stato chiarito che la delega di cui all' articolo 44 l. n. 69 del 2009 deve essere qualificata come una delega di riordino e di riassetto normativo. La stessa attribuiva al legislatore delegato la facoltà di intervenire, oltre che sul processo, sulle azioni e funzioni del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni, ma sempre entro i limiti di riordino della normativa vigente. Più specificamente, la legge delega imponeva l'obbligo in capo al legislatore delegato di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori.

---

<sup>642</sup> In particolare, con la sentenza della Corte cost. 20 giugno 2012 n. 162 sono stati dichiarati incostituzionali per violazione dell'art. 76 Cost. gli artt. 133, co.1 lett. l), 134, co. 1 lett. c) e 135 co.1 lett. c) c.p.a. approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tar Lazio – sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa e l'art. 4, co. 1, numero 19), dell'Allegato numero 4, del medesimo d. lgs. n. 104 del 2010 nella parte in cui abroga l'art. 187- *septies*, comma 4, d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 che attribuiva alla Corte d'Appello la competenza funzionale in materia di sanzioni inflitte dalla Consob. In argomento TRICARICO, *La vexata quaestio del riparto di giurisdizione in ordine al potere sanzionatorio della Consob*, in *Dir. della banca e del mercato fin.*, 2013, n. 1, I, 91.

<sup>643</sup> La Corte cost. 15 aprile 2014 n. 94, invece, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi per violazione dell'art. 76 Cost., gli artt. 133, co.1, lett. l), 134, comma 1, lett. c), e 135, co.1, lett. c), del d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104 nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale Lazio – sede Roma, le controversie irrogate dalla Banca d'Italia. Sul punto il giudice delle leggi ha richiamato i principi espressi nella citata sentenza 20 giugno 2012, n. 162. Al riguardo v. IMPINNA, *Nota a Corte Costituzionale*, 15 aprile 2014, n. 94 in *Giur. comm.*, 2015, n. 1, part. II, 11.

Ciò attribuisce di certo una capacità innovativa dell'ordinamento da parte del Governo delegato all'esercizio della funzione legislativa, da interpretarsi però in senso restrittivo e comunque rigorosamente funzionale al perseguimento delle finalità espresse dal legislatore delegante.

Attribuendo le controversie relative alle sanzioni inflitte dalla Consob e da Banca d'Italia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il legislatore delegato non ha, invece, tenuto in debita considerazione l'orientamento consolidato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>644</sup> formatesi specificamente sul punto. La Suprema Corte ha, infatti, da sempre e con orientamento pacifico precisato che la competenza giurisdizionale a conoscere dei ricorsi avverso tali sanzioni spetta all'autorità giudiziaria ordinaria.

La Consulta ha stabilito, quindi, che le disposizioni illegittimamente abrogate che attribuiscono alla competenza funzionale della Corte d'appello il sindacato su tali sanzioni ritornano ad avere applicazione.

Ebbene, la motivazione che ha concotto alla declaratoria di incostituzionalità di tali norme per quanto all'apparenza possa sembrare meramente formale, in realtà ha una *ratio* ben più profonda.

È noto, infatti, che il giudice ordinario è storicamente il giudice delle “punizioni” dei comportamenti umani ovvero il principale titolare della funzione sanzionatoria, la quale viene talvolta affidata, dal legislatore ad autorità amministrative solo per ragioni di deflazione e

---

<sup>644</sup> v. Cass. S.U., 22 luglio 2004, n. 13703 con nota BISINELLI, *Competenza del giudice ordinario in materia di sanzioni inflitte alla Consob*, in *Le società*, 2005, 49; Cass. S.U., 11 luglio 2001, n. 9383, in *Foro it.*, 2002, I, 2128 ss.; Cass.S.U., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Foro amm. CdS*, 2005, 694. Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa v. Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474 consultabile in *Banca Dati de Jure*.

semplificazione del sistema. Proprio per questo motivo il giudice ordinario effettua in tale sede un sindacato di tipo pieno. Qui si è in presenza di un giudizio rescindente e, se del caso, rescissorio. Si prevede, infatti, che il giudice possa con sentenza accogliere l'opposizione, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola.

Si consente, quindi al giudice di intervenire nel merito del rapporto punitivo. Ciò rende il giudice *dominus* della valutazione circa l'entità della pena e lo investe di un potere di piena valutazione che dà luogo ad un riesame non del solo atto, ma dell'intera pretesa punitiva. Unica limitazione sostanziale a tale effetto devolutivo è da rinvenire nel fatto che lo stesso non è esteso alla *reformatio in peius*, perché il giudice non può d'ufficio, né su domanda riconvenzionale dell'amministrazione, aggravare la sanzione<sup>645</sup>.

Ebbene tale sindacato di tipo sostitutivo anche se effettuato *ex post* sopperisce alle “mancanze”<sup>646</sup> del procedimento svoltosi davanti all’Autorità, dando piena attuazione all’art. 6 della Cedu.

Del resto, parallelamente, gli stessi provvedimenti sanzionatori pur quando sono adottati da una Pubblica amministrazione nell’esercizio di un potere autoritativo non costituiscono “propriamente” provvedimenti amministrativi<sup>647</sup>. Ciò in quanto *l’ubi consistam* del provvedimento amministrativo – ovvero la cura dell’interesse pubblico - manca in questi atti così peculiari. In altri termini, il provvedimento amministrativo anche

---

<sup>645</sup> In argomento v. *ex multis* GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in cit., 170. Tale potere era precedentemente regolato dall’art. 23 co. 11 della l. 689 del 1981 e oggi nell’art. 6 co.12 del d.lgs 150/2011.

<sup>646</sup> Il riferimento è ancora una volta ai profili di criticità riguardanti: la pienezza del contraddittorio, lo svolgimento del procedimento in pubblica udienza, la reale terzietà ed imparzialità dell’organo preposto ad irrogare la sanzione ed, infine, l’effettiva alterità tra quest’ultimo e l’organo deputato a svolgere funzioni requirenti. Con riguardo a questi aspetti v. *ex multis* v. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell’Agcm alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d. lgs. 3/2017*, cit., spec. 360 ss.

<sup>647</sup>In argomento e per ulteriori osservazioni in merito alle sanzioni c.d. ripristinatorie v. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in cit., 164.

quando è fonte per il suo destinatario di conseguenze pregiudizievoli, queste non sono mai lo scopo o la causa dell'esercizio del potere, ma solo la conseguenza indiretta di un atto che ha come obiettivo principale la cura di un interesse pubblico. Al contrario, l'atto sanzionatorio ha esclusivamente finalità afflittiva: essa non è diretta a curare un interesse pubblico particolare, ma solo a punire chi ha trasgredito le regole.

In altri termini, il sindacato su tali provvedimenti è attratto dal giudice ordinario (ancorchè *ex post*) proprio perché gli stessi non costituiscono espressione di potere pubblico in senso proprio<sup>648</sup>.

Alla luce di quanto detto sembra davvero difficile affermare – nonostante la pur diversa posizione espressa nella sentenza *Menarini* – che quello condotto da G.A. con riguardo agli atti dell'Agcm, sia effettivamente passibile di essere considerato un sindacato di tipo pieno. Infatti, con riguardo al sindacato effettuato da parte del G.A. è stato condivisibilmente osservato che «per quanto l'accesso al fatto da parte del giudice sia pieno, il suo sindacato trova pur sempre un limite, al di fuori della sola eventualità di una manifesta irragionevolezza o illogicità, nell'impossibilità di sindacare l'opera di concretizzazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati, e di sostituire comunque una propria diversa opera di concretizzazione a quella effettuata dall'Autorità. E tuttavia dal momento che è proprio in tale operazione – che con un'espressione più consona alla formazione e di chi scrive si può definire anche di concretizzazione delle clausole generali poste dalla norma e che costituiscono il paradigma di valutazione ai fini del giudizio sull'esistenza dei presupposti per applicare la sanzione - che si gioca, in definitiva, in larga misura la partita dell'accertamento del carattere illecito della condotta oggetto di scrutinio

---

<sup>648</sup> Viceversa gli atti espressione del potere pubblico in senso proprio sono sindacati dal G.A.

nell'ambito del procedimento sanzionatorio, mi sembra chiaro che sancire proprio su questo punto limite del sindacato giurisdizionale significhi senz'altro depotenziare il ruolo del giudice, al quale evidentemente è precluso quel completo riesame delle questioni, anche in diritto, che pure si vuole debba essere pienamente assicurato per evitare una violazione del principio dettato dall'articolo 6 della convenzione»<sup>649</sup>.

È evidente che la divaricazione in punto di pienezza del sindacato con riguardo agli atti – da un lato – della Consob e Banca d'Italia e – dall'altro – dell'Agcm non sembra ragionevole. In altri termini, i microsistemi in parola, per quanto distinti, non sembrano poi così distanti dal punto di vista sostanziale. Sotto questo profilo sembra, quindi, che ad essere violato sia *in primis* il principio di parità di trattamento.

Vieppiù, la nuova normativa nella parte in cui attribuisce efficacia vincolante all'accertamento effettuato dall'Agcm nell'ambito del successivo giudizio risarcitorio e, al contempo, assoggetta tali atti al più blando controllo effettuato dal G.A. sembra “aggravare” la situazione. È palese che siffatti provvedimenti finiscono, a tale stregua, per giocare un ruolo sempre più pregnante e decisivo nell'ambito dei successivi giudizi.

In considerazione dell'efficacia dirompente che (a livello probatorio) la nuova disciplina riconosce a tali provvedimenti sarebbe stato, a maggior ragione, necessario garantire in relazione a questi ultimi un sindacato di tipo “davvero” pieno qual è quello del G.O.

Pertanto, il legislatore ben avrebbe potuto cogliere l'occasione del recepimento della direttiva per assoggettare le sanzioni emesse dall'Agcm al più pregnante controllo effettuato da parte del giudice ordinario,

---

<sup>649</sup> GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, cit., 1324 - 1325.

eliminando qualsiasi profilo di irragionevolezza e disparità di trattamento dal sistema.

Sotto questo profilo la nuova disciplina sembra, quindi, entrare in rotta di collisione anche con l'art. 6 della Cedu<sup>650</sup>. Senza contare che aleggia comunque sul sistema il rischio correlato all'eventualità che la decisione dell'autorità divenga vincolante per il giudice civile a prescindere dalla sussistenza di un qualsiasi controllo di tipo giurisdizionale.

Ad ogni buon conto, seppure questi rilievi critici non dovessero essere accolti è opportuno precisare, a norma invariata, che le conclusioni cui è giunta la Corte Edu nel caso *Menarini* sono limitate ai provvedimenti aventi natura sanzionatoria, in qualche misura assimilabili a quelli penali. Solo in relazione a tali provvedimenti la Corte Edu ha preteso un controllo giurisdizionale completo e approfondito.

Nondimeno, sembra condivisibile l'opinione di quanti – al fine di dare la stura ad una lettura costituzionalmente orientata - osservano che «l'effetto vincolante delle decisioni definitive dell'autorità nelle successive azioni risarcitorie impone un passo ulteriore: il sistema può

---

<sup>650</sup>In questo senso v. GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, cit., 1325 – 1326 ove l'A. testualmente afferma: «Mi sembra, infatti, che quanto più si valorizza l'idea che l'accertamento dell' illiceità di una condanna compiuto dall'Autorità amministrativa possa essere addirittura destinato a “far stato” (se pure in senso atecnico) negli stessi giudizi civili che si collocano a valle del procedimento sanzionatorio e dove si fanno valere istanze risarcitorie, tanto più sia necessario [...] assicurare una pienezza di controllo giurisdizionale di quei provvedimenti - atteso che altrimenti, sottraendosi al giudice civile qualsiasi controllo non solo sull' esistenza dei fatti ma anche sulla qualificazione di illiceità della condotta, si finisce per assecondare una prospettiva che rischia di essere fortemente sospetta di vulnerare ancora e sempre l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Una norma, questa, che - forse converrebbe sempre ricordarlo - esige che anche nel campo delle «controversie sui diritti e doveri di carattere civile» sia riconosciuto il diritto a un “giusto processo”; a un processo imperniato, cioè sul principio della parità delle armi e della sua soluzione da parte di un giudice in posizione di reale terzietà. Un principio che allora rischierebbe, in via di ultima istanza, di essere lesa quanto più si dovesse accordare valore vincolante, in questo ambito, agli accertamenti condotti dalle Autorità amministrative indipendenti, quasi che ne costituissero una fase non solo necessaria ma in cui si risolve, una volta e per tutte, l'accertamento nell' *an* dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria». In argomento v. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'Agem alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, cit., 367 – 368.

funzionare in modo coerente con le prerogative costituzionali dei giudici solo se per le decisioni dell'autorità con effetto vincolante, anche nel caso in cui non siano accompagnate da una sanzione, sia previsto il controllo giurisdizionale pieno»<sup>651</sup>.

Altrimenti opinando sarebbero, ancor più, violati i superiori principi costituzionali atti a garantire un adeguato controllo giurisdizionale. Il riferimento è al principio di esclusiva soggezione dei giudici alla legge (art. 101 co. 2 Cost.) e all'inviolabile diritto di agire a difesa dei propri diritti in giudizio (art. 24 Cost.) ovvero innanzi ad un organo giurisdizionale quale, evidentemente non è l'Agcm.

Infine, può osservarsi che ove fossero accolti i rilievi in questa sede esposti - e quindi riconosciuto anche rispetto alle sanzioni dell'Agcm un sindacato di tipo pieno da parte del G.O. - potrebbe anche convenirsi con quanti<sup>652</sup> auspicano un'applicazione analogica dell'efficacia vincolante del provvedimento dell'Autorità nei casi di azioni di nullità ovvero di inibitoria, in considerazione del fatto che, tale disposizione ha comunque il pregio di sollevare il danneggiato da un onere probatorio particolarmente gravoso.

Ciò, in quanto, se è vero com'è vero che il vincolo di cui all'art. 7 è riferito testualmente solo alle azioni risarcitorie, è altresì vero che esso è funzionalmente diretto a soddisfare esigenze comuni a tutti i rimedi per violazioni della normativa *antitrust*.

---

<sup>651</sup> BRUZZONE – SAJIA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 27.

<sup>652</sup> FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, cit., 367 e similmente SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, cit., 307.

## 5. La nuova disciplina del risarcimento da illecito *antitrust* e la funzione deterrente

Le novità appena menzionate in realtà non sembrano porsi in sincronia con quanto il Decreto stabilisce con riguardo all'ammontare del danno. Dalla lettura complessiva della nuova disciplina si trae «con una certa nettezza l'impressione che il legislatore europeo diffidi dall'*enforcement* privato, pur volendolo in qualche modo incentivare»<sup>653</sup>.

In *primis* giova premettere che il quadro di riferimento rimane quello della responsabilità risarcitoria dipinto dal codice civile richiamato in più punti dal Decreto legislativo in questione.

Il carattere epicentrico dei principi di derivazione codicistica è evidente se solo si ha riguardo al fatto che l'individuazione del danno risarcibile viene effettuata con riferimento alle usuali categorie del danno emergente e del lucro cessante. Il decreto legislativo, infatti, richiama espressamente le pertinenti disposizioni del codice, stabilendo che «il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226, e 1227 del codice civile»<sup>654</sup>.

Ciò che preme evidenziare, inoltre, è l'espresso e categorico divieto di sovracompensazioni scolpito dall'art. 1 comma 2 del D.lgs.<sup>655</sup>, il quale in *parte qua* recepisce supinamente l'espressa negazione, contenuta nella

---

<sup>653</sup> Così M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, in *Anal.giur.ec.*, 2, 2017, 411.

<sup>654</sup> In sintesi quindi, stando alla lettera della norma il risarcimento comprende la perdita subita e il mancato guadagno che siano conseguenza immediata e diretta della violazione (articolo 1223 c.c.); in caso di concorso del fatto colposo del creditore il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate (art. 1227 comma 1 c.c.); il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227 comma 2 c.c.). Inoltre, in virtù del richiamo all'articolo 1226 c.c. il giudice può procedere alla valutazione equitativa se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare.

<sup>655</sup> Il decreto all'art. 1 co. 2 espressamente afferma che «Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni».

direttiva, di ogni forma di “risarcimento punitivo” o “multiplo” (art. 3, comma 3 della direttiva)<sup>656</sup>.

In altri termini, la direttiva, riprende l'impostazione strettamente compensativa. Gli stati, a tale stregua, sono tenuti ad assicurare il “pieno risarcimento”. Ciò significa che lo stesso dovrebbe porre il danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso e, di tal guisa, comprendere il danno emergente e il lucro cessante senza condurre a nessuna tipologia di sovracompensazioni.

Probabilmente, tale specificazione rinviene la propria ragion d'essere nella volontà del legislatore europeo di sbarrare la strada a soluzioni di oltreoceano che in tale settore fanno leva su risarcimenti di natura punitiva, quale fattore di incentivo per i privati affinché si sobbarchino i numerosi oneri in termini di rischi e di costi derivanti da tale tipologia di cause<sup>657</sup>.

---

<sup>656</sup>La direttiva al co. 3 dell'art. 3 statuisce che «Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura».

<sup>657</sup> In argomento v. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 442. Giova notare che per alcuni stati membri dell'Ue l'impostazione strettamente compensativa del risarcimento non ha richiesto particolari aggiustamenti. Questo è ad esempio il caso dell'Italia dove si è avuto ampiamente modo di osservare che il sistema è tradizionalmente attestato sulla dimensione meramente compensativa del danno, salvo le recenti evoluzioni sulle quali si è argomentato precedentemente. In altri ordinamenti che, invece, ammettevano l'applicabilità di danni esemplari in materia *antitrust* «il recepimento della direttiva ha indotto un cambiamento di approccio, comportando una più netta distinzione tra funzione compensativa affidata al risarcimento e funzione afflittiva e deterrente riservata ai provvedimenti sanzionatori delle autorità di concorrenza» (BRUZZONE – SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 14). Si pensi ad esempio in Irlanda ove gli *exemplary damages*, in tale specifico settore, erano previsti dal *Competition Act 2002* e sono stati successivamente eliminati a seguito del recepimento della direttiva sulla quale v. *European union (action for damages for infringements of competition law) regulation 2017* consultabile all'indirizzo [www.irishstatutebook.ie/eli/2017/si/43/made/en/pdf](http://www.irishstatutebook.ie/eli/2017/si/43/made/en/pdf). «In sostanza, con la codificazione nella direttiva dell'approccio meramente compensativo al risarcimento del danno viene indotta, anche negli Stati che avevano una tradizione diversa, una convergenza verso un modello in cui la funzione afflittiva e deterrente è affidata esclusivamente al *public enforcement*, riducendo per questo profilo gli incentivi al *forum shopping*». In questi termini ID, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, cit., 15. Per una panoramica generale relativa al risarcimento del danno nella disciplina *antitrust* statunitense e per una descrizione delle profonde differenze sussistenti rispetto al sistema nazionale v. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., 185 ss.

Nondimeno, è stato osservato che quello della quantificazione del danno concorrenziale costituisce un tema particolarmente complicato che viene affrontato dalla direttiva con mezzi non adeguati. In realtà, un'impresa colpita da comportamenti escludenti subisce un danno in termini di perdita di *chance* di successo in quel mercato. In tali situazioni «parlare di risarcimento come ripristino di una situazione effettiva, che si sarebbe determinata “se la violazione non fosse stata commessa” significa formulare un'equazione con molte incognite, perché nessuno è in grado di prevedere esattamente cosa sarebbe avvenuto, in quel complesso gioco “botta e risposta” che caratterizza l'economia di mercato»<sup>658</sup>.

Del resto, è la stessa direttiva che al *considerando* 45 e 46 afferma che in questi casi «quantificare il danno significa valutare quale sarebbe stato l'andamento del mercato in questione in assenza di violazione. Tale valutazione implica un confronto con una situazione per definizione ipotetica che non potrà mai, quindi, essere totalmente esatta».

L'esigenza più pregnante in tema di illecito *antitrust* è quella di assicurare una adeguata deterrenza. Detta esigenza, tuttavia, non sembra essere stata opportunamente fronteggiata dalla direttiva UE 104/2012 nella parte in cui nega diritto di cittadinanza ai danni punitivi.

Si determina, di tal guisa, una lacuna difficilmente colmabile con gli strumenti che di regola presiedono alla liquidazione del danno in un sistema così peculiare qual è quello del danno derivante da illecito *antitrust*<sup>659</sup>.

---

<sup>658</sup> Così LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 267.

<sup>659</sup> Cfr. ID., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, cit., 271-272 e OSTI, *Un approccio programmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 295.

Sorprende ancor di più che la direttiva contenga questo divieto ove si volga lo sguardo ad alcune precedenti pronunce della stessa Corte di Giustizia. Quest'ultima ha, infatti, avuto modo di affermare più volte che "chiunque" abbia subito un danno a seguito di un'intesa ovvero di una pratica vietata dalla normativa *antitrust* comunitaria è legittimato a chiedere il risarcimento innanzi ai tribunali nazionali e che deve, altresì, essere riconosciuto il danno esemplare o punitivo, ogni qualvolta esso sia ammesso nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno, fermo restando l'obbligo del giudice di vigilare affinché non si producano arricchimenti ingiustificati<sup>660</sup>.

La giurisprudenza comunitaria, inoltre, ha messo in rilievo che un'intesa può avere degli effetti "collaterali", ovvero non immediatamente ricercati dai partecipanti alla stessa. Dette intese, infatti, possono produrre degli effetti per così dire "a raggiera" ovvero possono indirettamente determinare dei vantaggi anche nei confronti di imprenditori non partecipanti alla stessa.

E' quanto accaduto nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia deciso in sede pregiudiziale con sentenza del 5 giugno 2014 *Kone AG e altri contro ÖBB Infrastruktur AG* (causa C-557/12)<sup>661</sup>.

Nel caso di specie il ricorrente richiedeva il risarcimento del danno subito per aver dovuto acquistare presso imprese terze – ovvero non aderenti all'intesa di cui trattasi – ad un prezzo più elevato di quello che sarebbe stato fissato in assenza della medesima. Dette imprese estranee

---

<sup>660</sup> Il riferimento è ai casi Corte di Giustizia 20 settembre 2001, *Courage Ltd. V. Bernard Crehan* (causa C – 453/99) consultabile in *Eur – lex* all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0453> e Corte di Giustizia 13 luglio 2006 n. 295, cause riunite *Manfredi v. Lloyd Adriatico Ass* (cause riunite da C- 295 – 04 a C – 298/04). In argomento v. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust, la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione modelli a confronto*, cit., 100 ss. e ALPA, *Illecito e danno antitrust casi e materiali*, cit., 30 ss.

<sup>661</sup> Il testo della decisione è disponibile su *Eur – Lex* al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0557>.

all'intesa avevano di fatto comunque beneficiato dell'esistenza della stessa per fissare il proprio prezzo ad un livello più alto. Si discorre in merito del c.d. prezzo di protezione, o prezzo guida (nella terminologia anglosassone *umbrella effect*) derivante dall'intesa che dipana i propri effetti anche a favore di imprenditori che non hanno preso parte alla stessa.

Di là dalla soluzione assunta dalla Corte di Giustizia, questo caso ha evidenziato che talvolta i comportamenti illeciti degli aderenti ad un'intesa - sebbene volti a ledere esclusivamente i soggetti acquirenti dei loro prodotti attraverso l'aumento concordato dei prezzi - di fatto, avvantaggiano anche altre imprese le quali a loro volta riescono a fissare il proprio prezzo ad un importo superiore rispetto a quello che si sarebbe stabilito in normali condizioni di concorrenza. La determinazione del prezzo da parte di un'impresa estranea all'intesa, sicuramente deve essere considerata una scelta autonoma di quest'ultima, ma è altresì certo che tale decisione è presa con riferimento ad un prezzo di mercato falsato dalla condotta anticoncorrenziale.

Questa specifica giurisprudenza ha messo in evidenza un fenomeno più generale ovvero che la distorsione della concorrenza a mezzo di pratiche vietate, in realtà, può dar luogo ad una produzione di vantaggi e correlativamente di danni per così dire "a raggiera". Danni questi, tra l'altro, non facilmente risarcibili e dalla fonte non facilmente individuabile<sup>662</sup>.

---

<sup>662</sup> Il caso deciso dalla Corte di giustizia come detto ha ad oggetto l'ipotesi in cui, a causa di un'intesa anche i prezzi praticati da imprese estranee alla stessa siano risultati più alti di quelli che altrimenti sarebbero stati praticati in assenza dell'accordo illecito.

In particolare, la società *ÖBB Infrastruktur* aveva chiesto alle imprese partecipanti ad un'intesa nel mercato degli ascensori il risarcimento del danno derivante dal fatto di aver acquistato da imprese terze (non aderenti all'intesa) ad un prezzo più elevato di quello che altrimenti sarebbe stato praticato. Ciò in quanto dette imprese terze avevano di fatto beneficiato del c.d effetto di protezione derivante dall'intesa consentendogli di fissare il proprio ad un livello più alto. Il vero *punctum pruriens*, nel caso di specie, risiede nella nozione di nesso di causalità sussistente tra condotta vietata e danno rilevante al fine del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno. Il rischio è quello di riconoscere diritto alla tutela risarcitoria a meri danni indiretti ovvero non adeguatamente ricollegabili sotto il profilo della causalità, alla condotta illecita.

---

Riconoscere la responsabilità delle imprese partecipanti all'intesa anche per i danni subiti dagli acquirenti di imprese estranee alla stessa potrebbe comportare la risarcibilità di danni meramente indiretti. D'altro canto, invece, l'esclusione di tale responsabilità potrebbe privare taluni danneggiati del diritto al risarcimento del danno derivante da violazione della concorrenza.

Ebbene, in questo solco si iscrive il rinvio pregiudiziale disposto dal giudice austriaco. Infatti, secondo la giurisprudenza austriaca, il soggetto che chiede il risarcimento del danno dovrà dimostrare la sussistenza di un nesso di causalità immediato e diretto.

Tale elemento verrebbe a mancare nel caso di specie, essendo l'aumento del prezzo un mero effetto collaterale dell'intesa.

È di palmare evidenza, tuttavia, che una siffatta ricostruzione del diritto vivente austriaco finisce inesorabilmente per compromettere il diritto al pieno risarcimento dei danni per violazione della normativa *antitrust*.

Il giudice austriaco ha, quindi, effettuato il rinvio pregiudiziale al fine di stabilire se l'articolo 101 TFUE osti ad un'interpretazione e ad un'applicazione del diritto di uno Stato membro, consistente nell'escludere, per motivi di ordine giuridico, la responsabilità di imprese aderenti ad un'intesa per i danni risultanti dai prezzi che un'impresa estranea alla stessa abbia fissato ad un livello più elevato.

La Corte di Giustizia ha precisato che la determinazione del prezzo, benché sia una scelta autonoma dell'impresa, può di fatto essere influenzata dalla conclusione di intese anticoncorrenziali, circostanza che gli aderenti alla stessa non possono ignorare.

A tale stregua, ha affermato la Corte che: «La piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza».

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte di giustizia ha, quindi, stabilito che «la vittima di un prezzo di protezione può ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa, ancorché non abbia intrattenuto vincoli contrattuali con loro, laddove risulti accertato che, alla luce delle circostanze di specie e, segnatamente, delle peculiarità del mercato interessato, detta intesa fosse tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente e che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima. Spetta al giudice del rinvio verificare la sussistenza di tali condizioni».

Per comprendere l'effettiva portata di tali conclusioni, appaiono senz'altro utili le conclusioni dell'avvocato generale *J. Kokott* il quale ha chiarito che il diritto al risarcimento del danno alla luce delle circostanze precedentemente descritte non costituisce un automatismo. In altre parole, dovrà valutarsi il fatto alla luce di tutte le circostanze del singolo caso, specificamente bisognerà valutare se l'intesa abbia effettivamente comportato la comparsa di prezzi guida sul mercato. L'avvocato generale sposta, quindi, il tema della rilevanza dei prezzi guida da un piano strettamente teorico-dottrinario ad un piano pratico-probatorio. Si evidenzia, in tal guisa, la necessità di respingere qualsiasi assioma che pretenda di considerare, sempre e comunque, i prezzi guida come un'ineludibile conseguenza di un'intesa oppure, in senso analogo e contrario, come una conseguenza meramente secondaria e collaterale, priva di alcun nesso di causalità con la fattispecie illecita.

L'effetto dei prezzi guida, quindi, non può essere né ammesso, né escluso a priori dovendosi verificare in concreto se l'intesa abbia di fatto prodotto i c.d. *umbrella effect* e solo in caso di esito positivo procedere alla liquidazione del risarcimento.

In conclusione, la Corte di Giustizia ha dichiarato che «L'articolo 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad un'interpretazione e ad un'applicazione del diritto nazionale di uno Stato membro consistente nell'escludere, in termini categorici, per motivi giuridici, che imprese partecipanti ad un'intesa rispondano civilmente dei danni risultanti dai prezzi che un'impresa terza abbia fissato, in considerazione dell'operato dell'intesa, ad un livello più elevato rispetto a quello che sarebbe stato applicato in assenza dell'intesa medesima».

In argomento v. *MATRANGA, Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocazione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, in *Dir. civ. cont.*, 11 marzo 2015; *DEL POZZO, Trasferimento del sovrapprezzo*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della Concorrenza, Commento al d.lgs n. 3/2017*, cit., a cura di MANZINI, 114 e

In altri termini, «le norme a tutela della libertà di concorrenza sono rivolte ad assicurare una maggiore efficienza del mercato; la loro violazione porta conseguenze dannose che tendono a propagarsi per l'intero sistema economico»<sup>663</sup>.

Ad esempio, l'incremento del prezzo di vendita abusivamente praticato da un'impresa nei confronti di altra impresa indurrà questa ad operare una traslazione a valle dell'aumento del prezzo fino al consumatore. I consumatori, dunque, ridurranno gli acquisti del prodotto divenuto più caro e ciò determinerà una riduzione anche degli acquisti dei prodotti complementari, delle vendite dei fornitori e della stessa produzione. Tutto ciò determinerà verosimilmente la chiusura ovvero la riduzione delle dimensioni dell'impresa, vittima di abusi escludenti, con conseguente licenziamento di lavoratori<sup>664</sup>.

Viepiù, l'esigenza di potenziare la funzione deterrente del risarcimento emerge, in modo ancor più evidente, se si ha riguardo al fatto che gli effetti derivanti da pratiche vietate danno luogo di per sé ad un'ulteriore distorsione del gioco della concorrenza. L'impresa che ha posto in essere la condotta illecita, infatti, potrà giovare degli introiti da essa derivanti a discapito di quelle che agiscono sul mercato in modo lecito, dando luogo, di tal guisa, ad un'ulteriore distorsione dell'andamento fisiologico del mercato. Più prosaicamente, un'impresa che riesce a trarre un utile illegittimo a mezzo di tali violazioni godrà di un vantaggio competitivo illegittimo anche nell'ambito delle altre azioni che successivamente compirà nel mercato. La mancata repressione di un

---

CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust, la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione modelli a confronto*, cit., 128.

<sup>663</sup> In questi termini v. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017, 238 ove evidenzia l'inadeguatezza delle categorie tradizionali del risarcimento in questo specifico settore e rinviene la via maestra per fronteggiare queste esigenze nel potenziamento delle sanzioni pubbliche.

<sup>664</sup> In questo senso v. TRIMARCHI, *ibidem*.

illecito *antitrust*, quindi, “accende delle reazioni a catena” che conducono ad ulteriori distorsioni della concorrenza.

Sembra non potersi escludere, quindi, che tali dinamiche possano, talvolta, produrre effetti che irreparabilmente alterino il fisiologico gioco della concorrenza.

Tutte queste considerazioni fanno emergere la necessità di prevenire *tout court* tali danni. In questo settore è necessario potenziare la funzione deterrente del risarcimento e ciò sembra possibile solo attribuendo allo stesso una curvatura *latu sensu* punitiva.

E' necessario porre l'imprenditore – massimizzatore razionale<sup>665</sup> per eccellenza – nella condizione, alla stregua della quale, facendo un freddo calcolo matematico, reputi *ex ante* sconveniente porre in essere la condotta anticoncorrenziale. Ebbene, essendo questi illeciti “particolarmente redditizi”, correlandosi, inoltre, agli stessi molte difficoltà processuali e pochi incentivi all'azione in giudizio è evidente che la posizione di un risarcimento meramente compensativo non pare costituire un argine sufficiente.

L'imprenditore, disposto a violare la legge pur di ottenere un guadagno economico, alla luce di una valutazione costi - benefici, consapevole del fatto che al più potrà essere costretto - tra l'altro in un tempo non vicino - a ripianare la mera perdita subita dall'attore, sarà sostanzialmente indotto a violare la normativa *antitrust*. Svanisce così qualsiasi elemento di deterrenza.

Senza contare che il sistema così disegnato sembra introdurre *de facto* una sorta di pregiudiziale del giudizio amministrativo rispetto a quello civile, sicchè verosimilmente in caso di contestuale pendenza delle

---

<sup>665</sup>Si rammenta che tale terminologia è cara all'*Analisi Economica del Diritto*.

due azioni, la causa civile sarà sospesa<sup>666</sup>. Ciò evidentemente determina un sensibile ritardo nell'accesso alla tutela da parte del danneggiato con conseguente e ulteriore disincentivo all'azione in giudizio, andando ad aggravare oltremodo un sistema di tutele che non brilla per semplicità ed efficienza.

Lo scarso potenziamento della funzione deterrente si apprezza anche con riguardo ad un altro profilo, il riferimento è alla disciplina della *class action*. L'art. 1 comma 1 del decreto sancisce che il risarcimento può essere richiesto da "chiunque" abbia subito un danno a prescindere dal fatto che si tratti di imprenditori ovvero di consumatori<sup>667</sup>. L'art. 1 precisa, altresì, che trova applicazione in tale ambito la *class action* disciplinata dall'art. 140 *bis* codice del consumo.

La Direttiva non ha in alcun modo preso in considerazione l'azione di classe e su tale scia il legislatore nazionale si è limitato a richiamare l'art. 140 *bis*, chiarendo semplicemente che la stessa – entro i suoi confini preesistenti – si applica anche in tale ambito.

Tanto ha condotto taluno ad affermare che la figura della *class action* costituisce il "grande assente"<sup>668</sup> della nuova disciplina.

In effetti il generico richiamo effettuato dal legislatore all'art. 140 *bis* non sembra esaustivo.

---

<sup>666</sup> SCOCCINI, *La prescrizione del risarcimento del danno antitrust*, cit., 2611 il quale discorre di una nuova ipotesi di pregiudiziale amministrativa. Altro orientamento dottrinale prospetta un'ipotesi di sospensione c.d. facoltativa v. GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, 604; MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990; ZUMPARO, *Sospensione facoltativa del processo civile per pendente impugnazione di un atto amministrativo* (Nota a ord. Trib. di Larino 14 marzo 2011) in *Giust. civ.*, 2002, 1, 217.

<sup>667</sup> La lettera della norma così dispone: «Il presente decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese».

<sup>668</sup> Così VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., 443. Sulla necessità di introdurre strumenti assimilabili alla *class action* sulla scia dell'esperienza americana v. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione del diritto antitrust*, cit., 259 ss. e ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 1 ss. spec. p.15.

E' noto che la c.d. azione di classe dipinta dal Codice del Consumo è riservata, per espressa previsione di legge, in via esclusiva ai soli consumatori<sup>669</sup>, i quali potranno decidere di agire individualmente ovvero

---

<sup>669</sup> L'art. 3 co. 1 lett. a) del Codice del Consumo definisce consumatore «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». Nonostante, l'espressa definizione normativa la nozione di consumatore ha dato luogo a numerose questioni interpretative. Sono state sollevate numerose questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di Giustizia CE e questioni di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta, tendenti ad estendere l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina consumeristica a soggetti diversi dalle persone fisiche, ma ciononostante versanti in condizioni di debolezza contrattuale: si pensi alle associazioni, agli enti *no profit* e ai piccoli imprenditori. Nelle varie ordinanze di remissione in questione si tendeva ad evidenziare che spesso tali soggetti possono venirsi a trovare in posizioni di dipendenza economica ovvero tecnologica rispetto ad altro operatore professionale più forte, che li rende al pari del consumatore, e per certi versi anche più di quest'ultimo, meritevoli di protezione (In dottrina per una interpretazione ampia della nozione di consumatore v. CAPPUCCIO, *Sulla nozione di "consumatore" tra diritto comunitario e nazionale*, in *Nuovo dir.*, 2000, I, 115; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. Dir. priv.*, 2001, 769; RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 39 ss. In giurisprudenza G.d.p. de L'Aquila, 3 novembre 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2341, con nota GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie* e G.d.p. di Sanremo, 5 luglio 2001, in *Giur. mer.*, 2002, 649). Tali osservazioni, tuttavia, non hanno trovato seguito presso le Corti superiori. La Corte di Giustizia CE 22 novembre 2001, (cause riunite C – 541/99 e C – 542/99, in *Corr. Giur.*, 2002, 445 con nota CONTI, *La Corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive* e in *I Contratti.*, 2002, 519 ss. con nota di GUERINONI, *Sulla nozione di consumatore Commento a Corte di giustizia CE 22 novembre 2001*(cause riunite C – 541/99 e C – 542/99) ha chiarito che la nozione di consumatore include unicamente le persone fisiche e che essendo contenuta in una norma eccezionale non è suscettibile di applicazione analogica. Nello stesso solco si situa Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469 (in *Foro It.*, 2003, I, 332 ss. con note di PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale* e di PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*) che ha escluso l'irragionevolezza della scelta legislativa di limitare la tutela alle persone fisiche. A tale stregua, è stato sostenuto che una violazione dell'art. 3 Cost. è configurabile solo laddove il legislatore sottoponga ad un trattamento differente situazioni uguali, e non anche quando situazioni differenti siano disciplinate in modo diseguale. Nel caso di specie, ad avviso della Consulta, non sarebbe ravvisabile alcuna illegittimità costituzionale proprio perché la persona fisica è un soggetto ontologicamente eterogeneo rispetto ad altri operatori economici caratterizzati dallo svolgimento di attività imprenditoriale ovvero da una struttura associativa. È stato affermato che sotto il profilo pratico il problema sembra comunque depotenziato, in quanto, successivamente al 1996, sono sopraggiunti ulteriori interventi normativi volti a tutelare il professionista debole dal rischio di perpetrazione di abusi da parte di operatori professionali forti: si pensi alla legge sulla sformitura e al decreto legislativo per la lotta contro i ritardi nelle transazioni commerciali. È noto, tuttavia, che tali norme hanno ad oggetto condotte ben diverse rispetto a quelle prese in considerazione dalla legge *antitrust*, la cui violazione ben può cagionare danni ad altri imprenditori i quali allo stato dell'arte restano sforniti della possibilità di avvalersi della *class action*, strumento che potrebbe rivelarsi molto utile in questo settore. Inoltre, con riguardo alla particolare problematica concernente la praticabilità dell'azione risarcitoria collettiva anche nell'ambito delle relazioni del mercato finanziario v. GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva. Un esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140 bis, d.lgs 206/2005*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 797.

attraverso associazioni o comitati rappresentativi di uno o più appartenenti della classe<sup>670</sup>.

Tuttavia, è altresì noto che l'illecito anticoncorrenziale si estrinseca in una condotta idonea a recar danno, non solo ai consumatori, ma anche ad altri imprenditori.

In *parte qua* sarebbe auspicabile una pronta modifica del decreto avuto riguardo del fatto che molte condotte anticoncorrenziali sono spesso caratterizzate dalla creazione di danni diffusi e frazionati in piccole quote cui consegue uno scarso incentivo per il danneggiato all'azione in giudizio, specialmente in considerazione dell'elevato costo delle procedure legali e delle difficoltà probatorie che determinano un elevato rischio di soccombenza.

Tale profilo poteva essere in qualche misura attenuato ove il legislatore avesse predisposto una disciplina *ad hoc* che - da un lato - legittimasse all'azione di classe anche gli imprenditori lesi e che - dall'altro - eliminasse il farraginoso meccanismo dell'*opt in*<sup>671</sup>.

---

<sup>670</sup> Nel primo caso, il consumatore agisce in proprio, al fine di ottenere la condanna dell'impresa convenuta al ristoro dei danni subiti, quale sostituto processuale della classe dei danneggiati, facendo valere in nome proprio i diritti di coloro che potenzialmente aderiranno all'azione. Nel secondo caso, invece, si riconosce in modo indifferenziato il diritto di proporre l'azione di classe da parte di associazioni e comitati, per i quali, con particolare riferimento ai requisiti per la proponibilità stessa dell'azione, si renderà opportuno il conferimento di uno specifico mandato processuale. La disciplina in questione è stata modificata dalla legge 23 luglio 2009 n. 99 la quale « ha ampliato la reattività del consumatore *uti singulus*, che non deve più necessariamente rivolgersi ad un'associazione dei consumatori rappresentativa a livello nazionale, come previsto nell'iniziale formulazione della norma, ma può agire individualmente ovvero farsi promotore della costituzione di un'associazione *ad hoc* per la tutela di interessi diffusi ovvero ancora promuovere l'azione attraverso un'associazione o un comitato, già preesistente, che intenda farsi promotore dell'azione di classe». CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016, 1097.

<sup>671</sup> Il modello italiano dell'azione collettiva, come noto, si struttura secondo il prototipo di matrice svedese dell'*opt – in*. Ciò significa che l'azione di classe spiega i propri effetti esclusivamente nella sfera giuridica dei soggetti che abbiano manifestato l'espresa volontà di aderirvi, diversamente da quanto avviene alla stregua del meccanismo dell'*opt – out*. Tale modello, al contrario, si caratterizza per una maggiore incisività in quanto la proposizione dell'azione di classe spiega automaticamente i propri effetti nei riguardi di tutti gli appartenenti alla stessa. In senso critico è stato, inoltre, osservato che il sistema si presenta per così dire contraddittorio. Ciò in quanto - da un lato - l'azione di classe *ex 140 bis* può essere proposta anche indipendentemente dall'esistenza di adesioni al momento della sua proposizione e quindi solleva il danneggiato dall'onere di individuare necessariamente altre situazioni identiche in capo ad altri consumatori - dall'altro - «espone il consumatore stesso ad un grosso rischio, rappresentato dall'eventuale pronuncia di inammissibilità per carenza di interesse collettivo, quand'anche è fuor dubbio che lo stesso

Questi potrebbero forse essere degli accorgimenti idonei a recuperare qualche scampolo di deterrenza<sup>672</sup> nel microcosmo dell'illecito *antitrust*.

È stato, tra l'altro osservato che le categorie del lucro cessante e del danno emergente richiamate dal legislatore risultano, a ben guardare, del tutto inadeguate non appena si tenti di applicarle concretamente a fronte di violazioni *antitrust*.

Questa coppia di nozioni trova la sua origine nel diritto medievale in particolare nella teoria del *giusto prezzo*<sup>673</sup>. Tuttavia, «visibilmente, questi concetti si deformano quando, dal mondo del Medioevo e degli scambi aventi ad oggetto “cose”, si arrivi sino ad oggi. La nostra tesi è che il lucro cessante e il danno emergente cambino aspetto quando si considerino non già gli scambi più o meno volontari di cose tra persone fisiche contigue, ma gli obblighi oggettivi di comportamento dei professionisti su mercati neutrali, impersonali e distanti [ ... ]. Gli obblighi oggettivi di comportamento sul mercato non corrispondono a diritti soggettivi di qualcuno in particolare, ma si applicano appunto oggettivamente a ciascuno dei professionisti che partecipano agli scambi: ciò è essenziale perché il mercato funzioni correttamente [...]. Poiché d'altra parte ogni regola pone a carico di chi la rispetta dei costi è chiaro che chi non rispetta le regole oggettive del mercato si avvantaggia almeno

---

nulla ha a che vedere con la consistenza numerica dei consumatori che trarranno beneficio dalla sentenza». In questo senso v. CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1100 ed *ivi* v. anche per ulteriori riflessioni in merito alla natura giuridica e all'effetto dell'atto di adesione. In argomento v. C.AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, 1, 18 ss. e ROSENBERG, *Mandatory – litigation class action: the only option for mass tort cases*, in *Harvard Law Review*, 2002, 115, 831.

<sup>672</sup> In argomento si veda la pregevole riflessione di C.AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, cit. 11 ss.

<sup>673</sup> Il pensiero economico nel Medioevo era prevalentemente di carattere etico. San Tommaso elaborò la teoria del giusto prezzo la quale divenne uno dei punti centrali della scolastica in materia economica. In argomento v. SOSNOWSKI, *Origini della lingua dell'economia in Italia*, Milano, 2006, 33 e KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989.

risparmiando tali costi mentre sottrae a chi invece le rispetta una certa parte del benessere che avrebbe conseguito: benessere che di regola deve essere determinato in base a un'analisi controfattuale. Dunque quando si parli di violazione di obblighi di comportamento sul mercato, il danno emergente consiste principalmente nel costo di autodifesa in senso lato che i concorrenti e gli altri operatori debbono sostenere per affrontare le scorribande degli operatori scorretti, e non invece (come nel caso dello scambio di cose) in quello della reintegrazione del patrimonio o della sostituzione o riparazione di un particolare *asset*: mentre il grosso dei danni è costituito da una miriade di lucri cessanti di difficile e opinabilissima quantificazione, rispetto ai quali la determinazione di un nesso causale è il più delle volte possibile solo in base a giudizi ipotetici. Pertanto dire che le vittime di illeciti *antitrust* possono conseguire un pieno ed effettivo risarcimento dei danni subiti perché possono chiedere agli autori della violazione danno emergente e lucro cessante è, a nostro modesto avviso, come offrire a un Pinocchio affamato il fumo della zuppa dipinta sulla parte della stanza da pranzo»<sup>674</sup>.

Più prosaicamente, non tutte le norme assegnano una porzione di ricchezza umana; alcune, come quelle in materia *antitrust*, regolano condotte e comportamenti, ma non riconoscono diritti in senso stretto se non quello al risarcimento del danno. È evidente, quindi, che un conto è risarcire la lesione di un diritto soggettivo – come potrebbe essere il diritto di proprietà o altro diritto reale - altro è risarcire un danno derivante dalla lesione di una regola di comportamento, come sono quelle sancite nell’abito della normativa a tutela della concorrenza.

---

<sup>674</sup>Si è preferito riportare letteralmente le parole di M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 425 – 426 perché in modo plastico rendono perfettamente il concetto. Sul tema v. anche PROSPERETTI, PANI, TIMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009.

Quando la norma violata è attributiva di un diritto soggettivo patrimoniale la lesione è effettivamente risarcita facendo ricorso alle due componenti del danno emergente e del lucro cessante. Lo stesso non può dirsi quando ad essere violate siano regole di comportamento, quali sono le norme *antitrust* ovvero le norme poste a tutela della proprietà industriale<sup>675</sup>.

Pertanto, al fine di assicurare un risarcimento effettivo a fronte di violazioni della normativa *antitrust* sembra opportuno – come si avrà modo di verificare nelle pagine che seguono – ancorare la liquidazione del danno ad un elemento sconosciuto alle categorie tradizionali, qual è il profitto ingiustamente locupletato dall'impresa che ha posto in essere condotte anticoncorrenziali.

---

<sup>675</sup>È noto, infatti, che con riguardo alla proprietà industriale, ad onta del *nomen iuris*, non vengano in rilievo veri e propri diritti soggettivi, bensì regole di condotta, *rectius*, regole di leale concorrenza. In altri termini, ancorché la legge discorra di diritti di proprietà industriale è pacifico che non si ci trovi di fronte ad un diritto reale, bensì innanzi a regole di condotta che in senso lato impongono il divieto di compiere attività non autorizzate. A tal riguardo è stato affermato che «appare evidente che le esclusive sui diritti della proprietà intellettuale, piuttosto che rappresentare un'altra forma “naturale” di proprietà, nata come quella sulle cose materiali dall'interazione dei soggetti e dalla loro esigenza fondamentale di disporre delle risorse nel modo più vantaggioso, sono invece il frutto di un intervento dello Stato, che sceglie di orientare gli investimenti verso l'innovazione» (Così C. GALLI – A.M. GAMBINO *Codice commentato della Proprietà Industriale e Intellettuale*, Torino, 2011 art. 1, 17). In questa prospettiva si evidenzia che il termine “proprietà”, pur essendo utilizzato dall'Accordo TRIPs, deve essere inteso in senso assai meno rigoroso di quello noto alla nostra tradizione giuridica. Giova osservare che l'Accordo TRIPs rinviene la propria genesi in paesi di tradizione anglosassone nei quali il termine viene utilizzato come generale riferimento alla struttura dei diritti di esclusiva e conseguentemente si ritiene riferibile ad oggetti tra loro eterogenei. (Sul punto v. VANZETTI (a cura di), *Codice della Proprietà Industriale*, Milano, 2013, art. 1, p. 2).

Del resto, già in tempi risalenti illustre dottrina discorreva a tal riguardo del «diritto assoluto all'altrui astensione dall'utilizzazione della creazione intellettuale» al fine di tutelare «la probabilità di guadagno conseguibile attraverso l'utilizzazione della creazione stessa nei confronti dei terzi». Così ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 309.

Tra l'altro il dibattito sulla natura giuridica dei diritti di proprietà industriale ha riacquisito nuova linfa a seguito della possibile applicazione (esclusa dalla dottrina maggioritaria sul punto v. A. VANZETTI, *Diritti reali e “proprietà” industriale (...e mediazione obbligatoria)*, RD IND, 2010, I, 175) ai diritti di proprietà industriale della normativa in tema di mediazione obbligatoria in quanto estesa ai procedimenti in materia di diritti reali. Molteplici perplessità suscita l'orientamento che riconduce i diritti di proprietà industriale nel novero dei diritti reali anche con riguardo alle indicazioni geografiche e denominazioni d'origine di cui agli artt. 29 e 30 c.p.i. in quanto prive di autonomia e di un titolare determinato (sul punto v. M.S. SPOLIDORO *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 149).

## 6. Risarcimento del danno *antitrust*, profitto illecito e dubbi di compatibilità costituzionale

Appare evidente, quindi, che in questo settore sia necessaria l'introduzione di rimedi idonei a scongiurare *ex ante* la produzione dell'illecito. Il legislatore, tuttavia, sembra aver mancato il bersaglio, perdendo un'occasione unica per spazzare via i coni d'ombra che da sempre oscurano la tematica dell'illecito *antitrust*.

Per ovviare a tali inconvenienti la strada che potrebbe essere seguita è in qualche misura già presente nelle pieghe dell'ordinamento. Il riferimento è al rimedio dipinto dagli artt. 125 co. 1 *c.p.i.* e 158 comma 2 *l. dir. aut.*<sup>676</sup>.

Le due norme – rispetto alle quali, tra l'altro, precedentemente si è verificata l'ammissibilità di un'applicazione analogica<sup>677</sup> – ancorano la liquidazione del risarcimento del danno ai *c.d.* «*benefici realizzati dall'autore della violazione*».

---

<sup>676</sup> Per ampi riferimenti circa tali rimedi si rinvia a quanto detto nell'ambito del terzo capitolo. Si ricorda che l'art. 125 dispone che «1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. 2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. 3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento». Similmente l'art. 158 l.d.a. statuisce che: «1. Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. 2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto. 3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del codice civile».

<sup>677</sup> In questo senso v. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 196. Si rinvia, inoltre a quanto detto nell'ambito del quarto capitolo.

In altri termini, quello che si propone è una lettura estensiva di tali disposizioni adattata al microcosmo dell'illecito *antitrust*.

A tale stregua, si legittima il giudice a liquidare il danno anche in considerazione del lucro ingiustamente locupletato. Più precisamente in questa prospettiva il lucro realizzato dall'autore della violazione entra in gioco come criterio guida in sede di liquidazione equitativa *ex. art. 1226 c.c.*, potendo quindi il giudice anche considerare tutte le altre circostanze del caso concreto.

In questo modo potrebbe essere superata o quantomeno attenuata l'obiettiva difficoltà per l'attore di provare il proprio danno (dimostrabile per lo più in via controfattuale), facendo perno sulla maggiore semplicità che caratterizza la prova relativa all'esistenza di benefici ingiustamente locupletati dall'autore della violazione, specialmente alla luce delle novità introdotte concernenti il c.d. ordine di esibizione.

Ciò evidentemente costituirebbe un notevole incentivo per i privati ad agire in giudizio e, verosimilmente, contribuirebbe a ricondurre i rapporti di mercato alla propria fisiologica dinamica.

È opportuno precisare, tuttavia, che l'interpretazione *de qua* propone la lettura estensiva del 125 co.1 *c.p.i.* ovvero del 158 co. 2 *l. dir. aut.* e non anche del 125 co. 3 *c.p.i.* il quale, come precedentemente detto<sup>678</sup>, impone all'autore della violazione l'obbligo di restituire *in toto* il profitto ingiusto.

Sembra preferibile, quindi, proporre l'estensione del rimedio tracciato dall'art. 125 co. 1 *c.p.i.* ovvero dal simile art. 158 comma 2 *l. dir. aut.*, in quanto così il giudice potrà debitamente tenere in considerazione, oltre che l'entità del profitto ingiusto, anche altre

---

<sup>678</sup> Si rinvia ancora una volta al terzo capitolo.

circostanze quali: la concreta situazione della parte che chiede il risarcimento, la posizione dello stesso danneggiante e la circostanza ovvero la probabilità che tale risarcimento sia chiesto anche da altri soggetti del mercato <sup>679</sup>.

Quello descritto sembrerebbe un utile compromesso che – da un lato – garantisce il rispetto delle forme dettate dalla legge<sup>680</sup> e – dall’altro – fronteggia le esigenze che prepotentemente si stagliano nel microcosmo dell’illecito *antitrust* e che la lettera della nuova normativa sembra ignorare.

Detta lettura ad avviso di autorevole dottrina non sembra entrare in rotta di collisione con l’espreso divieto di *overcompensation* posto dalla direttiva. Ciò in quanto «la questione non riguarda la punizione più o meno esemplare dei “malvagi”, ma piuttosto gli incentivi dati ai privati, vittime di soprusi, affinché contribuiscano, internalizzando una parte dei costi di *enforcement*, al successo della legislazione relativa al mercato e destinata ad assicurarne i buoni frutti. In questa prospettiva, la questione richiede a nostro avviso un confronto con norme sistematicamente idonee a costituire un “testo” rilevante nel “contesto” interpretativo: ci riferiamo in particolare all’art. 125 co. 1 del codice della proprietà industriale»<sup>681</sup>.

---

<sup>679</sup> In questo senso si esprime anche M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 431.

<sup>680</sup> L’art. 1 del decreto n. 3 del 2017 richiama le disposizioni di cui agli artt. 1223, 1226, e 1227, similmente a quanto affermato nell’ambito degli artt. 125 *c.p.i.* e 158 *l.d.a.*

<sup>681</sup> Così M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 433. Afferma il divieto di un risarcimento avente valenza punitiva nell’ambito del diritto *antitrust*, in virtù della funzione esclusivamente compensativa riconosciuta al risarcimento del danno nell’ordinamento italiano, TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., 256. È evidente che queste conclusioni ben possono essere revocate in dubbio alla luce delle considerazioni effettuate nell’ambito del cap. IV (in particolare par. 4 e 5) e delle Sezioni Unite del 5 luglio n. 16601 sulle quali v. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630; D’ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., I, 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2644; VIAZZI, *L’ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 328 ss.; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2648 e DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1792; CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell’ordinamento italiano*, cit.;

In realtà, del fatto che tanto l'art. 125 *c.p.i.*, quanto l'art. 158 *l.d.a* abbiano una valenza punitivo – deterrente che in qualche modo ricalca anche i contorni del *disgorgement*<sup>682</sup> si è già ampiamente dato atto nell'ambito del III capitolo al quale si rinvia. La lettura che si propone potrebbe quindi verosimilmente condurre a sovracompensazioni per la semplice ragione che il punto di riferimento per la determinazione del danno non è la perdita subita dal danneggiato, bensì il profitto ingiusto. Al contempo, tuttavia, non può affermarsi che verrebbe in rilievo una diminuzione patrimoniale afflittiva in senso stretto, in quanto il soggetto non verrebbe privato di qualcosa di sua legittima proprietà, bensì di un beneficio illegittimo.

Quella qui proposta è quindi una lettura – prima della direttiva e poi del decreto – costituzionalmente orientata, fornita al lume del principio di effettività della tutela, proprio perché in questa sede il sistema richiede a toni alti un potenziamento della funzione deterrente<sup>683</sup>, al fine di garantire il fisiologico andamento delle dinamiche del mercato<sup>684</sup>.

Da ciò deriva che ove non si dovesse ritenere praticabile tale lettura quel che potrebbe prospettarsi - portando il ragionamento alle estreme conseguenze - è una questione di legittimità costituzionale del decreto in *parte qua* e prima ancora della direttiva, sollevando in relazione a

---

LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 326 e PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, cit

<sup>682</sup> In questi termini *ibidem*, 426 ss.

<sup>683</sup> Presupposto logico di tale ricostruzione è il riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile e, conseguentemente, l'ammissibilità di una lettura estensiva delle norme che contemplano risarcimenti *latu sensu* sanzionatori, qual è l'art. 125 *c.p.i.* Per ampi riferimenti su punto si rinvia a quanto detto nell'ambito del IV cap spec. par.4 e 5.

<sup>684</sup> Del resto ad ulteriore conferma della razionalità della soluzione prospettata si pone la disposizione contenuta nell'ambito dell'ordinamento tedesco di cui al § 33 a, Abs.3, *GWB* il quale dispone similmente che: «Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. 2Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden».

quest'ultima la barriera dei controlimiti, pena la violazione del principio fondamentale di effettività della tutela<sup>685</sup>.

Argomentare diversamente vorrebbe dire violare la massima, prima morale<sup>686</sup> che giuridica, alla stregua della quale la violazione della legge non può in nessun caso essere legittima occasione di guadagno<sup>687</sup>. Inutile evidenziare le gravissime ricadute che potrebbero derivare in termini di certezza dei traffici commerciali e di tutela del mercato in un settore così peculiare come quello dell'illecito *antitrust*.

Si ritiene, quindi, che precludere al giudice una via di tal fatta potrebbe tal volta condurre ad una lesione del superiore principio di effettività della tutela, oltre che della stessa concorrenza.

---

<sup>685</sup> È noto che a far data dalla storica sentenza della Corte Costituzionale 8 giugno del 1984 n. 170 nota anche come sentenza *Granital* è stato riconosciuto in capo al giudice nazionale il potere di disapplicare direttamente, senza ricorrere alla Corte Costituzionale, la norma interna contrastante con una norma comunitaria precedente. Ma ciò che ai nostri fini è opportuno evidenziare è che in quell'occasione la Corte Costituzionale - pur riconoscendo al giudice ordinario nazionale il compito di disapplicare la disposizione interna contrastante con quella comunitaria - ha comunque inteso mantenere un controllo sul diritto comunitario, valutandone la compatibilità in riferimento ai principi fondamentali del ordinamento e ai diritti inalienabili della persona umana (i cc. dd. controlimiti). Il giudice Nazionale, quindi, a fronte di un eventuale contrasto tra questi ultimi e il diritto comunitario, avrà l'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale della legge nazionale di ratifica del Trattato di Roma, per contrasto con l'art.11 della Costituzione. È evidente che il principio di effettività della tutela costituisce certamente un principio fondamentale del nostro ordinamento che, ove violato da una disposizione comunitaria, legittima il giudice a sollevare la barriera dei controlimiti, con conseguente questione di legittimità costituzionale. La sentenza è consultabile in *giur. cost.*, 1984, 1098. Sul punto v. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 189 ss.; RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n 170 del 1984 in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno dalla teoria della separazione alla prassi dell'integrazione intersistemica?* in *Giur. cost.* 1991, 1583 e ONIDA, *Armonia tra diversi e "problemi aperti". La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.* 3/ 2002, 549 ss.

<sup>686</sup> Si ricordi a tal riguardo anche la massima espressa dal brocardo: «*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem*» (Pomponio, D. 50.17.26).

<sup>687</sup> Osservazioni di questo genere sono state spesso effettuate in relazione al risarcimento del danno da lesione della proprietà industriale v. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, cit. 205; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 65 e ss. Sempre in questo senso P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 43 osserva che «proprio tali considerazioni sollevano interrogativi di carattere etico – giuridico a dir poco inquietanti: perché premiare la scaltrezza e il cinismo di chi, attraverso una condotta tanto razionale quanto illecita, abbia violato il diritto altrui al solo fine di realizzare un profitto più vantaggioso? Perché incentivare il proliferare di comportamenti della medesima matrice e, ancora, come assicurare la certezza e la stabilità degli scambi economici?». Per maggiori riferimenti si rinvia al capitolo III.

Né può invocarsi la violazione del principio del *ne bis in idem* per sbarrare la strada a tale lettura costituzionalmente orientata<sup>688</sup>.

La commisurazione del risarcimento dovuto al profitto conseguito dall'autore della lesione non sembra, infatti, interferire con le sanzioni pubblicistiche per diverse ragioni.

In primo luogo, si osserva che l'apparato sanzionatorio posto a disposizione dell'Autorità *antitrust* non prevede alcun tipo di confisca dei profitti. Ove quest'ultima fosse stata prevista, effettivamente si sarebbe potuto porre un problema di violazione del *ne bis in idem*, ma così non è.

Ad aggravare la situazione si pone la circostanza che le sanzioni pubblicistiche concretamente applicabili in Italia sono fissate per legge con riferimento esclusivo a massimi pari ad una percentuale del fatturato totale realizzato dall'impresa durante l'esercizio precedente. Nessun riferimento viene, quindi, fatto al profitto.

La sanzione pecuniaria è, tra l'altro, condizionata alla gravità dell'infrazione e al più potrà essere pari al dieci per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio<sup>689</sup>. È verosimile, tra l'altro, che il lucro

---

<sup>688</sup> Il principio del *ne bis in idem* esprime - in una dimensione processualistica - il divieto di reiterazione del giudizio per lo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto. Lo stesso principio, invece - letto in una prospettiva sostanzialistica - impedisce di sanzionare più volte lo stesso soggetto per il disvalore espresso dal medesimo fatto. Tale principio compare già nel diritto romano e, precisamente, nell'ambito delle *legis actiones*, vigenti nel II secolo a. C. essendo espresso nel brocardo *bis de eadem re ne sit actio*, con il quale si affermava che un diritto, una volta che fosse stato anche solo *iudicium deductum* e, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe più potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento. La preclusione si formava al momento della *litis contestatio* che, chiudendo la prima fase del giudizio, cristallizza il successivo *thema decidendum*. Ad oggi, il fondamento costituzionale di tale principio è rinvenuto da alcuni nell'ambito dell'art. 111 Cost., in quanto corollario del giusto processo, posto simultaneamente a tutela del diritto alla ragionevole durata del processo, del diritto di difesa e della finalità rieducativa della pena *ex art. 27 co. 3 Cost.* Altri, invece, rinvergono il fondamento di detto principio nell'ambito dell'art. 117 Cost., valorizzando la copertura derivante dalle fonti sovranazionali. Infatti, il *ne bis in idem* è espressamente sancito dall'art. 4 del settimo Protocollo della Cedu, nonché dall'art. 50 della Carta di Nizza. Sul tema si veda ANDRIOLI, *Ne bis in idem*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 185 ss. e ZUNICA, *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in *Fides, Humanitas, Ius, Studi in onore di Luigi Labruna VIII* (Napoli 2007), 6145 ss.

<sup>689</sup> In argomento v. GAROZZO, *Le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria in Dizionario sistematico della concorrenza*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Napoli, 2013, 170. Di seguito si riporta il testo di cui all'art. 15 della l. 287/90 rubricato «*Diffide e sanzioni*»: «1. Se a seguito

derivante da una condotta anticoncorrenziale, ben possa superare tale soglia.

Inoltre, è noto che in materia di sanzioni pubbliche trova applicazione il principio *nulla poena sine lege*, conseguentemente «la mancata previsione, fra le sanzioni pubblicistiche, della confisca dei profitti (che risolverebbe alla radice la questione che qui interessa particolarmente se le autorità pubbliche fossero in grado di controllare, scoprire e punire tutti gli illeciti *antitrust*) impedisce di eliminare tramite una sanzione pubblica la possibilità stessa che la violazione *antitrust* possa rivelarsi conveniente»<sup>690</sup>.

Inoltre, come accorgimento utile a scongiurare qualsivoglia rischio di duplicazione tra sanzione amministrativa e privata autorevole dottrina, condivisibilmente, propone di detrarre dal profitto dell'autore - assunto come riferimento per il computo del risarcimento del danno alla stregua di quanto prima detto - l'importo versato allo Stato a titolo di sanzione pecuniaria. Ciò in quanto per definizione il profitto è pari alla differenza sussistente tra il ricavo (*id est* nel caso sottoposto all'attenzione la differenza tra il valore del beneficio lordo conseguito grazie all'illecito) e

---

dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione. 2. In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni. 2-bis. L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario». Teso così modificato a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 11, comma 4, della legge 5 marzo 2001, n. 57, e dall'articolo 14, comma 2, del decreto-legge 223/2006.

<sup>690</sup>Così M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 419.

i costi sostenuti. Ebbene, tra tali costi va annoverato certamente anche l'importo corrisposto a fronte di sanzioni pubblicistiche<sup>691</sup>.

Calcolare il profitto alla stregua del quale commisurare il risarcimento del danno nel modo appena descritto esclude *ab ovo* qualsiasi rischio in relazione ad una eventuale violazione del principio del *ne bis in idem*.

Viepiù, alla luce di quanto detto sembra si possa escludere la violazione del principio *ne bis in idem* anche avendo riguardo ai recenti arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

E' noto che la Corte di Strasburgo con la nota sentenza *Grande Stevens* ha sostanzialmente stigmatizzato il c.d. "doppio binario sanzionatorio" dell'ordinamento italiano nella parte in cui consente a fronte di un unico fatto storico l'irrogazione di una duplice sanzione<sup>692</sup>.

---

<sup>691</sup> V. *ibidem*, 419 – 420. Dal punto di vista contabile, è indubbio che le sanzioni rappresentano dei costi, e ciò a prescindere dalla loro ineducibilità dal reddito ai fini fiscali. È limitata all'ambito tributario, infatti, l'affermazione della Corte di Cassazione per cui «la sanzione pecuniaria di cui all'articolo 15 della l. n. 287 del 1990 in materia di tutela della concorrenza e del mercato, non va considerata sopravvenienza passiva in quanto, da un lato, non è possibile ricollegarla a ricavi ed altri proventi e, dall'altro, non potendo la condotta anticoncorrenziale integrare un fattore produttivo - essendo non soltanto autonoma ed esterna alla normale vita dell'impresa, ma radicalmente antitetica al suo corretto andamento - l'imputazione della stessa al reddito d'impresa a titolo appunto di sopravvenienza passiva, neutralizzerebbe "la ratio" punitiva della misura, trasformandola in un risparmio di imposta». (Cass. civ. Sez. V, 7 Giugno 2017, n. 14137 consultabile all'indirizzo <https://www.studiocerbone.com/corte-cassazione-sentenza-07-giugno-2017-n-14137-accertamento-del-reddito-dimpresa-prestazioni-servizi-sanzioni-tributarie/>; conformi Cass. civ. Sez. V, 11 Aprile 2011, n. 8135; Cass. civ. sez. V, 3 marzo 2010 numero 5050).

<sup>692</sup> In questa sede i giudici europei, avvalendosi della concezione autonomistica dell'illecito di cui prima si è detto, hanno preteso l'estensione delle garanzie tipiche previste per la pena criminale - tra cui anche il divieto di *ne bis in idem* - e quindi censurato la normativa italiana in tema di manipolazioni del mercato. Quest'ultima stigmatizza le condotte di *market abuse a mezzo della sanzione penale di cui all'art. 185 t.u.f.*, e in via amministrativa alla stregua di quanto previsto dall'art. 187 *ter* t.u.f. In tale prospettiva, la coincidenza delle condotte descritte dalle due norme e del relativo disvalore rende ingiustificata la previsione di cui l'art. 187 *ter* t.u.f. nella parte in cui fa salva l'applicazione delle sanzioni penali, secondo una relazione non di sussidiarietà tra reato e illecito amministrativo, ma di concorrenza. Ebbene la Corte europea ha statuito che le sanzioni pecuniarie inflitte a norma dell'articolo 187 *ter* della Consob, perseguono uno scopo afflittivo e repressivo, e pertanto, nonostante il legislatore italiano le qualifichi formalmente come amministrative, in realtà costituiscono una sanzione sostanzialmente penale, creando una duplicazione sanzionatoria rispetto alla fattispecie penale di cui all'art. 185 t.u.f.

Ciò rende la disciplina italiana in materia di manipolazione di mercato incompatibile con la Cedu, in quanto lesiva del diritto ad un equo processo ex art. 6, e del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla CEDU. Cfr. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 3007 ss.; FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 868; FLICK,

Traslando le coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte Edu in *subiecta materia* potrebbe, quindi, dubitarsi circa la compatibilità della soluzione qui proposta con l'art. 6 della Convenzione e con l'art. 4 del settimo Protocollo addizionale.

Ma evidentemente tale obiezione non coglierebbe nel segno.

In primo luogo, perché il risarcimento così commisurato alla misura del profitto conseguito finisce con l'essere una misura di natura punitiva solo in senso lato, in quanto come prima detto si finisce con il sottrarre all'autore della violazione solo quanto ha ingiustamente conseguito.

Ma pur volendo ritenere tale risarcimento di tipo punitivo, giova dare atto del fatto che nel tormentato dialogo tra Corti superiori<sup>693</sup> gemmato dall'intervento della Corte di Strasburgo *Grande Stevens* è intervenuta la Corte di Giustizia. Il riferimento è al noto caso *Fransson*<sup>694</sup>. In questa sede, la Corte di Giustizia ha ridimensionato la portata del pronunciamento reso dalla Corte Edu nel caso *Grande Stevens* ammettendo astrattamente l'ammissibilità di un concorso di sanzioni eterogenee a fronte di un medesimo fatto storico, pur non negando in astratto che tale previsione possa entrare in rotta di collisione con il divieto di cui all'art. 50 della Carta di Nizza.

Tale apertura sembra aver fatto breccia anche presso la Grande Camera della Corte Edu<sup>695</sup> che con una recente pronuncia ha affermato

---

*Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 953; VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., 693.

<sup>693</sup> Per una compiuta ricostruzione di tale *excursus* giurisprudenziale anche con particolare riguardo ai rilevanti riflessi penali che ha prodotto v. SANTISE – ZUNICA, *Le coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, 2017, 26 ss.

<sup>694</sup> Corte di Giustizia *Aklagaren c. Akerberg Fransson*, emessa il 26 febbraio 2013 in causa C- 617/2010 con nota VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013, consultabile all'indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2226-i-confini-applicativi-del-principio-del-ne-bis-in-idem-interno-in-materia-penale-un-recente-contrib>.

<sup>695</sup> Il riferimento è Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11 in argomento v. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, consultabile all'indirizzo

che l'art. 4 prot. 7 Cedu non esclude, in linea di principio, che uno Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si dirami in procedimenti distinti che sfocino a loro volta in sanzioni eterogenee, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato e purché vi sia una sufficiente connessione tra procedimenti.

È evidente che le statuizioni da ultimo fornite dalla Grande Camera segnano un parziale ritorno dei giudici di Strasburgo sui propri passi.

Volendo quindi traslare le coordinate ermeneutiche sin qui tracciate alla problematica oggetto di studio appare evidente che il *ne bis in idem* alla luce della lettura fornita non può ritenersi violato.

Ciò in quanto - da un lato – lo scomputo del costo della sanzione comminata dall'Agcm dal profitto netto garantisce la proporzionalità di una risposta sanzionatoria che come si è cercato di spiegare sembra non semplicemente ragionevole, ma necessaria. D'altro canto, questo accorgimento interpretativo letto in combinato disposto con l'efficacia vincolante che il decreto all'art. 7 riconosce alla decisione dell'Agcm, rende il giudice necessariamente consapevole delle varie sanzioni irrogate, in ciò risiederebbe quella connessione tra procedimenti atta a garantire la proporzionalità del risarcimento, in tal guisa, liquidato dal giudice.

Sembra quindi scongiurata qualsivoglia violazione del principio del *ne bis in idem*.

Si osserva, inoltre, che le risorse a disposizione della pubblica amministrazione per reprimere l'osservanza delle regole *antitrust* sono limitate e non sufficienti a finanziare tutte le attività di *enforcement* necessarie. Conseguentemente la pubblica amministrazione è spesso

---

<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5063-la-grande-camera-della-corte-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-doppio-binario-sanzionatorio> .

chiamata a dover decidere quali violazioni perseguire e quali no ovvero stabilire una sorta di priorità di interventi, con conseguente pregiudizio al principio di parità di trattamento tra coloro sono egualmente legittimati a ricevere tutela a fronte di condotte anticoncorrenziali.

Anche per questa ragione non può essere negato spazio alle iniziative private e neanche è accettabile l'idea di porle in posizione ancillare<sup>696</sup>.

Conclusivamente può osservarsi che sicuramente gli accorgimenti posti dal decreto determinano un miglioramento della tutela risarcitoria a fronte della commissione di un illecito anticoncorrenziale, ma il legislatore, sia comunitario che nazionale, avrebbe potuto fare di meglio.

Alla luce di tutte le novità introdotte, un espresso divieto di *overcompensation* in uno alla non soddisfacente disciplina dell'azione di classe lascia l'interprete "di stucco", quasi come se tali lacune denotassero un vizio logico ovvero di ragionevolezza della normativa, passibile di censura anche sotto questo punto di vista.

Sarebbe auspicabile che anche in questo microsistema – similmente a quanto avvenuto sul terreno del risarcimento derivante da lesione della proprietà industriale e del diritto d'autore<sup>697</sup> – il legislatore prenda atto dei moniti lanciati dalla dottrina per intervenire di conseguenza.

---

<sup>696</sup>In questo senso si esprime M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 429. Del resto lo stesso *Considerando* numero 4 della direttiva afferma che: «Il diritto al risarcimento previsto dal diritto dell'Unione per i danni derivanti dalle violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale richiede che ciascuno Stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio di tale diritto».

<sup>697</sup> Si rinvia a quanto detto nell'ambito del terzo capitolo.

## CONCLUSIONI

Talvolta la commissione di un illecito produce a favore del danneggiante un beneficio superiore rispetto ai costi che derivano in conseguenza dello stesso. Il riferimento è, in particolare, a quelle ipotesi in cui il vantaggio economico conseguito da chi abbia agito illecitamente risulti di gran lunga più consistente – in termini di profitto – della perdita subita dal titolare del diritto. L'affermazione secondo cui il danneggiante è tenuto al risarcimento della perdita subita dalla vittima dell'atto illecito<sup>698</sup>, unitamente al fatto che chi si è arricchito a danno di un altro soggetto deve indennizzare nei limiti della correlativa diminuzione patrimoniale (*ex* 2041 c.c.)<sup>699</sup>, dà la stura alla complessa problematica del

---

<sup>698</sup> Ebbene, secondo l'opinione tradizionale, il rimedio aquiliano ha la funzione esclusiva di compensare il danno provocato in termini di perfetta equivalenza e, quindi, non potrebbe mai avere funzione sanzionatoria. Il danno è limite strutturale dell'obbligazione risarcitoria in quanto la misura dell'effetto giuridico proprio della responsabilità è determinata dall'entità del fatto che lo produce. In argomento v. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 890 ss.; ID, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, cit., 214 e ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 171 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 30 e ss.; QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 11 e ss.; TUCCI, *Il danno ingiusto*, cit., 5 e ss.; FRANZONI, *La funzione della responsabilità civile e del risarcimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, cit., 666 ss.; ID., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit., 10, secondo il quale il risarcimento del danno ha una funzione compensativa o solidaristica, a differenza della funzione punitiva propria, invece, della sanzione penale. In questo senso anche SCOGNAMIGLIO, in *Enc. Giur. Treccani, Danno*, I) *Teoria generale* (voce), cit., 8 «è affermazione comunemente accolta che il risarcimento del danno non può considerarsi sanzione l'obbligo del responsabile di risarcire il pregiudizio effettivamente subito dal leso, nei termini della sua rilevanza giuridica prescinde dalla riprovevolezza del suo contegno, in armonia con l'operata distinzione tra illecito e danno». Sul tema, ancora CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 315 discorre della responsabilità civile in termini di «logica del ristabilimento di un corretto rapporto fra patrimoni». Tuttavia, è stato appurato nel corso della trattazione che la funzione compensativa finisce col plasmare una lacuna difficilmente fronteggiabile con il ventaglio dei rimedi apprestati dall'ordinamento. La valenza compensativa della responsabilità civile si dimostra inadeguata a fronteggiare ipotesi di danno figlie dell'evoluzione dell'ordinamento che si caratterizzano per essere non più solo di carattere materiale e che danno luogo a fenomeni di intrusioni nelle altrui sfere giuridiche non facilmente comprensibili secondo ottiche di scambio e di redistribuzione di danni.

<sup>699</sup> L'incapacità del rimedio scolpito nell'ambito dell'art. 2043 c.c. di fronteggiare la problematica oggetto di studio costringe l'interprete a volgere lo sguardo verso altri rimedi. Il riferimento è all'arricchimento ingiustificato. Tuttavia, l'art. 2041 c.c. nel determinare l'indennizzo dovuto fa espressamente riferimento alla «correlativa diminuzione patrimoniale». La norma sembrerebbe chiara nell'individuare l'entità dell'indennizzo nella minor somma tra arricchimento di un soggetto e impoverimento dell'altro. (In questo senso *ex multis* v. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 707 – 708). È evidente che il concetto di impoverimento così descritto è destinato a perimetrare ed individuare la portata dell'obbligo restitutorio. In definitiva, il soggetto che senza una debita giustificazione causale ricavi un utile superiore

cd. “arricchimento da fatto ingiusto”<sup>700</sup>. Pertanto, profili particolarmente intricati si dischiudono nelle ipotesi in cui il profitto ricavato dall’autore dell’illecito superi l’entità del danno cagionato al danneggiato.

Il danneggiante potrà, stante il paradossale silenzio del legislatore<sup>701</sup>, trattenere l’ingiusta locupletazione e conseguentemente sarà incentivato alla violazione in quanto fonte di un vero e proprio “utile”.

Ciò significa che non si realizza alcun effetto deterrente nelle ipotesi in cui l’autore dell’illecito possa produrre nuova ricchezza senza distruggere quella di un altro soggetto, come può accadere specialmente in alcuni settori peculiari, si pensi all’illecito sfruttamento della proprietà industriale e intellettuale e all’illecito *antitrust*<sup>702</sup>.

---

all’impoverimento potrà lucrare il plusvalore (c.d. profitto netto) ottenuto grazie alle proprie capacità. Cfr. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, cit., 51; TRIMARCHI, *L’arricchimento derivante da atto illecito*, cit., 1156 e ss. A tal riguardo, è opportuno evidenziare che parte della dottrina ha tentato di fornire una soluzione alla problematica oggetto di studio appellandosi proprio all’azione generale di arricchimento. In tale prospettiva, l’art. 2041 c.c. andrebbe ad affiancarsi all’art. 2043 c.c. riempiendo i vuoti di tutela lasciati da quest’ultimo, il quale – come noto - non può operare né nei casi di buona fede, né in assenza di un vero e proprio danno. Questa lettura - sulla scorta degli insegnamenti provenienti dal diritto angloamericano ove questa problematica è risolta grazie all’ausilio dei rimedi restitutori - valorizza la clausola generale scolpita dall’art.2041 c.c. facendo coincidere il concetto di danno rilevante in tale sede con la mera ingerenza ingiustificata nell’altrui sfera giuridica. In altri termini, non si richiede l’accertamento di una diminuzione patrimoniale nella sfera dell’impoverito e si rivendica l’autonomia del concetto di danno di cui al 2041 c.c., negando diritto di cittadinanza ad una lettura panauquiliana di tale norma. L’indennizzo, di tal guisa, sarà commisurato non alla perdita subita dall’attore, bensì al semplice pregiudizio inteso in senso lato ovvero al profitto ingiustamente locupletato. In questo senso si esprime ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., *passim*. Cfr. anche LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione in merito ad una recente indagine*, cit.709.

<sup>700</sup> Una lettura densa di spunti critici in chiave comparatistica è offerta da P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto lecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, cit., 523 ss. Inoltre, per una pregevole analisi ricognitiva del concetto di arricchimento da fatto illecito, v. TRIMARCHI, *L’arricchimento derivante da atto illecito*, cit.,1147.

<sup>701</sup> Osserva P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto lecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, cit., 523 che «tale affermazione trova puntuale conferma nelle soluzioni adottate tanto nell’esperienza giuridica tedesca quanto in quella di *common law*, che si sono trovate a fronteggiare le difficoltà legate alle ipotesi di arricchimento da fatto illecito attraverso, rispettivamente l’*Eingriffskondiktion* e il *disgorgement*».

<sup>702</sup>La problematica dell’illecito efficiente si presenta ancora più inquietante in settori sensibili come quello della proprietà industriale, ove la contraffazione economicamente profittevole rischia di alterare il libero gioco della concorrenza e di ostacolare l’innovazione; in tal guisa, si determina un risultato che contraddice gli scopi perseguiti dalla legge nel riconoscere e regolare le privative.

“Premiare” la contraffazione efficiente rende inevitabilmente instabili i diritti di proprietà industriale e conseguentemente pregiudica la competitività e il funzionamento del mercato. In questi termini GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riverzione degli utili*, cit. 177 ss.; v. DICATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, cit., 204. Per uno studio relativo al delicato legame che avvince la concorrenza e la tutela dei diritti di proprietà intellettuale

A tal riguardo, non sembra un fuor d'opera osservare che proprio in tali settori altri ordinamenti predispongano strumenti aventi finalità non solo deterrenti, ma anche sanzionatorie: il riferimento è in primo luogo ai danni punitivi<sup>703</sup>.

In un sistema così descritto il problema che stimola la presente indagine è la ricerca di uno strumento di tutela che consenta di ottenere la restituzione di quel profitto netto, quale integrale arricchimento ottenuto dall'usurpatore.

La ricerca è quindi teleologicamente orientata a fornire una risposta ad una domanda di giustizia a misura degli interessi concretamente coinvolti, al fine di evitare di giungere alla paradossale conclusione<sup>704</sup> di premiare l'autore della condotta illecita.

Quanto osservato, infatti, contrasta con una evidente ed irrinunciabile esigenza di giustizia sostanziale lumeggiata dalla massima, prima morale che giuridica, in virtù della quale la violazione di un diritto

---

si veda *ex multis*, BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, cit., *passim*; R. PARDOLESI, GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e "liaisons dangereuses"*, cit., 194.

<sup>703</sup> Così SIRENA, *Il risarcimento dei cd danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, cit., 533. I danni punitivi nascono nel sistema anglosassone e si ispirano al principio secondo cui a nessuno deve essere data la possibilità di trarre profitto da una propria condotta illecita: il danneggiato, così, ha la possibilità di ottenere una condanna esemplare contro il responsabile di un comportamento *contra legem* particolarmente grave. Ricorre tale figura «quando la condanna prevede il pagamento di una somma che oltrepassa l'ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia e in genere da un rilevante danno sociale (...) si vuole punire una certa condotta per il suo carattere doloso, oppressivo, oltraggioso, o per la gravità del danno sociale arrecato soprattutto quando mancherebbe altrimenti un'effettiva sanzione, data l'esiguità del risarcimento dovuto in base agli abituali parametri» (così PATTI, *Pena privata*, cit., 351). Riveste un ruolo nevralgico l'identificazione dell'elemento psicologico che sorregge la condotta lesiva, ossia il dolo o la colpa grave, evidente indice rivelatore del disprezzo dell'autore dell'illecito verso le norme giuridiche e sociali. Non è un caso che il concetto di danno punitivo proviene da un ordinamento giuridico dove la distinzione tra diritto civile e diritto penale è particolarmente sfumata, conseguentemente alla condanna al risarcimento del danno è attribuita anche una funzione punitivo – sanzionatoria (dettata dalla volontà di stigmatizzare la condotta di chi realizza profitti attraverso il compimento di atti illeciti) e preventivo – deterrente (al fine di evitare che altri soggetti siano incentivati a tenere comportamenti analoghi). Sul punto *ex multis* P. PARDOLESI, *Danni punitivi*, cit., 453.

<sup>704</sup> SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 9.

altrui non può essere occasione di guadagno per l'autore della violazione stessa<sup>705</sup>.

Ciò posto, giova evidenziare che queste riflessioni hanno spinto dottrina, giurisprudenza e lo stesso legislatore alla ricerca di soluzioni adeguate<sup>706</sup> finalizzate ad obbligare l'autore dell'illecito a restituire l'ingiusta locupletazione.

Questa virtuosa cooperazione tra formanti<sup>707</sup> ha tracciato una parabola evolutiva che, talvolta, si è conclusa con l'intervento del legislatore, il quale, sensibile alle sirene echeggiate da dottrina e giurisprudenza, si è tuttavia limitato ad intervenire nell'ambito di discipline di settore<sup>708</sup>.

---

<sup>705</sup> In questo senso v. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, cit., 205; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, cit., 65 e ss. Sempre in questo senso P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, cit., 43 osserva che «proprio tali considerazioni sollevano interrogativi di carattere etico – giuridico a dir poco inquietanti: perché premiare la scaltrezza e il cinismo di chi, attraverso una condotta tanto razionale quanto illecita, abbia violato il diritto altrui al solo fine di realizzare un profitto più vantaggioso? Perché incentivare il proliferare di comportamenti della medesima matrice e, ancora, come assicurare la certezza e la stabilità degli scambi economici?». In argomento anche SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 9 ss. il quale afferma: «Sempre in linea di giustizia, l'arricchimento spetta al soggetto leso tutte le volte che quel determinato processo produttivo fu attuato contro il suo volere: [...] il soggetto leso che per principio voleva che quel processo non si attuasse, pronto a rinunciare al conseguente arricchimento, aveva già operato una scelta economica ravvisando nell'inattività del suo bene il modo più idoneo a garantirgli il massimo di ofelimità. Non è giusto che dopo aver perduto l'ofelimità che il bene gli assicurava rimanendo inattivo, perda anche quei vantaggi che il bene procura attraverso il processo produttivo voluto dall'autore della lesione».

<sup>706</sup> A tal proposito emergono le riflessioni concernenti gli istituti della gestione di affari altrui (v. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 114 ss.; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit. *passim*; SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche e restituzione del profitto*, cit. *passim*; ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit. *passim*; SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit. *passim*; GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, cit., 174), dell'arricchimento ingiustificato (v. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., 15; TROIANO, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, cit., 207) della restituzione dei frutti (v. GITTI, *il "possesso dei beni immateriali" e la riversione dei frutti*, cit., 152). Per un sintetico ed efficace quadro riepilogativo delle soluzioni emerse in dottrina e in giurisprudenza si rimanda a P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto lecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, cit., 523.

<sup>707</sup> Il concetto di formante è stato ideato da SACCO in *Introduzione al diritto comparato*, cit. 47 ss.

<sup>708</sup> Si rinvia a tutte le disposizioni puntualmente analizzate nell'ambito del terzo capitolo. Il riferimento è in particolare all'art. 125 del codice della proprietà industriale; all'art. 12 della legge n. 47/1948 (legge sulla stampa); all'art. 18 legge n. 349/1986 in tema di danno ambientale; all'art. 158 n. 633/1941 in tema di diritto d'autore. Il legislatore, inoltre, è intervenuto approntando ulteriori rimedi che prescindono dalla tematica degli illeciti efficienti e sono animati da una *ratio* esclusivamente punitiva. Si guardi l'art. 187 *undecies* II

Più specificamente, nel tentativo di dare una risposta adeguata in termini di giustizia sostanziale a quella molteplicità di situazioni in cui paradossalmente il danneggiante riesce a lucrare attraverso la commissione di un fatto illecito, il legislatore in alcuni settori si è spinto fino al punto di superare la funzione meramente compensativa della responsabilità civile, imponendo la “restituzione” del profitto che il trasgressore ha conseguito illecitamente, ovvero infliggendo dei risarcimenti idonei a compensare offese difficilmente quantificabili; tanto, attraverso degli strumenti giuridici che ricalcano le tecniche del cd. *disgorgement* e dei *punitive damages*, applicate nei paesi del *Common Law*.

Detti rimedi normativi sono l’espressione di esigenze di tutela che stentano ad inquadrarsi nell’ambito della tradizionale valenza compensativa della responsabilità, che, a quanto pare, deve essere ripensata con particolare riguardo alle funzioni che la stessa è chiamata a svolgere nell’ambito dell’ordinamento.

La scelta di intervenire con rimedi settoriali è probabilmente da ricollegare al fatto che sembrano venire in rilievo meccanismi rimediali che presentano profili di (apparente?) inconciliabilità con gli strumenti tipici “nostrani”, la cui matrice è verosimilmente da ricercare nell’ambito di altri ordinamenti<sup>709</sup>.

L’intervento del legislatore limitato in settori specifici, tuttavia, demanda alla dottrina e alla giurisprudenza l’arduo compito di ricercare soluzioni “alternative”, che possano avere una portata generale e quindi

---

co. del Testo Unico della Finanza; le nuove sanzioni irrogate dal giudice civile ai sensi del d.lgs n. 7/2016; l’art 96, 709 *ter*, 614 *bis* c.p.c. e all’art. 114 IV co. lett. e) c.p.a.

<sup>709</sup> In questi termini anche ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell’art. 125 C.P.I.*, cit., 25.

idonee ad operare anche al di fuori dei casi espressamente disciplinati dalla legge.

Il dibattito circa l'allocazione del plusvalore, inteso quale profitto netto sorto in assenza di danno o quando sia superiore alla perdita subita, risale agli anni Sessanta.

Tuttavia - scrutate le insufficienze delle svariate soluzioni prospettate in dottrina<sup>710</sup> - i recenti arresti giurisprudenziali in tema di ammissibilità dei *punitive damages* sembrano consegnare all'interprete un principio che forse può in modo indiretto illuminare i percorsi interpretativi che negli anni sono stati seguiti per risolvere "l'ombrosa" problematica degli arricchimenti ingiusti<sup>711</sup> e che, in qualche misura, già veniva applicato - seppur mai enunciato in modo formale ed espresso - nel diritto vivente<sup>712</sup>.

Dunque, non sembra un fuor d'opera sottolineare che probabilmente l'attenzione dovrebbe rivolgersi verso uno strumento a tal fine relativamente sottovalutato dalla riflessione dottrinale, ma non anche dal legislatore<sup>713</sup>.

---

<sup>710</sup> Per l'analisi delle quali si rinvia a quanto osservato specialmente nell'ambito del secondo capitolo. Cfr. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit. *passim*; SACCO *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit. *passim*; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, cit. *passim*; ID, *Le restituzioni de iure condendo*, cit., 784 ss.; LO SURDO, *Arricchimento e lesione del potere di disposizione: in merito ad una recente indagine*, cit. 700 ss.; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit. spec. 54 ss.; ID, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, cit., 1147 ss.

<sup>711</sup> A tal riguardo si osserva che anche SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., 11 affermava che: «*De iure condendo*, la condanna al pagamento del valore obiettivo del bene sottratto ad altri, la condanna alla riverzione dell'arricchimento illegittimamente conseguito, la condanna alla pena privata, appaiono i correttivi integratori del sistema giuridico italiano quale ci è presentato dall'insegnamento comune».

<sup>712</sup> Si rinvia a quanto detto in precedenza in tema di liquidazione equitativa del danno e di danno non patrimoniale.

<sup>713</sup> Si pensi ai molteplici tentativi legislativi di fornire una risposta alla complessa tematica dell'arricchimento derivante da fatto ingiusto. Il riferimento è in particolare all'art. 125 del codice della proprietà industriale; all'art. 12 della legge n. 47/1948 (legge sulla stampa); all'art. 18 legge n. 349/1986 in tema di danno ambientale; all'art. 158 n. 633/1941 in tema di diritto d'autore. Il legislatore, inoltre, è intervenuto approntando ulteriori rimedi che prescindono dalla tematica degli illeciti efficienti e sono animati da una *ratio* esclusivamente punitiva. Si guardi l'art. 187 *undecies* II co. del Testo Unico della Finanza; le nuove sanzioni irrogate dal giudice civile ai sensi del d.lgs n. 7/2016; l'art. 96, 709 *ter*, 614 *bis*

La ricerca si dirige – sulla base di indicazioni metodologiche alimentate dall’analisi comparativa<sup>714</sup> - verso una soluzione omologante<sup>715</sup> che non sembra poi tanto impraticabile alla luce dell’evoluzione del sistema.

Forse la (ri)scoperta delle effettive potenzialità dell’istituto della responsabilità civile potrebbe fornire adeguata risposta alla problematica oggetto di studio.

La strada da seguire sembra quella di riconoscere esplicitamente la valenza deterrente e punitiva del rimedio aquiliano, ma ciò vuol dire sfidare l’orientamento tradizionale e declinare al plurale le funzioni della responsabilità<sup>716</sup>.

Ebbene, l’analisi dei rimedi tipici predisposti dal legislatore per fronteggiare la complessa tematica dell’arricchimento derivante da fatto ingiusto e degli altri rimedi aventi carattere sanzionatorio ha lumeggiato il carattere polisemico della responsabilità.

Il panorama legislativo che si è venuto componendo ha posto il giurista di fronte ad una realtà che non può essere facilmente contraddetta:

---

c.p.c. e all’art. 114 IV co. lett. e) c.p.a. E’ stato appurato, infatti, che questi sono tutti rimedi riconducibili al rimedio aquiliano letto in chiave sanzionatoria. In questo senso si esprime anche CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 886 il quale osserva che: «Chi si domandi, oggi quanto profondamente sono riusciti a penetrare all’interno del circuito aquiliano taluni spunti di carattere afflittivo [...] si trova di fronte ad un panorama abbastanza contraddittorio. Da un lato un’udienza ragguardevole, comunque un buon tasso di fecondità, presso il legislatore e anche da parte della giurisprudenza; dall’altro lato un interesse quanto mai vago nella dottrina – soprattutto la più diffusa, quella cioè dei manuali, delle rassegne, dei commentari, delle voci di enciclopedia, dei trattati, dei *case- books*[...] oppure brevi tratti frettolosi, menzioni che la dottrina effettua in modo esitante, talvolta con imbarazzo [...] Non è facile indovinare esattamente le ragioni di un atteggiamento così poco accorto, da parte dei nostri interpreti [...] può darsi che una parte delle spiegazioni debba essere cercata, magari, nella debolezza letteraria – nella scarsa ispirazione – propria dei cari contributi monografici che con maggiore favore hanno inneggiato, per il recente passato, alla vitalità di tutte queste prospettive».

<sup>714</sup> Per l’analisi della quale si rinvia a quanto detto nell’ambito del quarto capitolo.

<sup>715</sup> Sul concetto di omologazione (inteso come «opera di riduzione delle categorie di un ordinamento alle categorie di un’altra area culturale») v. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, cit., 40 ss.

<sup>716</sup> Cfr. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell’arricchimento senza causa*, cit., 533 ss.

la responsabilità civile ha valenza multipolare<sup>717</sup>. L'articolata osmosi tra tradizione punitiva penalistica e la nuova vocazione afflittiva civilistica<sup>718</sup> è ormai sotto gli occhi di tutti e si evince in modo patente volgendo lo sguardo alle molteplici norme precedentemente passate in rassegna.

Questo è un dato che, a parere di chi scrive, non può essere contraddetto: è una realtà. La responsabilità civile ha chiaramente valenza multipolare e oscilla tra due poli, la riparazione e la sanzione<sup>719</sup>.

---

<sup>717</sup> In realtà le funzioni della responsabilità civile sembrano essere molteplici *ex multis* v. il recentissimo lavoro di FRATINI, *Il sistema del diritto civile. La responsabilità extracontrattuale*, cit. p. 31 ove si afferma che «La responsabilità civile assolve quattro funzioni fondamentali: a) la funzione di reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato recato; b) alla funzione di reazione è intimamente collegata la funzione di ripristinare lo *status quo ante*, cioè di riportare il danneggiato nella stessa situazione in cui versava prima di subire il pregiudizio; c) la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o punitivo) dello Stato, come reazione all'atto illecito; d) la funzione di deterrente per chiunque intenda compiere atti o a svolgere attività da cui possano derivare effetti pregiudizievoli per i terzi. A queste quattro funzioni si affiancano poi alcune funzioni sussidiarie, che più propriamente attengono agli effetti economici della responsabilità civile: a) la distribuzione delle "perdite"; b) l'allocatione dei costi. Con la prima espressione si descrive il fenomeno della traslazione della "perdita" dal soggetto che l'ha effettivamente subita (il danneggiato) al soggetto che l'ha provocata (il danneggiante), al quale la perdita viene definitivamente accollata attraverso l'obbligo di risarcimento del danno. Con la seconda espressione si ha riguardo, invece, alla individuazione dei "costi" relativi all'assunzione del rischio connesso con il verificarsi del danno: costi che sono poi ripartiti tra operazioni di prevenzione e operazioni di risarcimento del danno». Suggestiva, al riguardo, l'affermazione di SALVI, *Modelli e Funzioni*, cit., 295 «vi sono più cose nel cielo dei conflitti sociali, di quante possa comprendere la filosofia aquiliana». Del resto, cinque lustri più tardi, BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 2 conterà – senza elencarle tutte – più di dieci funzioni astrattamente attribuibili alla responsabilità civile, meritandosi la citazione indiretta delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601.

<sup>718</sup> Con riguardo alla necessità di non negare una valenza sanzionatoria dell'illecito civile CENDON in uno dei suoi sferzanti scritti, in tempi non sospetti, (*Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 890 – 891) affermava che «sono ormai scomparse le ragioni per cui – sino a qualche tempo fa – un certo vigore escatologico, un certo apriorismo sanguigno, poteva forse ritenersi anche giustificato. Perché di ciò in effetti si tratta, al giorno d'oggi almeno. Non già una sorta di peccato originale, consustanziale alla materia dell'illecito; ma semplicemente – e un po' meno nobilmente – il persistere inveterato nella mentalità di alcuni fra gli affrescatori della responsabilità civile, anche alla fine di questi anni ottanta, di un pan – oggettivismo di bandiera che, almeno in tutte le sue versioni umorali o totalitarie, non corrisponde più nemmeno a qualche esigenza dialettica o polemica. In passato, occorre ripeterlo, può non essere stato sempre così. È possibile cioè che venti o trent'anni orsono, per abbattere questa o quella impalcatura di pregiudizi intimistici, per far posto a una visione generale imperniatesi sulla centralità del momento del danno, è possibile che una specie di sordità premeditata verso i registri punitivi dell'illecito fosse allora davvero inevitabile, o rispondesse almeno al gioco delle parti. Ma ai giorni nostri tutto questo ha ancora senso? C'è ancora chi si sogni di pretendere – poniamo – che ogni ipotesi di condanna risarcitoria dovrebbe cercare, e riuscire ad attingere, sul terreno della morale la sua prima e più importante legittimazione? O che qualunque brandello sottratto al governo della colpa implicherebbe, automaticamente un po' di civiltà in meno per tutti quanti? Sono battaglie vinte oramai per sempre, ammesso pure che occorresse combatterle: sicché il problema è diventato casomai quello di riconoscere che la caduta di una cittadella, la fine di un monopolio o di un mito, non può non essere liberatoria a 360 gradi, anche cioè sui fianchi dell'illecito in cui un vero conflitto non c'è stato».

<sup>719</sup> La posizione delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601, quindi, sembra pienamente condivisibile nella parte in cui afferma che «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria

Continuare ostinatamente ad affermare la valenza esclusivamente compensativa del rimedio aquiliano è un “non senso”, in quanto significa sostanzialmente ignorare l’evoluzione che l’ordinamento ha vissuto.

Del resto, è proprio attraverso questa lunga serie di epifanie legislative che la Suprema Corte di cassazione con decisione del 5 luglio 2017 n. 16601 resa a Sezioni Unite è giunta ad affermare la valenza polifunzionale della responsabilità civile<sup>720</sup>.

---

dell’istituto è emersa una natura polifunzionale, che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio – punitiva. Indispensabile riscontro di questa descrizione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l’urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all’armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall’altro dimostra, con la sua vivacità quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riconducibili alla “categoria”». Così si esprimono le Sezioni Unite a p. 17.

<sup>720</sup> Il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte in questa occasione è il seguente «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l’ordinamento italiano l’istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell’ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell’atto straniero e alla loro compatibilità con l’ordine pubblico». Sul punto si veda PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2630; D’ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, cit., 2639; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2644; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2648; DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1792; VIAZZI, *L’ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, cit., 328 ss.; DELLA CASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, cit., 1142 ss.; LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, cit., 262; PONZANELLI, *Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, cit., 1413; BENATTI *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, cit., 1129; PETRELLI, *Verso i danni punitivi?*, cit., 1187; LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 317 ss.; CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell’ordinamento italiano*, cit., ed ivi PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, cit. Sia consentito rinviare anche a RICCIARDI, *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages* cit. In verità, nelle due occasioni in cui il Supremo Consesso aveva affrontato la problematica relativa alla compatibilità con l’ordine pubblico internazionale di decisioni americane di condanna ai danni punitivi, non aveva avuto molte incertezze nel giudicare non delibabili tali decisioni. La Corte aveva sostenuto la contrarietà all’ordine pubblico di dette sentenze facendo perno sul postulato dell’unicità della funzione attribuibile alla responsabilità civile. In questo solco si situa, la sentenza della Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781 in relazione alla quale v. PARDOLESI *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, cit. e PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, cit. Si ricordi ancora la nota massima di Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2007, n. 1183 secondo cui «l’idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante: pertanto è contraria all’ordine pubblico interno e dunque non riconoscibile la pronuncia statunitense di condanna al pagamento di danni punitivi, poiché tale istituto si collega alla

La problematica concernente le funzioni attribuibili alla responsabilità aquiliana ha in questa sede intercettato la tematica della contrarietà all'ordine pubblico di sentenza straniera. Specificamente, la questione affrontata dalla Suprema Corte di Cassazione è quella della compatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze comminatorie di *punitive damages*.

Ebbene, l'acquisita valenza polifunzionale della responsabilità civile, in uno, ad una nuova lettura del concetto di ordine pubblico<sup>721</sup>

---

condotta dell'autore dell'illecito e non al tipo di lesione del danneggiato e si caratterizza per una ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito». Cfr. OLIVARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, cit., 983 ss.; PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, cit., 1125 ss.; FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, cit., 497 ss.; PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, cit., 1460 e ss. In questa prospettiva, scarso rilievo viene attribuito alla gravità della violazione e all'aspetto soggettivo della condotta lesiva, parametri, invece, tipici della funzione punitiva: pertanto quale che sia il grado di riprovevolezza della condotta, il danno risarcibile sarà sempre e solo rapportabile alla perdita subita. Per un'analisi congiunta di tali pronunce si veda anche DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, cit., 1651 ss.

<sup>721</sup> Ad avviso delle Sezioni Unite il concetto di ordine pubblico deve essere declinato alla luce della dinamicità ovvero della polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali. Ebbene, l'evoluzione del concetto di ordine pubblico ha dato luogo ad un «progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia transnazionale opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, indirettamente, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo». (In questi termini si è espressa l'ordinanza interlocutoria Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978 alla quale poi le Sezioni Unite hanno sostanzialmente aderito). A tale stregua, contrarietà all'ordine pubblico non equivale a mera diversità di disciplina, bensì a contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, ovvero, con quel complesso di regole fondanti l'ordinamento e caratterizzanti la struttura sociale della comunità in un dato momento storico. Ciò in quanto la clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico deve essere interpretata alla luce del fenomeno della «globalizzazione» che richiede una circolazione libera - non solo delle persone, delle merci e dei servizi - ma anche delle regole giuridiche. Tale affermazione appare pienamente condivisibile, conseguentemente delle due l'una: o si devono ritenere incostituzionali - in quanto contrastanti con i principi fondamentali - tutte le norme (precedentemente analizzate) che in modo diretto o indiretto perseguono funzioni sanzionatorie o, evidentemente, l'orientamento che ostinatamente continua a ritenere contrarie all'ordine pubblico le sentenze comminatorie di *punitive damages* finisce col travisare le coordinate tracciate al riguardo anche dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, dando luogo a decisioni censurabili anche sotto questo profilo. Nella giurisprudenza comunitaria il ricorso alla nozione di ordine pubblico postula una minaccia grave, attuale e reale nei confronti di un interesse fondamentale della società. (In questo senso si è espressa la Corte giust. UE, 4 ottobre 2012, C - 249/11 consultabile in *Banca Dati De Jure*). In questi termini la Corte di giustizia dell'Unione Europea si è espressa anche nella nota vicenda *Krombach*, conclusasi con la pronuncia del 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach* commentata da NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"*, cit., 659 ss. Cfr. anche Corte di giustizia, 6 settembre 2012, C - 619/10, *Trade Agency Ltd*, punti 48 e 51, con nota ARMELLI, *Le tutele del convenuto contumace volontario, Disciplina processuale comunitaria e diritto italiano a confronto*, cit. Per ampi riferimenti sul tema v. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 172; GUARNIERI, *Ordine*

hanno condotto le Sezioni Unite ad affermare con vigore la compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento interno.

Del resto, molti altri ordinamenti europei hanno riconosciuto i *punitive damages* non, di per sé, contrari all'ordine pubblico<sup>722</sup>. In questo senso si sono espressi il Tribunale Supremo spagnolo<sup>723</sup>, la Corte Suprema slovena<sup>724</sup>, la Corte Costituzionale federale tedesca<sup>725</sup> e, in ben due occasioni, la *Cour de cassation*<sup>726</sup>.

L'introduzione di simili misure in ordinamenti improntati ad una netta distinzione tra diritto penale e diritto civile può esser letta come il riflesso positivo derivante dalla globalizzazione degli ordinamenti. In un'era in cui i modelli non solo giuridici, ma anche economici e sociali circolano ad una velocità sorprendente risulta difficile comprendere come mai una tecnica risarcitoria quale quella rappresentata dai *punitive*

---

pubblico, cit., 5, 156; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., 1970, 32 ss.; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., 382; LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 12 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, cit., 215 – 216; RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», cit., 26 ss.

<sup>722</sup> Per una breve ed efficace rassegna di queste pronunce si veda D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia dei danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, cit., 1981 ss. In argomento v. anche FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, cit., 276 ss. e SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, cit.

<sup>723</sup> *Sala de lo Civil*, con decisione del 13 novembre 2001, causa 20139/ 1999, [www.poderjudicial.es/search](http://www.poderjudicial.es/search). La sentenza in questione è commentata da CORDERO ALVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjerasy danos punitivos*, cit., 241 ss. In questa sede il Tribunale Supremo spagnolo ha escluso l'incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico facendo perno sul fatto che i danni punitivi rispondono alla regola della residualità della tutela penale, principio proprio anche del sistema spagnolo. Inoltre, il supremo collegio ha osservato anche che nel caso di specie era stato rispettato il principio di proporzionalità.

<sup>724</sup> Sul punto si veda Corte suprema Slovenia, ord. 29 maggio 2013.

<sup>725</sup> Corte costituzionale federale tedesca, 24 gennaio 2007, in *JZ (Juristen- Zeitung)*, 2007, n. 1046. In argomento v. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, cit., 317 ss. e FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, cit., 276 ss. spec. 280.

<sup>726</sup> Sempre facendo perno sul rispetto del principio di proporzionalità la *Cour de cassation* ha ammesso l'*exequatur* in due occasioni. Sul punto si v. *Cour de cassation*, 1 ch. civ., 1 dicembre 2010, n. 0913303, cit., 423 ss. con nota di LICARI, *La compatibilità de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe – l'oeil de la Cour de cassation?* 7 novembre, 2012, n. 11 – 23871, in *Bulletin des arrêts Chambres civiles*. Con riguardo alla giurisprudenza di merito v. *Cour d'appel de Poitiers* 4 marzo 2011 (n. 09/02077), rinvenibile all'indirizzo <https://www.doctrine.fr/d/CA/Poitiers/2011/B6A693B3213782E66A502>.

*damages* dovrebbe essere rigettata da ordinamenti di tradizione non anglosassone.

È evidente, quindi, che negare il riconoscimento di una sentenza straniera solo perché il concetto di sanzione si pone al di là della funzione unicamente compensativa del rimedio aquiliano entra in rotta di collisione con l'apertura manifestata in senso contrario dal legislatore e, più in generale con il progressivo riconoscimento di tali strumenti nello spazio giuridico europeo.

Si assiste, quindi, ad una tendenza - non solo del formante<sup>727</sup> giurisprudenziale, ma anche di quello legislativo - ad attribuire alla responsabilità civile una valenza "multipolare". In altri termini, sembra si possa affermare con serenità che oggi il rimedio aquiliano oscilla tra due poli: quello della riparazione e quello della sanzione.

Si badi comunque che il giudice della delibazione sarà chiamato a verificare in ogni caso il rispetto del principio di proporzionalità tra riprovevolezza della condotta e risarcimento sanzionatorio ovvero tra quest'ultimo e risarcimento riparatorio compensativo. Tale principio è, infatti, immanente al sistema ed è atto a garantire che l'autore del comportamento riprovevole sia in grado di conoscere *ex ante* quali sono i limiti quantitativi della sanzione che gli sarà irrogata<sup>728</sup>.

Ciò significa che, ferma l'ammissibilità in astratto dei *punitive damages*, eventualmente il controllo sul *quantum* potrà essere in concreto motivo legittimo per negare l'*exequatur*.

---

<sup>727</sup> Il concetto di formante è stato ideato da SACCO in *Introduzione al diritto comparato*, cit.47 ss.

<sup>728</sup> A tal riguardo giova ricordare che l'art. 1384 c.c., nel prevedere il potere del giudice di ridurre l'ammontare della penale in caso di manifesta eccessività, consegna all'interprete un principio di carattere generale e inderogabile «immanente a tutti i casi di sanzioni civili di tipo punitivo, volto a sancire un preciso ordine nel rapporto reciproco tra afflizione e riparazione» (Così BENAZZO, "*Le pene civili*" nel diritto privato d'impresa, cit., 171. In questo senso anche MAZZARESE, *Clausola penale: art. 1382 - 1384*, cit., *passim*; MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 785. Del resto un principio di proporzionalità fra sanzione e trasgressione vale anche per le pene pubbliche Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 516).

Secondo le Sezioni unite, inoltre, il principio di legalità è da rispettare ogni qual volta venga in rilievo una sanzione, di matrice non solo penalistica, ma anche civilistica quali sono i danni punitivi. In altri termini, si dipinge una valenza a tutto tondo del principio di legalità che arriva, di tal guisa, ad irradiare anche l'emisfero civilistico dell'ordinamento. Assunto, questo, niente affatto scontato. Parallelamente, il giudice così come nelle controversie di diritto interno dovrebbe verificare l'esistenza di una specifica base legale al fine di imprimere al risarcimento una curvatura punitiva, similmente dovrebbe appurare l'esistenza di uno specifico fondamento legale nel paese straniero atto a sorreggere la condanna punitiva di cui si chiede l'*exequatur*<sup>729</sup>.

Alla stregua di quanto detto dalla Suprema Corte la responsabilità civile potrà quindi assumere funzione punitiva solo ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge<sup>730</sup>, altrimenti opinando sarebbero violati i superiori principi sanciti dall'art. 25 e 23 Cost., nonché dall'art. 7

---

<sup>729</sup> In senso critico è stato osservato che: «In tal modo, ad essere rimesso al giudice italiano è un inedito sindacato sulla tipicità e prevedibilità – e quindi, in sostanza, sulla legittimità - della condanna secondo i parametri normativi del diritto straniero. E' regola tuttavia che il giudice della delibazione è tenuto a valutare solo gli "effetti" della decisione nel nostro ordinamento, quanto alla loro compatibilità con i principi regolatori della materia, e non la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana, non essendo consentita un'indagine sul merito del rapporto giuridico dedotto. Una simile valutazione, inoltre, presuppone un accertamento difficilmente praticabile in un giudizio, come quello delibatorio, di tipo sostanzialmente cartolare». Così LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 327.

<sup>730</sup> In senso conforme si è espressa Cass. Civ., Sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, 1077 con nota CASSANI, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*, cit., 1077; SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, cit., 1413 e DI MAJO, *Azione di responsabilità – la responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, cit., 1640. La posizione della Suprema Corte in *parte qua* è stata salutata con favore da PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, cit., 300 ss. e FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, cit., 283 ss. Quest'ultimo alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite ribadisce che al di fuori delle specifiche ipotesi previste dalla legge «nulla è cambiato nella stima e nella liquidazione del danno risarcibile». Cfr. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., 83 ss.; PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, cit., 1204 e CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente due process of law)*, cit., 1054 ss. Nelle pagine che seguono, tuttavia, si avrà modo di dissentire a tal riguardo.

della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte con sentenza del 5 luglio 2017 n. 16601, tuttavia, sembrano un nuovo punto di partenza. Molti autori, infatti, hanno revocato in dubbio la validità del principio di "stretta" tipicità con riguardo al diritto privato adducendo a sostegno di tale affermazione molteplici argomenti per la trattazione dei quali si rinvia al par. 5 del cap. IV.

Relegare l'operatività della funzione sanzionatoria della responsabilità civile nell'ambito di ipotesi tipiche è operazione inappropriata, perché tende a far confluire in valutazioni precostituite e rigide ipotesi che, al contrario, richiedono una elastica comparazione degli interessi in conflitto.

È necessario quindi evitare una pedissequa traslazione di regole e principii che la legislazione e la storia hanno posto nei riguardi della pena pubblica in ambito privatistico<sup>731</sup>. In realtà, è stato dimostrato che l'illecito aquiliano, *de iure condito*, potrebbe già autonomamente conseguire una funzione *latu sensu* punitiva<sup>732</sup>.

---

<sup>731</sup> Si esprimono in senso critico rispetto all'opinione espressa dalle Sezioni Unite al riguardo DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1794; SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2647 – 2648; LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, cit., 326. Specificamente critica l'impiego dell'art.23 Cost. a tal riguardo BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, cit., 1132. Sull'insovrapponibilità dei principi generali della pena pubblica alla pena privata v. CATAUDELLA, *La tutela civile nella vita privata*, cit., 67 e 70 spec. nota 80; BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 311; TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 143 e FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, Parte generale, cit., 134. Sull'estraneità della pena privata alle garanzie costituzionali v. anche BONILINI *Il danno non patrimoniale*, cit., 283 afferma che «Il principio di legalità si riferisce alla sola pena criminale che per quel suo carattere particolarmente afflittivo ed infamante è tale da pregiudicare la libertà del singolo, non certo, però, alle pene private». Nella letteratura francese STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, cit., 383.

<sup>732</sup> Così BUSNELLI – ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»*, cit., 585. In questo senso anche MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 336. Del resto, a tal riguardo è stato osservato che «l'intermediazione legislativa mette capo ad interventi sempre più fitti. Che potrebbero diventare debordanti se si accogliesse la tesi secondo cui l'art.

A ben guardare, a tale risultato si perviene nei fatti già da tempo nel diritto italiano. Ciò appare evidente *in primis* riprendendo brevemente le considerazioni effettuate nell'ambito del terzo capitolo<sup>733</sup>, specialmente con riguardo al danno non patrimoniale<sup>734</sup> e alla liquidazione equitativa<sup>735</sup>. Si giunge a decisioni dalla vocazione punitiva, infatti, già attraverso il viatico tracciato dagli artt. 1226, 2056 e 2059 c.c. Si potrà, di tal guisa, attribuire rilevanza ad elementi diversi dalla mera perdita patrimoniale nell'ambito della liquidazione equitativa del danno considerando, inoltre,

---

2056 c.c., chiamando il giudice a valutare, in sede di liquidazione equitativa, tutte le circostanze, lo abilita a quantificare il risarcimento sulla base della condotta, dolosa o gravemente colposa, del danneggiante». In questi termini si esprime PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2635.

<sup>733</sup> Si rinvia per ampi riferimenti specificamente a paragrafo 6, capitolo 3.

<sup>734</sup> Qualificano il danno non patrimoniale alla stregua di una vera e propria pena privata BONILINI *Il danno non patrimoniale*, cit., *passim*; G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, cit., 823; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 9 ss.; AFFERRI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, cit., 870; BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, cit., 1498 ss.; CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, cit., p. 237 ss. In senso contrario v. PATTI, *Pena privata*, cit., 360. Anche la dottrina francese ha inteso enfatizzare il profilo più prettamente afflittivo del danno non patrimoniale qualificandolo come una "pena privata" avente una finalità sanzionatoria "*exemplaire*". A tal proposito v. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., 348; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, cit., 375 e CARBONNIER, *Droit civil, 4 - Les Obligations*, cit., 375.

<sup>735</sup> In argomento MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit. 2652 afferma che «Nel nostro ordinamento, indipendentemente dall'ammissibilità in via generale delle sanzioni civili, ed a fronte della loro introduzione in ipotesi particolari, è comunque evidente che la loro funzione può, anzi, deve essere svolta dal combinato disposto degli artt. 1223, 1226 e 2056 c.c. come previsione minima del contenuto del risarcimento, e utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione alle circostanze del caso; non solo alla lesione subita dalla vittima, ma anche alla condotta antiggiuridica tenuta dal danneggiante, al suo grado di colpevolezza, e sicuramente anche in relazione all'arricchimento che egli abbia tratto dal fatto ingiusto». Sul punto v. anche GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*, cit., 2029 e ss.

la colpevolezza dell'agente, l'eventuale profitto ingiustamente conseguito e le altre circostanze del caso<sup>736 737</sup>.

---

<sup>736</sup> Cfr. Cass., 24 ottobre 1983, n. 6251, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, fasc.9. In questa occasione la Corte ha affermato che non sussistono ragioni per le quali «dovrebbe essere precluso al giudice il potere – dovere di commisurare il danno, nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dalla attività vietata, assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante, segnatamente quando esso sia correlato al profitto del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo e provocandone quindi il depauperamento». Con decisione dell'11 maggio 2010, n. 11353 (consultabile in *Banca Dati de Jure*) la Cass. Sez. III ha ragguagliato il risarcimento da illecito sfruttamento dell'immagine agli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito. Successivamente la Cass., Sez. III, 15 aprile 2011, n. 8730 (sempre consultabile in *Banca Dati De Jure*) pronunciandosi in tema di violazione del diritto d'autore ha nuovamente optato per un risarcimento avente valenza punitiva. In argomento v. SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., 1032. In questo solco si situano anche App. Bologna 22 aprile 1993, cit., 429; Cass. 7 agosto 1950 n. 2423cit., 17; App. Roma 18 aprile 2005, cit., 511; App. Milano 26 marzo 2002, cit., 799; App. Milano 22 gennaio 2002, cit., 794; Trib. Vicenza 4 settembre 200, cit., 4235; Trib. Milano, 31 maggio 1999, cit., 732; Trib. Roma 9 giugno 1993, cit., 972 e Cass. 10 novembre 1979, n. 5790, cit., 81 e ss. In argomento v. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, disgorgement e punitive damages*, cit., 135 ss. e MONATERI, *Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie*, cit., 718. Sull'applicazione della tecnica rimediale del c.d. prezzo del consenso in sede di liquidazione del danno e con particolare riferimento all'illecito sfruttamento dell'immagine di soggetto non noto v. Cass. civ. Sez. III 16 maggio 2008, n. 12433 con nota BOSCHI, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento*, cit., 1233. In argomento v. ZIVIZ, *Lesione del diritto all'immagine e risarcimento del danno*, cit., 715; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del ritratto*, cit., 32 e VERCELLONE, *Diritti della personalità e "rights of publicity"*, cit., 1171. Ulteriori arresti dal carattere marcatamente sanzionatorio si registrano in tema di violazione del patto di esclusiva in merito ai quali cfr. Cass. 15 giugno 1974, n. 1754, cit., 1383; Cass., 28 marzo 1960, n. 646, cit., 891; App. Milano, 30 marzo 1979, cit.; Trib. Milano, 9 luglio 1981, cit., 152; Trib. Bologna, 4 gennaio 1980, cit., 29. La medesima tendenza si rinviene, per altro, nell'ambito dell'ordinamento tedesco ove talvolta la Corte Federale ha riconosciuto al danneggiato in caso di lesione di un diritto della personalità un danno non meramente compensativo. Uno dei casi più famosi in merito è il c.d. caso Caroline di Monaco I. In quest'occasione la stessa chiese il risarcimento del danno per essere stata abusivamente raffigurata sulla copertina di una rivista tedesca con accanto la dicitura non veritiera - inserita al fine unico di aumentare il volume delle vendite - che avesse il cancro. Ebbene, in quest'occasione la Corte Federale stabilì che la somma liquidata a titolo di risarcimento dovesse essere commisurata ai guadagni percepiti dal danneggiante, al fine di assicurare l'effetto deterrente della condanna. In proposito v. TOLANI, *U.S. Punitive Damages before Germany Courts: A Comparative Analysis with Respect of the Ordre Public*, cit., 195 e FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, cit., 277.

<sup>737</sup> In questa sede il giudice, inoltre, potrà anche valutare l'opportunità di remunerare, secondo equità, le capacità imprenditoriali dell'arricchito alla luce del principio di proporzionalità e di tutte le circostanze del caso concreto. In altri termini, il principio di remunerazione dell'iniziativa potrebbe essere correttamente declinato da parte del giudice nell'ambito della liquidazione equitativa del danno. Sarà così possibile evitare rischiose soluzioni aprioristiche sulle quali si rinvia a quanto detto nell'ambito del II capitolo. In argomento v. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, cit., *passim*; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., 55; MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., *passim*; BARCELLONA, *Frutti e profitto d'impresa*, cit., *passim*; NICOLÒ, *Riflessioni sul tema d'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina di diritto civile*, cit., 93.; SANTINI, *Le teorie sull'impresa*, cit., 442.

Ebbene, proprio la valenza generale di tali rimedi, si ribadisce, costituisce un argomento particolarmente solido per ritenere che l'illecito aquiliano abbia già in sé il germe della deterrenza e della sanzione<sup>738</sup>.

L'utilità della tesi in questa sede proposta emerge in modo ancor più evidente ove si volga lo sguardo alle prospettive offerte dall'Analisi economica del diritto<sup>739</sup>.

L'economista non concepisce il diritto come un insieme di precetti accompagnati da una sanzione, bensì come degli incentivi rivolti ai consociati. A tale stregua, i precetti introducono una serie di costi espressi in modo indiretto in relazione a determinati comportamenti degli individui. Solo nell'ipotesi in cui il prezzo di un determinato comportamento (*contra ius*) sia sufficientemente alto, tale da rendere per il soggetto più conveniente non intraprenderlo affatto, il precetto sarà verosimilmente osservato<sup>740</sup>.

---

<sup>738</sup> Cfr. DIMAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 65; BUSNELLI – ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva*, cit., 585. In questo senso anche MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 336. Del resto, a tal riguardo è stato osservato che «l'intermediazione legislativa mette capo ad interventi sempre più fitti. Che potrebbero diventare debordanti se si accogliesse la tesi secondo cui l'art. 2056 c.c., chiamando il giudice a valutare, in sede di liquidazione equitativa, tutte le circostanze, lo abilita a quantificare il risarcimento sulla base della condotta, dolosa o gravemente colposa, del danneggiante». In questi termini si esprime PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2635.

<sup>739</sup> Ricordiamo nuovamente che la nascita del movimento dottrinale che prende il nome di *Law and Economics*, è tradizionalmente ricondotta alla nota opera di R. Coase afferente alla problematica dei costi sociali (R. COASE *The Problem of Social Cost*, cit., 1-44, consultabile anche in <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>) e alla riflessione effettuata da G. Calabresi in tema di responsabilità extracontrattuale (G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, cit., 497). Al riguardo si veda anche FREZZA e PARISI, "Responsabilità civile e analisi economica", cit., 2; COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*", cit., 435 ss.; POSNER, *Economic analysis of law*, cit., spec. 117 ss., e CALABRESI "Costo degli incidenti responsabilità civile", cit. *passim*; ID, *Cosa è l'analisi economica del diritto?*, cit. 343 ss.; ID, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit. *passim*; PARISI, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, cit., 384 ss.; GREMBI, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, cit., 453 ss.; NASH, *The Bargaining Problem*, cit. 155 ss.; BUCHANAN, *Good Economics – Bad Law*, *Virginia Law Review*, cit., 483 ss.;

<sup>740</sup> «Come in qualsiasi situazione di mercato, il soggetto avrà aperta la possibilità di comprare il prezzo della disubbidienza al precetto con possibili usi alternativi di quelle risorse. Fatta questa comparazione, sceglierà se ubbidire, disubbidire, sfidare la regola in corte, recarsi all'estero per svolgere lo stesso comportamento, ecc. In altre parole, l'economia insegna al giurista a svegliarsi dal sogno velleitario del positivismo legislativo. Il giurista è abituato a credere che sia sufficiente una legge per determinare un certo corso di eventi. L'economista, abituato a studiare i mercati (e anche i mercati neri), gli insegna che tale

La responsabilità è vista in questa prospettiva come un sistema di incentivi per tenere un comportamento efficiente.

L'effetto punitivo - deterrente si presenta come una necessità, pena la costruzione di una zona di impunità che finisce con il tradursi in un'intollerabile spinta verso l'illecito<sup>741</sup>. In questa sede è sufficiente ricordare che il concetto di sanzione e di *deterrence* assume il ruolo di un costo e riesce a realizzare un controllo indiretto delle attività illecite quante volte i sacrifici economici derivanti da quelle dannose siano maggiori dei profitti. *Ex adverso*, il desiderio di realizzare delle utilità economiche si trasformerà in una vera e propria spinta verso l'illecito quante volte le conseguenze dannose dello stesso (*id est* il *quantum debeat* a titolo di risarcimento) non intacchino i profitti<sup>742</sup>. L'effetto sarà quello di incentivare la commissione di illeciti in quanto fonte di un vero e proprio "utile". Risultato, questo, inaccettabile in quanto la violazione di un diritto altrui non può essere occasione di guadagno per l'usurpatore<sup>743</sup>.

E' necessario che sia abbattuta qualsivoglia strategia di profitto del danneggiante<sup>744</sup>.

Ciò che si vuole sottolineare è che sembra opportuno che ragioni di deterrenza del sistema siano garantite comunque da uno strumento avente una potenziale valenza generale, in quanto il diritto è volto a regolare rapporti multiformi e in continua evoluzione e per questo costituisce «un

---

convinzione è il portato di un delirio di onnipotenza del legislatore e che l'eterogenesi dei fini è sempre in agguato». Così COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole*, cit., 11 – 12.

<sup>741</sup> A tal riguardo si rinvia a quanto detto al Cap. 2, par. 4.

<sup>742</sup> Sulla maggiore efficacia deterrente delle forme di responsabilità per colpa, rispetto a quelle oggettive si rinvia a p. 294- 295 ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 2003.

<sup>743</sup> Si ricordi a tal riguardo anche la massima espressa dal brocardo: «*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem*» (Pomponio, D. 50.17.26).

<sup>744</sup> In argomento ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., 2003, 296.

ordine complesso e decentrato che mal si adatta alle rincorse della legislazione»<sup>745</sup>.

D'altro canto, giunge sostanzialmente al medesimo risultato anche quella dottrina<sup>746</sup> che sostiene la comminabilità delle pene private da illecito aquiliano<sup>747</sup> in ipotesi simili a quelle normativamente indicate facendo perno sulla natura non eccezionale delle stesse.

In questa prospettiva le norme specificamente previste dalla legge possono in concreto fornire all'interprete degli schemi utili per fronteggiare ipotesi di illecito efficiente e quindi essere applicate analogicamente<sup>748</sup>.

Alla luce delle conclusioni cui si è giunti sorgono spontanee alcune considerazioni in merito all'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme a tutela della concorrenza.

Il riferimento è specificamente al D. Leg. del 19 gennaio 2017 n. 3 intervenuto in attuazione della direttiva 2014/104 UE.

Lo scopo perseguito è quello di agevolare il ricorso dei danneggiati alle azioni civili per il risarcimento del danno, al fine di incentivare il

---

<sup>745</sup> In questi termini MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, cit., 2654 il quale afferma anche che: «Da alcune parti si sente ora invocare la necessità di un intervento legislativo. Tali invocazioni naturalmente mostrano subito di essere meta – positive, in quanto appunto richiedono un intervento legislativo evidentemente necessitato dall'assetto attuale dell'ordinamento giuridico. Peraltro, ci si chiede come, stanti i richiami costituzionali fatti dalle sezioni unite, possa venire considerato, dal punto di vista dell'oggettività e della ragionevolezza, un tale intervento in sede di legittimità. Qui occorre solo ricordare quanto altre volte abbiamo ripetuto, e da tanti cultori del diritto vivente ampiamente condiviso e riconosciuto, e cioè che il diritto privato costituisce un ordine complesso e decentrato, che mal si adatta alle rincorse della legislazione: “*staatsrecht vergeht Privatrecht besteht*”».

<sup>746</sup> BARATELLA, *Le pene private*, cit., 196.

<sup>747</sup> Come già chiarito le norme in materia di pene private da illecito aquiliano sembrano consentire il ristoro di conseguenze negative dell'illecito, altrimenti irrilevanti comportando un ampliamento dell'area del danno risarcibile. Il riferimento è quindi alle norme precedentemente passate in rassegna quali l'art. 125 del codice della proprietà industriale; l'art. 12 della legge n. 47/1948 (legge sulla stampa); l'art 18 legge n. 349/1986 in tema di danno ambientale; l'art 158 n. 633/1941 in tema di diritto d'autore; l'art. 187 *undecies* II co. del Testo Unico della Finanza e gli artt. 96, 709 *ter*, 614 *bis* c.p.c.

<sup>748</sup> Nel corso del V capitolo si verificherà, infatti, la ragionevolezza dell'applicazione analogica dell'art. 125 *c.p.i.* a fronte di ipotesi di danno derivante da illecito *antitrust*. Tale operazione, infatti, presuppone da un punto di vista logico la condivisione del principio in virtù del quale il risarcimento del danno può assumere valenza deterrente e punitiva anche al di fuori delle ipotesi specificamente previste dalla legge.

contrasto delle pratiche anticoncorrenziali operanti sul piano privatistico (c.d. *private enforcement*), affinché quest'ultimo si affianchi efficacemente all'attività svolta con gli strumenti di diritto pubblico (c.d. *public enforcement*) e conseguentemente promuovere il rispetto delle regole della concorrenza.

La nuova disciplina, tuttavia, non coglie del tutto il bersaglio. Infatti, se è vero che la stessa pone delle agevolazioni - specialmente con riguardo al profilo probatorio<sup>749</sup> - è altresì vero che non sembrano sufficientemente garantite le ragioni di deterrenza che tale microsistema reclama a gran voce.

Sul crinale del risarcimento del danno giova porre l'attenzione sull'espresso e categorico divieto di sovracompenzazioni scolpito dall'art. 1 comma 2 del D.lgs. 2017 n. 3<sup>750</sup>, il quale in *parte qua* recepisce supinamente l'espressa negazione, contenuta nella direttiva, di ogni forma di "risarcimento punitivo" o "multiplo" (art. 3, comma 3 della direttiva)<sup>751</sup>.

Nondimeno, è stato osservato che quello della quantificazione del danno concorrenziale costituisce un tema particolarmente complicato che viene affrontato dalla direttiva con mezzi non adeguati.

In realtà, un'impresa colpita da comportamenti escludenti subisce un danno in termini di perdita di *chance* di successo in quel mercato. In tali situazioni «parlare di risarcimento come ripristino di una situazione effettiva, che si sarebbe determinata "se la violazione non fosse stata

---

<sup>749</sup>Nel corso della trattazione sono state analizzate le nuove disposizioni concernenti: il c.d. ordine di esibizione; la possibilità attribuita al giudice di avvalersi nella determinazione del danno dell'assistenza dell'Agcm; la presunzione *iuris tantum* che le violazioni consistenti in cartelli cagionino un danno; il meccanismo del c.d. *passing on*; la prescrizione; l'efficacia che - nell'ambito del giudizio civile volto ad ottenere il risarcimento del danno - assumono le decisioni definitive adottate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) e delle Autorità nazionali della concorrenza (Anc) di altri stati membri.

<sup>750</sup> Il decreto all'art. 1 co. 2 espressamente afferma che «Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenzazioni».

<sup>751</sup>La direttiva al co. 3 dell'art. 3 statuisce che «Il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura».

commessa” significa formulare un’equazione con molte incognite, perché nessuno è in grado di prevedere esattamente cosa sarebbe avvenuto, in quel complesso gioco “botta e risposta” che caratterizza l’economia di mercato»<sup>752</sup>.

Del resto, è la stessa direttiva che al *considerando* 45 e 46 afferma che in questi casi «quantificare il danno significa valutare quale sarebbe stato l’andamento del mercato in questione in assenza di violazione. Tale valutazione implica un confronto con una situazione per definizione ipotetica che non potrà mai, quindi, essere totalmente esatta».

L’esigenza più pregnante in tema di illecito *antitrust* è quella di assicurare un’adeguata deterrenza. Detta esigenza, tuttavia, non sembra essere stata opportunamente fronteggiata dalla direttiva UE 104/2012 nella parte in cui nega diritto di cittadinanza ai danni punitivi. Si determina, di tal guisa, una lacuna difficilmente colmabile con gli strumenti che di regola presiedono alla liquidazione del danno in un sistema così peculiare qual è quello del danno derivante da illecito *antitrust*<sup>753</sup>.

Sorprende ancor di più che la direttiva contenga questo divieto ove si volga lo sguardo ad alcune precedenti pronunce della stessa Corte di Giustizia. Quest’ultima ha, infatti, avuto modo di affermare più volte che “chiunque” abbia subito un danno a seguito di un’intesa ovvero di una pratica vietata dalla normativa *antitrust* comunitaria è legittimato a chiedere il risarcimento innanzi ai tribunali nazionali e che deve, altresì, essere riconosciuto il danno esemplare o punitivo, ogni qualvolta esso sia

---

<sup>752</sup> Così LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, cit., 267.

<sup>753</sup> Cfr. ID., *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, cit., 271-272 e OSTI, *Un approccio programmatico all’attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell’ordinamento italiano*, cit., 295.

ammesso nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno, fermo restando l'obbligo del giudice di vigilare affinché non si producano arricchimenti ingiustificati<sup>754</sup>.

La giurisprudenza comunitaria, inoltre, ha messo in rilievo che un'intesa può avere degli effetti "collaterali", ovvero non immediatamente ricercati dai partecipanti alla stessa. E' quanto accaduto nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia in sede pregiudiziale deciso con sentenza del 5 giugno 2014 *Kone AG e altri contro ÖBB Infrastruktur AG* (causa C-557/12)<sup>755</sup>. Dette intese, infatti, possono indirettamente determinare dei vantaggi anche nei confronti di imprenditori non partecipanti alla stessa, il riferimento nel caso di specie è ai c.d. *umbrella effect*.

Di là dalla soluzione assunta dalla Corte di Giustizia, questa specifica giurisprudenza ha messo in evidenza un fenomeno più generale ovvero che la distorsione della concorrenza a mezzo di pratiche vietate, in realtà, può dar luogo ad una produzione di vantaggi e correlativamente di danni per così dire "a raggiera". In altri termini, «le norme a tutela della libertà di concorrenza sono rivolte ad assicurare una maggiore efficienza del mercato; la loro violazione porta conseguenze dannose che tendono a propagarsi per l'intero sistema economico»<sup>756</sup>.

---

<sup>754</sup> Il riferimento è ai casi Corte di Giustizia 20 settembre 2001, *Courage Ltd. V. Bernard Crehan* (causa C – 453/99) consultabile in *Eur – lex* all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0453> e Corte di Giustizia 13 luglio 2006 n. 295, cause riunite *Manfredi v. Lloyd Adriatico Ass* (cause riunite da C- 295 – 04 a C – 298/04). In argomento v. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust, la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione modelli a confronto*, cit., 100 ss. e ALPA, *Illecito e danno antitrust casi e materiali*, cit., 30 ss.

<sup>755</sup> Il testo della decisione è disponibile su *Eur – Lex* al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0557>.

<sup>756</sup> In questi termini v. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., 238 ove evidenzia l'inadeguatezza delle categorie tradizionali del risarcimento in questo specifico settore e rinviene la via maestra per fronteggiare queste esigenze nel potenziamento delle sanzioni pubbliche.

Sembra non potersi escludere, quindi, che tali dinamiche possano, talvolta, produrre effetti che irreparabilmente alterino il fisiologico gioco della concorrenza.

Tutte queste considerazioni fanno emergere la necessità di prevenire *tout court* tali danni. In questo settore è necessario potenziare la funzione deterrente del risarcimento e ciò sembra possibile solo attribuendo allo stesso una curvatura *latu sensu* punitiva.

E' necessario porre l'imprenditore – massimizzatore razionale<sup>757</sup> per eccellenza – nella condizione alla stregua della quale, facendo un freddo calcolo matematico, reputi *ex ante* sconveniente porre in essere la condotta anticoncorrenziale. Ebbene, essendo questi illeciti “particolarmente redditizi”, correlandosi, inoltre, agli stessi molte difficoltà processuali e pochi incentivi all'azione in giudizio, è evidente che la posizione di un risarcimento meramente compensativo non pare costituire un argine sufficiente.

L'imprenditore, disposto a violare la legge pur di ottenere un guadagno economico, alla luce di una valutazione costi - benefici, consapevole del fatto che al più potrà essere costretto - tra l'altro in un tempo non vicino - a ripianare la mera perdita subita dall'attore, sarà sostanzialmente indotto a violare la normativa *antitrust*. Svanisce così qualsiasi elemento di deterrenza.

Lo scarso potenziamento della funzione deterrente si apprezza anche con riguardo ad un altro profilo: il riferimento è alla disciplina della *class action*. L'art. 1 comma 1 del decreto sancisce che il risarcimento può essere richiesto da “chiunque” abbia subito un danno a prescindere dal

---

<sup>757</sup>Si rammenta che tale terminologia è cara all'*Analisi Economica del Diritto*.

fatto che si tratti di imprenditori ovvero di consumatori<sup>758</sup>. L'art. 1 precisa, altresì, che trova applicazione in tale ambito la *class action* disciplinata dall'art. 140 *bis* codice del consumo. Il generico richiamo effettuato dal legislatore all'art. 140 *bis* non sembra esaustivo.

E' noto che la c.d. azione di classe dipinta dal Codice del Consumo è riservata, per espressa previsione di legge, in via esclusiva ai soli consumatori<sup>759</sup> i quali potranno decidere di agire individualmente ovvero

---

<sup>758</sup> La lettera della norma così dispone: «Il presente decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese».

<sup>759</sup> L'art. 3 co. 1 lett. a) del Codice del Consumo definisce consumatore «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». Nonostante, l'espressa definizione normativa la nozione di consumatore ha dato luogo a numerose questioni interpretative. Sono state sollevate numerose questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di Giustizia CE e questioni di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta, tendenti ad estendere l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina consumeristica a soggetti diversi dalle persone fisiche, ma ciononostante versanti in condizioni di debolezza contrattuale: si pensi alle associazioni, agli enti *no profit* e ai piccoli imprenditori. Nelle varie ordinanze di remissione in questione si tendeva ad evidenziare che spesso tali soggetti possono venirsi a trovare in posizioni di dipendenza economica ovvero tecnologica rispetto ad altro operatore professionale più forte, che li rende al pari del consumatore, e per certi versi anche più di quest'ultimo, meritevoli di protezione (In dottrina per una interpretazione ampia della nozione di consumatore v. CAPPUCCIO, *Sulla nozione di "consumatore" tra diritto comunitario e nazionale*, cit., 115; ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., 769; RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, cit., 39 ss. In giurisprudenza G.d.p. de L'Aquila, 3 novembre 1997, cit., 2341, con nota GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie* e G.d.p. di Sanremo, 5 luglio 2001, cit., 649). Tali osservazioni, tuttavia, non hanno trovato seguito presso le Corti superiori. La Corte di Giustizia CE 22 novembre 2001, (cause riunite C – 541/99 e C – 542/99, CONTI, *La Corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive*, cit. 445 e GUERINONI, *Sulla nozione di consumatore Commento a Corte di giustizia CE 22 novembre 2001*, cit., 519 ss.(cause riunite C – 541/99 e C – 542/99) ha chiarito che la nozione di consumatore include unicamente le persone fisiche e che essendo contenuta in una norma eccezionale non è suscettibile di applicazione analogica. Nello stesso solco si situa Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469 (PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, cit., 332 ss. e di PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, cit., 332 ss.) che ha escluso l'irragionevolezza della scelta legislativa di limitare la tutela alle persone fisiche. A tale stregua, è stato sostenuto che una violazione dell'art. 3 Cost. è configurabile solo laddove il legislatore sottoponga ad un trattamento differente situazioni uguali, e non anche quando situazioni differenti siano disciplinate in modo diseguale. Nel caso di specie, ad avviso della Consulta, non sarebbe ravvisabile alcuna illegittimità costituzionale proprio perché la persona fisica è un soggetto ontologicamente eterogeneo rispetto ad altri operatori economici caratterizzati dallo svolgimento di attività imprenditoriale ovvero da una struttura associativa. È stato affermato che sotto il profilo pratico il problema sembra comunque depotenziato, in quanto, successivamente al 1996, sono sopraggiunti ulteriori interventi normativi volti a tutelare il professionista debole dal rischio di perpetrazione di abusi da parte di operatori professionali forti: si pensi alla legge sulla subfornitura e al decreto legislativo per la lotta contro i ritardi nelle transazioni commerciali. È noto, tuttavia, che tali norme hanno ad oggetto condotte ben diverse rispetto a quelle prese in considerazione dalla legge *antitrust*, la cui violazione ben può cagionare danni ad altri imprenditori i quali allo stato dell'arte restano sforniti della

attraverso associazioni o comitati rappresentativi di uno o più appartenenti della classe<sup>760</sup>.

Tuttavia, è altresì noto che l'illecito anticoncorrenziale si estrinseca in una condotta idonea a recar danno, non solo ai consumatori, ma anche ad altri imprenditori.

In *parte qua* sarebbe auspicabile una pronta modifica del decreto avuto riguardo del fatto che molte condotte anticoncorrenziali sono spesso caratterizzate dalla creazione di danni diffusi e frazionati in piccole quote cui consegue uno scarso incentivo per il danneggiato all'azione in giudizio, specialmente in considerazione dell'elevato costo delle procedure legali e delle difficoltà probatorie che determinano un notevole rischio di soccombenza.

Tale profilo poteva essere in qualche misura attenuato ove il legislatore avesse predisposto una disciplina *ad hoc* che - da un lato - legittimasse all'azione di classe anche gli imprenditori lesi e che - dall'altro - eliminasse il farraginoso meccanismo dell'*opt in*<sup>761</sup>. Questi

---

possibilità di avvalersi della *class action*, strumento che potrebbe rivelarsi molto utile in questo settore. Inoltre, con riguardo alla particolare problematica concernente la praticabilità dell'azione risarcitoria collettiva anche nell'ambito delle relazioni del mercato finanziario v. GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva. Un esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140 bis, d.lgs 206/2005*, cit., 797.

<sup>760</sup> Nel primo caso, il consumatore agisce in proprio, al fine di ottenere la condanna dell'impresa convenuta al ristoro dei danni subiti, quale sostituto processuale della classe dei danneggiati, facendo valere in nome proprio i diritti di coloro che potenzialmente aderiranno all'azione. Nel secondo caso, invece, si riconosce in modo indifferenziato il diritto di proporre l'azione di classe da parte di associazioni e comitati, per i quali, con particolare riferimento ai requisiti per la proponibilità stessa dell'azione, si renderà opportuno il conferimento di uno specifico mandato processuale. La disciplina in questione è stata modificata dalla legge 23 luglio 2009 n. 99 la quale « ha ampliato la reattività del consumatore *uti singulus*, che non deve più necessariamente rivolgersi ad un'associazione dei consumatori rappresentativa a livello nazionale, come previsto nell'iniziale formulazione della norma, ma può agire individualmente ovvero farsi promotore della costituzione di un'associazione *ad hoc* per la tutela di interessi diffusi ovvero ancora promuovere l'azione attraverso un'associazione o un comitato, già preesistente, che intenda farsi promotore dell'azione di classe». CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1097.

<sup>761</sup> Il modello italiano dell'azione collettiva, come noto, si struttura secondo il prototipo di matrice svedese dell'*opt – in*. Ciò significa che l'azione di classe spiega i propri effetti esclusivamente nella sfera giuridica dei soggetti che abbiano manifestato l'espressa volontà di aderirvi, diversamente da quanto avviene alla stregua del meccanismo dell'*opt – out*. Tale modello, al contrario, si caratterizza per una maggiore incisività in quanto la proposizione dell'azione di classe spiega automaticamente i propri effetti nei riguardi di tutti gli appartenenti alla stessa. In senso critico è stato, inoltre, osservato che il sistema si presenta per così dire

potrebbero forse essere degli accorgimenti idonei a recuperare qualche scampolo di deterrenza nel microcosmo dell'illecito *antitrust*.

È stato, tra l'altro osservato che le categorie del lucro cessante e del danno emergente richiamate dal legislatore risultano, a ben guardare, del tutto inadeguate non appena si tenti di applicarle concretamente a fronte di violazioni *antitrust*<sup>762</sup>.

Più prosaicamente, non tutte le norme assegnano una porzione di ricchezza umana; alcune, come quelle in materia *antitrust*, regolano condotte e comportamenti, ma non riconoscono diritti in senso stretto se non quello al risarcimento del danno. È evidente, quindi, che un conto è risarcire la lesione di un diritto soggettivo – come potrebbe essere il diritto di proprietà o altro diritto reale - altro è risarcire un danno derivante dalla lesione di una regola di comportamento, come sono quelle sancite nell'abito della normativa a tutela della concorrenza.

Quando la norma violata è attributiva di un diritto soggettivo patrimoniale la lesione è effettivamente risarcita facendo ricorso alle due componenti del danno emergente e del lucro cessante. Lo stesso non può dirsi quando ad essere violate siano regole di comportamento, quali sono le norme *antitrust* ovvero le norme poste a tutela della proprietà industriale ovvero intellettuale<sup>763</sup>.

---

contraddittorio. Ciò in quanto - da un lato - l'azione di classe *ex* 140 *bis* può essere proposta anche indipendentemente dall'esistenza di adesioni al momento della sua proposizione e quindi solleva il danneggiato dall'onere di individuare necessariamente altre situazioni identiche in capo ad altri consumatori - dall'altro - «espone il consumatore stesso ad un grosso rischio, rappresentato dall'eventuale pronuncia di inammissibilità per carenza di interesse collettivo, quand'anche è fuor dubbio che lo stesso nulla ha a che vedere con la consistenza numerica dei consumatori che trarranno beneficio dalla sentenza». In questo senso v. CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., 1100 ed *ivi* v. anche per ulteriori riflessioni in merito alla natura giuridica e all'effetto dell'atto di adesione.

<sup>762</sup>In questo senso si esprime M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 425 – 426.

<sup>763</sup>È noto, infatti, che con riguardo alla proprietà industriale, ad onta del *nomen iuris*, non vengano in rilievo veri e propri diritti soggettivi, bensì regole di condotta, *rectius*, regole di leale concorrenza. In altri termini, ancorché la legge discorra di diritti di proprietà industriale è pacifico che non si ci trovi di fronte ad un diritto reale, bensì innanzi a regole di condotta che in senso lato impongono il divieto di compiere attività non autorizzate. A tal riguardo è stato affermato che «appare evidente che le esclusive sui diritti della

Pertanto, al fine di assicurare un risarcimento effettivo a fronte di violazioni anticoncorrenziali sembra opportuno ancorare la liquidazione del danno ad un elemento sconosciuto alle categorie tradizionali, qual è il profitto ingiustamente locupletato dall'impresa.

La strada che potrebbe essere seguita è in qualche misura già presente nelle pieghe dell'ordinamento. Il riferimento è al rimedio dipinto dagli artt. 125 co. 1 *c.p.i.* e 158 comma 2 *l. dir. aut.*<sup>764</sup>.

---

proprietà intellettuale, piuttosto che rappresentare un'altra forma "naturale" di proprietà, nata come quella sulle cose materiali dall'interazione dei soggetti e dalla loro esigenza fondamentale di disporre delle risorse nel modo più vantaggioso, sono invece il frutto di un intervento dello Stato, che sceglie di orientare gli investimenti verso l'innovazione» (Così C. GALLI – A.M. GAMBINO *Codice commentato della Proprietà Industriale e Intellettuale*, cit., 17). In questa prospettiva si evidenzia che il termine "proprietà", pur essendo utilizzato dall'Accordo TRIPs, deve essere inteso in senso assai meno rigoroso di quello noto alla nostra tradizione giuridica. Giova osservare che l'Accordo TRIPs rinviene la propria genesi in paesi di tradizione anglosassone nei quali il termine viene utilizzato come generale riferimento alla struttura dei diritti di esclusiva e conseguentemente si ritiene riferibile ad oggetti tra loro eterogenei. (Sul punto v. VANZETTI (a cura di), *Codice della Proprietà Industriale*, cit., p. 2).

Del resto, già in tempi risalenti illustre dottrina discorreva a tal riguardo del «diritto assoluto all'altrui astensione dall'utilizzazione della creazione intellettuale» al fine di tutelare «la probabilità di guadagno conseguibile attraverso l'utilizzazione della creazione stessa nei confronti dei terzi». Così ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 309.

Tra l'altro il dibattito sulla natura giuridica dei diritti di proprietà industriale ha riacquisito nuova linfa a seguito della possibile applicazione (esclusa dalla dottrina maggioritaria sul punto v. A. VANZETTI, *Diritti reali e "proprietà" industriale (...e mediazione obbligatoria)*, cit., 175) ai diritti di proprietà industriale della normativa in tema di mediazione obbligatoria in quanto estesa ai procedimenti in materia di diritti reali. Molteplici perplessità suscita l'orientamento che riconduce i diritti di proprietà industriale nel novero dei diritti reali anche con riguardo alle indicazioni geografiche e denominazioni d'origine di cui agli artt. 29 e 30 *c.p.i.* in quanto prive di autonomia e di un titolare determinato (sul punto v. M.S. SPOLIDORO *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, cit., 149).

<sup>764</sup> Per ampi riferimenti circa tali rimedi si rinvia a quanto detto nell'ambito del terzo capitolo. Si ricorda che l'art. 125 dispone che «1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. 2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. 3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento». Similmente l'art. 158 l.d.a. statuisce che: «1. Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. 2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere

Le due norme ancorano la liquidazione del risarcimento del danno ai *c.d. «benefici realizzati dall'autore della violazione»*.

In altri termini, quello che si propone è una lettura estensiva di tali disposizioni adattata al microcosmo dell'illecito *antitrust*<sup>765</sup>. È evidente che una tale impostazione presuppone l'adesione alla teorica prima prospettata alla stregua della quale il rimedio aquiliano può svolgere funzione sanzionatoria anche al di fuori dei casi espressamente disciplinati dalla legge, se del caso attingendo agli schemi posti dal legislatore a fronte di specifici casi che presentano problematiche analoghe.

Si legittima, dunque, il giudice a liquidare il danno anche in considerazione del lucro ingiustamente locupletato. Più precisamente, in questa prospettiva, il lucro realizzato dall'autore della violazione entra in gioco come criterio guida in sede di liquidazione equitativa *ex. art. 1226 c.c.*, potendo quindi il giudice anche considerare tutte le altre circostanze del caso concreto.

In questo modo, potrebbe essere superata o quantomeno attenuata l'obiettivo difficoltà per l'attore di provare il proprio danno (dimostrabile per lo più in via controfattuale), facendo perno sulla maggiore semplicità che caratterizza la prova relativa all'esistenza di benefici ingiustamente locupletati dall'autore della violazione, specialmente alla luce delle novità concernenti il *c.d. ordine di esibizione*.

Ciò evidentemente costituirebbe un notevole incentivo per i privati ad agire in giudizio e, verosimilmente, contribuirebbe a ricondurre i rapporti di mercato alla propria fisiologica dinamica.

---

riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto. 3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'articolo 2059 del codice civile».

<sup>765</sup> In argomento M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 431.

Quello descritto sembrerebbe un utile compromesso idoneo a fronteggiare le esigenze che prepotentemente si stagliano nel microcosmo dell'illecito *antitrust* e che la lettera della nuova normativa sembra ignorare.

Si è dato, infine, conto del fatto che detta lettura non sembra essere affatto incompatibile con l'espresso divieto di *overcompensation* posto dalla direttiva, né con il principio del *ne bis in idem*<sup>766</sup>, specialmente avendo riguardo ai recenti arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>767</sup>.

---

<sup>766</sup> Il principio del *ne bis in idem* esprime - in una dimensione processualistica - il divieto di reiterazione del giudizio per lo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto. Lo stesso principio, invece - letto in una prospettiva sostanzialistica - impedisce di sanzionare più volte lo stesso soggetto per il disvalore espresso dal medesimo fatto. Tale principio compare già nel diritto romano e, precisamente, nell'ambito delle *legis actiones*, vigenti nel II secolo a. C. essendo espresso nel brocardo *bis de eadem re ne sit actio*, con il quale si affermava che un diritto, una volta che fosse stato anche solo *iudicium deductum* e, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe più potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento. La preclusione si formava al momento della *litis contestatio* che, chiudendo la prima fase del giudizio, cristallizza il successivo *thema decidendum*. Ad oggi, il fondamento costituzionale di tale principio è rinvenuto da alcuni nell'ambito dell'art. 111 Cost., in quanto corollario del giusto processo, posto simultaneamente a tutela del diritto alla ragionevole durata del processo, del diritto di difesa e della finalità rieducativa della pena *ex art. 27 co. 3 Cost.* Altri, invece, rinvencono il fondamento di detto principio nell'ambito dell'art. 117 Cost., valorizzando la copertura derivante dalle fonti sovranazionali. Infatti, il *ne bis in idem* è espressamente sancito dall'art. 4 del settimo Protocollo della Cedu, nonché dall'art. 50 della Carta di Nizza. Sul tema si veda ANDRIOLI, *Ne bis in idem*, cit., 185 ss. e ZUNICA, *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, cit., 6145 ss.

<sup>767</sup> Il riferimento è al noto caso *Fransson* (Corte di Giustizia *Aklagaren c. Akerberg Fransson*, emessa il 26 febbraio 2013 in causa C- 617/2010 con nota VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, cit.). In questa sede, la Corte di Giustizia ha ridimensionato la portata del pronunciamento reso dalla Corte Edu nel caso *Grande Sevens* ammettendo astrattamente l'ammissibilità di un concorso di sanzioni eterogenee a fronte di un medesimo fatto storico, pur non negando in astratto che tale previsione possa entrare in rotta di collisione con il divieto di cui all'art. 50 della Carta di Nizza. Tale apertura sembra aver fatto breccia anche presso la Grande Camera della Corte Edu (Il riferimento è Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11 in argomento v. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit.)

che con una recente pronuncia ha affermato che l'art. 4 prot. 7 Cedu non esclude, in linea di principio, che uno Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si dirami in procedimenti distinti che sfocino a loro volta in sanzioni eterogenee, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato e purché vi sia una sufficiente connessione tra procedimenti. È evidente che le statuizioni da ultimo fornite dalla Grande Camera segnano un parziale ritorno dei giudici di Strasburgo sui propri passi.

Volendo quindi traslare le coordinate ermeneutiche sin qui tracciate alla problematica oggetto di studio appare evidente che il *ne bis in idem* alla luce della lettura fornita non può ritenersi violato. Ciò in quanto - da un lato - lo scomputo del costo della sanzione comminata dall'Agcm dal profitto netto garantisce la proporzionalità di una risposta sanzionatoria che come si è cercato di spiegare sembra non semplicemente ragionevole, ma necessaria. D'altro canto, questo accorgimento interpretativo letto in combinato disposto con l'efficacia vincolante che il decreto all'art. 7 riconosce alla decisione dell'Agcm, rende il giudice

Quella qui proposta è quindi una lettura – prima della direttiva e poi del decreto – costituzionalmente orientata, fornita al lume del principio di effettività della tutela, proprio perché in questa sede il sistema richiede a toni alti un potenziamento della funzione deterrente<sup>768</sup>, al fine di garantire il fisiologico andamento delle dinamiche del mercato<sup>769</sup>.

Da ciò deriva che ove non si dovesse ritenere praticabile tale interpretazione quel che potrebbe prospettarsi - portando il ragionamento alle estreme conseguenze - è una questione di legittimità costituzionale del decreto in *parte qua* e prima ancora della direttiva, sollevando in relazione a quest'ultima la barriera dei controlimiti, pena la violazione del principio fondamentale di effettività della tutela<sup>770</sup>.

---

necessariamente consapevole delle varie sanzioni irrogate, in ciò risiederebbe quella connessione tra procedimenti atti a garantire la proporzionalità del risarcimento, in tal guisa, liquidato dal giudice. Sembra quindi scongiurata qualsivoglia violazione del principio del *ne bis in idem*. Si osserva, inoltre, che le risorse a disposizione della pubblica amministrazione per reprimere l'osservanza delle regole *antitrust* sono limitate e non sufficienti a finanziare tutte le attività di *enforcement* necessarie. Conseguentemente la pubblica amministrazione è spesso chiamata a dover decidere quali violazioni perseguire e quali no ovvero stabilire una sorta di priorità di interventi, con conseguente pregiudizio al principio di parità di trattamento tra coloro che sono egualmente legittimati a ricevere tutela a fronte di condotte anticoncorrenziali. Anche per questa ragione non può essere negato spazio alle iniziative private e neanche è accettabile l'idea di porle in posizione ancillare. (In questo senso si esprime M.S. SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, cit., 429).

<sup>768</sup> Presupposto logico di tale ricostruzione è il riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile e, conseguentemente, l'ammissibilità di una lettura estensiva delle norme che contemplano risarcimenti *latu sensu* sanzionatori, qual è l'art. 125 c.p.i. Per ampi riferimenti su punto si rinvia a quanto detto nell'ambito del IV cap spec. par.4 e 5.

<sup>769</sup> Del resto ad ulteriore conferma della razionalità della soluzione prospettata si pone la disposizione contenuta nell'ambito dell'ordinamento tedesco di cui al § 33 a, Abs.3, GWB il quale dispone similmente che: «Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. 2Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den der Rechtsverletzer durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden».

<sup>770</sup> È noto che a far data dalla storica sentenza della Corte Costituzionale 8 giugno del 1984 n. 170 nota anche come sentenza *Granital* è stato riconosciuto in capo al giudice nazionale il potere di disapplicare direttamente, senza ricorrere alla Corte Costituzionale, la norma interna contrastante con una norma comunitaria precedente. Ma ciò che ai nostri fini è opportuno evidenziare è che in quell'occasione la Corte Costituzionale - pur riconoscendo al giudice ordinario nazionale il compito di disapplicare la disposizione interna contrastante con quella comunitaria - ha comunque inteso mantenere un controllo sul diritto comunitario, valutandone la compatibilità in riferimento ai principi fondamentali del ordinamento e ai diritti inalienabili della persona umana (i cc. dd. controlimiti). Il giudice Nazionale, quindi, a fronte di un eventuale contrasto tra questi ultimi e il diritto comunitario, avrà l'obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale della legge nazionale di ratifica del Trattato di Roma, per contrasto con l'art.11 della Costituzione. È evidente che il principio di effettività della tutela costituisce certamente un principio fondamentale del nostro ordinamento che, ove violato da una disposizione comunitaria, legittima il giudice

Può osservarsi, dunque, che sicuramente gli accorgimenti posti dal decreto determinano un miglioramento della tutela risarcitoria a fronte della commissione di un illecito anticoncorrenziale, ma il legislatore, sia comunitario che nazionale, avrebbe potuto fare di meglio.

Alla luce di tutte le novità introdotte, un espresso divieto di *overcompensation* in uno alla non soddisfacente disciplina dell'azione di classe lascia l'interprete "di stucco", quasi come se tali lacune denotassero un vizio logico ovvero di ragionevolezza della normativa, passibile di censura anche sotto questo punto di vista.

Ove tale lettura non dovesse trovare seguito nella prassi applicativa, sarebbe auspicabile che anche in questo microsistema – similmente a quanto avvenuto sul terreno del risarcimento derivante da lesione della proprietà industriale e del diritto d'autore<sup>771</sup> – il legislatore prenda atto dei moniti lanciati dalla dottrina per intervenire di conseguenza.

In conclusione, può affermarsi che la problematica che stimola la presente indagine possa trovare congrua risposta e tutela nelle pieghe della responsabilità civile, al di là dei rimedi specificamente previsti dal legislatore ovvero ove questi non operino.

Ebbene, in questa prospettiva si impone una riflessione diretta a recuperare la valenza dell'illiceità della condotta, anche nel senso della prevenzione e della deterrenza volta a leggere l'obbligazione risarcitoria come mezzo per disincentivare la produzione di danni.

---

a sollevare la barriera dei controlimiti, con conseguente questione di legittimità costituzionale. La sentenza è consultabile in *giur. cost.*, 1984, 1098. Sul punto v. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 189 ss.; RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n 170 del 1984 in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno dalla teoria della separazione alla prassi dell'integrazione intersistemica?*, cit., 1583 e ONIDA, *Armonia tra diversi e "problemi aperti". La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, cit., 549 ss.

<sup>771</sup> Si rinvia a quanto detto nell'ambito del terzo capitolo.

Di tal guisa, l'entità del risarcimento non avrà come termine di raffronto esclusivamente la perdita subita dalla vittima, bensì sarà proporzionato anche all'offesa arrecata, alla riprovevolezza della condotta ovvero al profitto conseguito dal responsabile<sup>772</sup>.

Del resto, è stato autorevolmente affermato che «nessun dubbio che, in diritto civile, il gioco del momento repressivo non debba eccedere, orientativamente, i confini generali assegnati al momento reintegratorio; ma è altrettanto sicuro che quest'ultimo, senza il sostegno offertogli dal primo [...] mancherebbe in tanti casi il suo bersaglio»<sup>773</sup>.

In questa prospettiva, la risonanza destata dalle Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601 sembra giustificarsi non tanto in relazione al profilo concernente la compatibilità con l'ordine pubblico di sentenza straniera, bensì perché ha fornito l'occasione per attestare «l'avvenuta certificazione di un marcato allargamento degli orizzonti della responsabilità civile»<sup>774</sup>.

*Ergo* la responsabilità aquiliana, caricata legittimamente e necessariamente di una valenza *latu sensu* punitiva, potrebbe forse essere

---

<sup>772</sup> Cfr. SCALFI, *Risarcimento del danno*, cit., 1084 ss. secondo il quale non è escluso che il risarcimento possa essere fissato in una misura superiore al danno effettivo subito dal danneggiato, ovvero prescindere da quello concretamente cagionato, per assumere così profili sanzionatori.

<sup>773</sup> Così anche P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 886.

<sup>774</sup> PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2631.

il rimedio<sup>775</sup> giusto per fornire la soluzione alla problematica di cui si tratta<sup>776</sup>.

Ciò consentirebbe di rinvenire, nell'ambito delle maglie dell'ordinamento, uno strumento di tutela dai confini mobili, idoneo ad assicurare in modo adeguato il raggiungimento dello scopo. Di tal guisa, sarebbe possibile non solo neutralizzare gli effetti di detti illeciti efficienti, ma anche prevenire la commissione degli stessi<sup>777</sup>.

I risarcimenti punitivi possono, quindi, contribuire a rafforzare le norme di condotta, il cui rispetto appare essenziale per un ordinato svolgimento dei rapporti tra i consociati.

Il richiamo al principio di riserva di legge effettuato da parte delle Sezioni Unite – oscillante tra l'art. 25 co. 2 Cost., tradizionalmente

---

<sup>775</sup> Questa soluzione sembra essere stata tra le righe già sposata da autorevole dottrina che ha, appunto, posto l'attenzione sul c.d. linguaggio dei rimedi. Si osserva che la funzione dell'ordinamento giuridico non è solo quella di dare sistemazione alle categorie giuridiche, ma anche quella di fornire risposte in positivo ove siano realizzate delle violazioni. Il rimedio è lo strumento per rispondere ad un interesse che risulta lesa e insoddisfatto, esso si caratterizza per essere particolarmente duttile ed elastico, infatti, è stato definito come «cura contro i torti» (discorre di *cure for wrongs* LAWSON, *Remedies of English Law*, cit.). E' stato convincentemente affermato che «allo stato presente, senza necessità di mutazioni legislative, la prospettiva rimediale può essere percorsa dai giudici, per giungere a decisioni operative sul terreno del risarcimento, anche a fronte di lesioni sicuramente gravi per gli interessi colpiti, ma largamente deficitarie sul piano (della identificazione) delle “conseguenze” materiali o immateriali, che ne derivano». In questi termini si esprime DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., 67.

Sul concetto di rimedio v. MATTEI, *Il diritto soggettivo*, cit., 107; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 4 ss. e 49 ss.; ID, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 341; ID *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, cit., 289 ss.; ID, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., 1859; CASTRONOVO e MAZZANUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 739.

<sup>776</sup> Giova rilevare che a conclusioni simili giunga anche P.PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, disgorgement e punitive damages*, cit., attraverso un'analisi comparata della responsabilità civile nostrana e di quella di matrice angloamericana pagina 129 ss. spec. p.166 ove l'A. afferma che «sembra che l'arco dei rimedi possa estendersi, sulla base delle suggestioni provenienti dall'esperienza di *common law*, sino a ricomprendere la retroversione del profitto illecito [...] ciò implica che un risarcimento in chiave punitivo/ sanzionatorio non costituisca più una chimera [...] di fronte ad un danno impalpabile o di dimensioni contenute, si va a misurare il più consistente vantaggio di chi ha violato il diritto: di là dai contorsionismi interpretativi, questa è giustappunto la logica della pena privata, se si preferisce dei danni punitivi e dei “*disgorgement damages*”. Nondimeno, la necessità/pretesa di assicurare una coerenza sistematica richiede un drastico cambiamento del modo di “pensare” la responsabilità civile. Più nello specifico: prende corpo l'esigenza di riscoprire (e fortificarne) la matrice polifunzionale, da sempre radicata nel suo DNA ma, nell'ultimo mezzo secolo, mortificata dal predominio della compensazione».

<sup>777</sup> La prospettiva punitiva deve essere considerata «una funzione del rimedio, che intende essere “*fair and reasonable*” proprio rispetto ai fattori che hanno segnato la rilevanza giuridica del danno. In altre parole tra fattispecie e rimedio v'è stretta convergenza nel senso che proprio il giudizio di “rilevanza” del danno, derivante dai fattori descritti, richiama la prospettiva di un rimedio adeguato (appunto in termini non solo di riparazione)». Così DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., 1859.

riservato al campo della punizione, e l'art. 23 Cost., afferente al campo della fiscalità – involge profili alti che, tuttavia, poco hanno a che vedere con la responsabilità civile<sup>778</sup>.

In realtà ciò che appare più convincente è che “l'ancoraggio normativo” così evocato possa rinvenirsi nello stesso “armamentario”<sup>779</sup> della responsabilità civile. Ogni misura di carattere afflittivo ha bisogno di appoggiarsi ad una fonte normativa, tuttavia, appare costituire un argine sufficiente in tal senso lo stesso art. 2043 c.c. Non si ritiene, dunque, necessaria una specifica norma di legge, ciò in quanto la valenza sanzionatoria e preventiva<sup>780</sup> è già interna al sistema della responsabilità civile, conchiuso nell'art. 2043 c.c.<sup>781</sup>. Si badi, tuttavia, che ciò non esclude che le norme specificamente previste dalla legge possano in

---

<sup>778</sup> V. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, cit., 2647 – 2648.

<sup>779</sup> Espressione utilizzata dalle Sezioni Unite delle quali si discorre.

<sup>780</sup> A tal riguardo giova rilevare che parte della dottrina ha evidenziato che, a ben guardare, la funzione deterrente e preventiva può realizzarsi anche attraverso altre strade in particolare BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit., 280 osserva che «Se si ritiene opportuno accentuare la funzione preventiva della responsabilità civile, uno degli strumenti consiste nell'introduzione dell'istituto dei danni punitivi, tenendo comunque presente che lo stesso fine può essere realizzato mediante alcune norme del diritto vigente. Una possibilità, ad esempio, viene offerta dalla norma sul nesso di causalità, poiché ampliando la serie delle conseguenze dannose considerate causalmente collegate all'illecito aumenta il danno risarcibile, ed in tal modo la responsabilità civile può svolgere meglio una funzione preventiva. Ma, ancor più, tale funzione viene rafforzata se si segue l'orientamento della giurisprudenza italiana, che – soprattutto in materia di danno alla persona – ha arricchito il catalogo delle lesioni considerate suscettibili di risarcimento, rafforzando l'efficacia deterrente della responsabilità civile. Il soggetto che oggi commette un illecito non deve sopportare soltanto quel risarcimento a cui sarebbe stato condannato al momento della stesura del codice perché deve far fronte anche a voci (o sottovoci) di danno a quel tempo sconosciute. Inoltre, la responsabilità civile può svolgere una funzione preventiva nella misura in cui viene migliorata la posizione del danneggiato sotto il profilo processuale, mediante l'introduzione di presunzioni di colpa o di esistenza del nesso causale. In altri termini, la funzione preventiva e deterrente della responsabilità civile si accresce non soltanto mediante un aumento del danno risarcibile, ma altresì rendendo più semplice la posizione dell'attore e veloce l'iter processuale. In tal senso, occorre tenere presenti anche le direttive europee, che certamente hanno dato impulso nella direzione auspicata. Basti ricordare, ad esempio, quella sul danno da prodotto, che ha facilitato la posizione del danneggiato, introducendo presunzioni di colpa, che hanno agevolato la posizione processuale di chi agisce per il risarcimento».

<sup>781</sup> «Ciò vuol dire che l'ancoraggio normativo non abbia tanto bisogno di “un'intermediazione legislativa”, in ossequio all'art. 23 Cost., quanto del richiamo a criteri e/o linee – guida, presenti nello stesso armamentario della responsabilità civile e che consentano di orientare la misura risarcitoria con valenza punitiva». In questi termini, DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., 1794. Lo stesso Autore era già giunto a queste conclusioni in tempi non sospetti v. ID, *La tutela civile dei diritti*, cit., 66 ss.

concreto fornire all'interprete degli schemi utili per fronteggiare ipotesi di illecito efficiente, come verificato in relazione al danno da illecito *antitrust*.

Può quindi osservarsi che nonostante i “pregiudizi culturali”<sup>782</sup> si rende possibile, in tal guisa, dissuadere e sanzionare illeciti che non cagionino perdite o che ne cagionino in misura esigua a fronte di potenziali introiti conseguibili dal danneggiante, superando le insufficienze degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Opinare diversamente, ovvero disconoscere diritto di cittadinanza ad una tale lettura a compasso allargato dell'art. 2043 c.c., conduce a conseguenze che come è stato acutamente osservato «non sono salutari»<sup>783</sup>, in quanto in grado di dar luogo ad un vero e proprio diniego di tutela con contestuale compromissione di interessi generali e conseguente violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>784</sup>, costituzionalmente garantito agli artt. 24, 103, 113 Cost., nonché in ambito sovranazionale dall'art. 6 CEDU.

---

<sup>782</sup> L'espressione è di CENDON, *La riparazione nella diffamazione a mezzo stampa*, cit., spec., p. 250.

<sup>783</sup> CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 889.

<sup>784</sup> A tal riguardo è stato condivisibilmente affermato che: «Ce n'è a iosa per sostenere che la concreta utilizzazione del principio di integrale riparazione, in qualità di precipitato in linea retta della vocazione compensativa, abbia troppe volte contribuito a neutralizzare l'attitudine della responsabilità civile a fungere da meccanismo di correzione dei comportamenti subottimali rispetto agli *standard* fissati. Siffatta conclamata involuzione disvela l'illusorietà di un disegno che, nel puntare tutto sull'afflato totalizzante della funzione compensativa, aspiri comunque ad attestare il sistema su livelli accettabili di prevenzione. E, in regime di *underdeterrence*, il valore che viene messo a repentaglio è quello dell'effettività della tutela delle situazioni giuridiche attive, con il rischio di allentare le maglie persino per quel che concerne la protezione dei diritti fondamentali. Se si vogliono evitare guai peggiori, occorre dunque darsi da fare per propiziare un recupero in termini di effettività, mediante segnali che forniscano adeguati incentivi ai potenziali danneggianti. E, come è stato lucidamente osservato nei diversi scritti dedicati da un autore alla problematica dei danni punitivi, il riconoscimento di uno spazio vitale per la funzione sanzionatoria/deterrente della responsabilità civile si palesa come coerente viatico per questo obiettivo». PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, cit., 2638 ove si richiama SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., 912 e ID, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, cit., 1120. In particolare, a pagina 1120 sempre SCOGNAMIGLIO in *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, cit. afferma che «volendo ragionare nella prospettiva del dato normativo costituzionale, è, dunque, l'effettività il valore o principio costituzionale che viene in questo caso in considerazione come possibile fondamento sistematico di scelte interpretative che, [...] possono enfatizzare la funzione sanzionatoria della responsabilità civile ovvero

E' auspicabile, quindi, un'apertura della giurisprudenza<sup>785</sup> e prima ancora della dottrina in questo senso, al fine di far fronte alle pregnanti esigenze di tutela che sottendono l'ombrosa tematica dell'illecito efficiente.

---

rappresentare il referente di opzioni normative tali da introdurre senz'altro "prestazioni sanzionatorie" dell'illecito civile, destinate a coordinarsi variamente con la prestazione risarcitoria propriamente intesa».

<sup>785</sup> A tal riguardo è stato osservato che «troppe condanne resteranno inspiegabili, funzionalmente e descrittivamente, fintantochè ci si ostini a negare che entro quest'area dell'afflittività diverso e peculiare sia il valore che assumono voci quali, ad esempio, prevenzione, rimprovero, esternalizzazione dei costi, abuso, licenza di nuocere, quali mercato, equità, *laisser faire*, assicurazione: a negare cioè che esista più di un modo per servire gli interessi della vittima – che le vie della funzione reintegratoria possono essere, se non proprio infinite, comunque abbastanza numerose». Così CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., 892.

## BIBLIOGRAFIA

AFFERRI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. Civ. prev.*, 2004, 870.

AL MUREDEN, *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Sesta, Torino, 2008, 48 ss.

ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 538 ss.

ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005.

ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 1.

ALPA, BESSONE, ZENO-ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Rescigno*, in *Obbligazioni e contratti*, VI, Torino, 1995.

ALPA, *Danno aquiliano*, in *Contr. Impr.*, 1990, 792.

ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma – Bari, 2003.

ALPA, *Illecito e danno antitrust casi e materiali*, Torino, 2016, 30 ss.

ALPA, *La creatività della giurisprudenza*, in *Vita not.*, 1995, 1085.

ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.

ALPA, voce *Interessi diffusi*, in *Dig. Disc. Sez. Civ.*, vol. IX, Torino, 1993, 603.

C.AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi giur. econ.*, 2008, 1, 11 ss.

- ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940.
- ANDRIOLI, *Ne bis in idem*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 185 ss.
- ARMELLI, *Le tutele del convenuto contumace volontario. Disciplina processuale comunitaria e diritto italiano a confronto*, in *Giustizia civile. Com.*
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.
- ASPRELLA, *L'art. 96 co. 3 c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corriere giur.*, 12/ 2016, 1586.
- AULETTA, *La risoluzione del contratto*, Milano, 1942.
- AUTERI, *Il risarcimento del danno da lesione del diritto d'autore*, in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Tomo 1, Milano, 2004, 59 ss.
- BALDASSARRE, *Il danno ambientale: profili di responsabilità e (possibili) tutele*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di Pardolesi, Bari, 2011.
- BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946.
- BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006.
- BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964.
- BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, 172 ss.
- BARCELLONA, *Frutti e profitto d'impresa*, Milano, 1970.
- BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2004, 214 e ss.

BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.

BARKHOLZ, *Insider trading, the contemporaneous trader, and the corporate acquirer: entitlement to profits disgorged by the Sec*, 40 Emory L.J. 537, 1991, 540 ss.

BARUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili* in *Riv. Dir. Ind.*, 2007, I, 186.

BASILICO, *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU* in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n 4 del 2011 consultabile al sito <http://www.rivistaaic.it/il-controllo-del-giudice-amministrativo-sulle-sanzioni-antitrust-e-l-art-6-cedu.html> .

BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Merc., conc., reg.*, 2006, II, 321 ss.

BATÀ – SPIRITO, *Danno alla persona*, in *Danno e Responsabilità*, 2001, 1, 102 ss.

BEAUCHARD, *Le projet de réforme, du code civil français*, in *Europa e Dir. priv.*, 3/2006, 903.

BELFIORE, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 855 ss.

BENATTI *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. impr.*, 2017, n. 4, 1129 ss.

BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento contrattuale*, Milano, 2008.

BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *BBTC*, II, 679 ss.

BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 861 ss.

BENATTI, *Danni punitivi e class action nel diritto nordamericano*, in *An. Giur. Econ.*, 2008, n. 1, p. 231 ss.

BENAZZO, *“Le pene civili” nel diritto privato d’impresa*, Milano, 2005.

BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004.

BERTOLLINI, *Il risarcimento del danno e il trasferimento del prezzo*, in *Il private enforcement antitrust dopo il D.leg. 19 gennaio 2017 n. 3* (a cura di) SASSANI, Pisa, 2017, 233 ss.

BETTI, *Fonti e vicende delle obbligazioni*, in *Teoria generale delle obbligazioni III*, Milano, 1954.

BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949.

BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1979, 310 ss.

BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1993.

BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, 1498 ss.

BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2016.

BIANCA, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della cassazione attesa da tempo*, in *Resp. Civ., e prev.*, fasc. 2, 2014, 493.

BIANCHINI, *Dialogo interdisciplinare intorno alla responsabilità (civile) dell’impresa per violazione delle norme a difesa della concorrenza: dall’acquis sul private enforcement alla*

*direttiva n. 2014/ 104/UE (passando per il caso Cargest), Padova, 2016.*

BICHI, *La liquidazione del danno da contraffazione e le prospettive riconosciute dall'art. 125 del D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30*, in, *Dir. Ind.*, 2005, 403 ss.

BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte Edu sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.* 2014, 3007 ss.

BISINELLI, *Competenza del giudice ordinario in materia di sanzioni inflitte alla Consob*, in *Le società*, 2005, 49 ss.

BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1962, 605 ss.

BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, 530 ss.

BOCCHINI- QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2016.

BONA, *Accordi transattivi INAIL – Assicuratore r.c. auto e concorso di colpa: quali interazioni tra tutela risarcitoria e protezione indennitaria?* in *Resp. Civ. prev.*, 2013, fasc. 5, 1688 ss.

BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985.

BOSCHI, *Il c.d. prezzo del consenso tra risarcimento del danno e restituzione dell'arricchimento*, in *Danno e Resp.*, 2008, 12, 1233 ss.

BRENDA, *L'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. esce indenne dal palazzo della consulta*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) , 2016.

BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985.

BRUZZONE – SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento a margine?*, in *Merc. Conc. reg.*, XIX, n.1 aprile 2017, 13 ss.

BUCHANAN, *Good Economics – Bad Law*, *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3 (Mar., 1974), 483 ss.

BUNSELLI, *Tanto tuonò che...non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il “sistema”*, in *Corr. Giur.*, 2015, n. 10, 1206 ss.

BUSNELLI – ALESSANDRO, *L’enigmatico ultimo comma dell’art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?*, in *Danno e Resp.*, 2012, 585 ss.

BUSNELLI - PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013.

BUSNELLI, *In difesa della sentenza n. 184 del 1986 della Corte Costituzionale sul danno biologico e il danno non patrimoniale*, in *Dir. inf.*, 1987, 443 ss.

BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. Civ. prev.*, 1977, 784 e ss.

CALABRESI “*Costo degli incidenti e responsabilità civile*”, Milano, 1975.

CALABRESI, *Cosa è l’analisi economica del diritto?*, in *Riv. dir. fin.*, 1/2007, 343 ss.

CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, in *70Yale law journal*, 497, 1961 consultabile anche [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers) .

CAMILLI – CAPRILE - PARDOLESI E RENDA, *Il libro bianco sul danno antitrust: l'anno che verrà*, in *Merc. Conc. reg.*, 2008, II, 229 ss.

CANALE, *I consumatori e la tutela antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, 956 ss.

CAPPUCCIO, *Sulla nozione di “consumatore” tra diritto comunitario e nazionale*, in *Nuovo dir.*, 2000, I, 115 ss.

CARBONE, *La compensatio lucri cum danno tra ambito del danno risarcibile e rapporto di causalità*, in *Danno e Responsabilità*, 1996, IV, 430 ss.

CARBONE, *Punitive damages all'italiana*, in *Corriere giur.*, 1992, 416 ss.

CARBONNIER, *Droit civil, 4 - Les Obligations*, Paris, 1990.

CARINGELLA – BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2016.

CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 237 ss.

CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Quotidiano giuridico*, 7 luglio 2017.

CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017.

CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, Napoli, 2004.

CASABURI, *Il risarcimento del danno nel diritto di autore*, in *Giur. merito*, n. 5, 2010, 1206 ss.

CASELLA, *Gestione di affari* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1955.

CASORIA – R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement, e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Foro it.*, I, 2015, 2752 ss.

CASSANI, *Danno da responsabilità degli amministratori: scritture contabili e c.d. deficit fallimentare*, in *Danno e resp.*, 2016, 11, 1077 ss.

CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012.

CASTRONOVO e MAZZANUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

CASTRONOVO *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. Ind.*, 2003, 7ss.

CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2004, 471 ss.

CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, II, 315 ss.

CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1988, 515 ss.

CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, 237 e ss.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 1, 69 ss.

CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e Resp.*, 2004, 1168.

CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 435 ss.

- CATAUDELLA, *La tutela civile nella vita privata*, Milano, 1972.
- CAZZARA, *Il problema dei vantaggi commessi con l'illecito e la cosiddetta compensatio lucri cum damno*, in *studi per Zingali*, III, 411 ss.
- CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1989, 886 ss.
- CENDON, *La responsabilità civile*, Padova, 2016.
- CENDON, *La responsabilità extracontrattuale*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 1994.
- CENDON, *La riparazione nella diffamazione a mezzo stampa*, in AA.VV., *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Milano, 1988.
- CHAPPINS, *La restitution des profits illegittimes*, Helbig, Liechtenstein, Faculté de Droit de Geneve, 1991.
- CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Dir. ind.*, 2016, 321 ss.
- CICCHITTI, *Brevi considerazioni sull'orientamento dottrinale e giurisprudenziale in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Arch. Resp. Civ.*, 1969, 136 ss.
- COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, 1-44, consultabile all'indirizzo: <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf> .
- COLALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Dir. e soc.*, 1998, 11 ss.
- COMANDÈ, *L'ordine anarchico della giurisprudenza e l'anarchia ordinataria del legislatore in tema di danno alla persona*, in *Danno e Responsabilità*, 2013, 12, 1141 ss.

COMOGLIO, *Note a una prima lettura del decreto legislativo numero 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 990 ss.

COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, 195 ss.

CONSOLO, *Class action fuori degli USA?*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 613 ss.

CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente due process of law)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1050 ss.

CONTI, *La Corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive*, in *Corr. Giur.*, 2002, IV, 445 ss.

COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*”, Bologna, 1999.

COPPA - ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, Modena, 1915.

CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust, la direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione modelli a confronto*, Napoli, 2017.

CORDERO ALVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjerias y danos punitivos*, in *Ahlandi*, 2013, 241 ss.

CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969.

CORVI, *Punitive damages*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 4 -5, 859 ss.

COSSU, *La responsabilità solidale, la valutazione del danno*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa – Bessone, Torino, 1987,33.

D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Roma, 2005.

D'ADDA, *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 7-8, 407 ss.

D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2007, 3, 395 e ss.

D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, 2639 ss.

D'ALESSANDRO, *Riconoscimento in Italia dei danni punitivi: la parola alle sezioni unite*, in *Foro It*, 2016, I, 1973 ss.

DAL POZZO, *Trasferimento del sovrapprezzo*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della Concorrenza, Commento al d.lgs n. 3/2017*, a cura di Manzini, Torino, 2017 108 ss.

DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. It. A cura di Sacco, 1980, Padova.

DE ALMEIDA COSTA, *Nocoes de direito civil*, Coimbra, 1991.

DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1963, 249 e ss.

DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*,2016, 6, 1651 ss.

DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.

DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1495 ss.

DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contratto e impr.*, 2017/4, 1142 ss

DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Merc. conc. reg.*, n. 3/2000, 469 ss.

DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 2017, n. 2, 1 ss.

DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 205 ss.

DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli altri Stati membri. Art. 7 – d. lgs. 3/2017*, in Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al decreto legislativo n. 3 del 2017*, Torino, 2017, 62 ss.

DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici a tutela dell'ambiente*, Padova, 1982.

DI MAJO, *Azione di responsabilità – la responsabilità degli amministratori di società fallita: cause e conseguenze*, in *Giur. It.*, 2015, 7, 1640 ss.

DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*, in *Corriere giur.*, 2009, 59 ss.

DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e Dir. Privato*, 2006, 29 ss.

DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 289 ss.

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2004.

DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. It.*, 2017, 1792 ss.

DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010.

DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1856 ss.

DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 341 ss.

DI SABATINO, *Proprietà intellettuale, risarcimento del danno e restituzione del profitto*, consultabile in [https://www.bugnion.it/proprietà\\_industriale\\_intellettuale\\_det.php?m=Contributi&id=307&session\\_menu=Proprietà%20industriale%20e%20intellettuale](https://www.bugnion.it/proprietà_industriale_intellettuale_det.php?m=Contributi&id=307&session_menu=Proprietà%20industriale%20e%20intellettuale) .

DRAGOTTI, *Commento al D.lgs. 16 marzo 2006 n.140, attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2006, II, 28;

EBERT, *Ponale Elemente in Deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, 2004, Tubingen.

EDELMAN, *Exemplary Damages for Breach of Contract*, in *Law Quarterly Rev.*, 2001, 13 ss.

EDELMAN, *Gain – based damages. Contract, tort, equity and Intellectual Property*, Oxford, 2002.

EISENBERG, *Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference Principle in contract law*, 93 *Cal. L. Rev.* 975 (2005).

EISENBERG, *The disgorgment interest in Contract Law*, in *Berkeley Law Scholarship Repository*, 2006, vol. 1, 559 ss. consultabile al sito <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=facpubs> .

FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile con particolare riguardo alle materie delle partiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Conc. Merc.*, 2013, 193 ss.

FABBIO, *Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il "Decreto enforcement"*, in *An. giur. econ.*, 2/2017, 369 ss.

FABRIZIO – SALVATORE, *La compensatio lucri cum damno nell'ambito del risarcimento a seguito di sinistro stradale*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 7, 754.

FACCHINO, *L'azione generale di arricchimento dopo la riforma del codice civile*, in *Riv. Dir. Com.*, 1957, I, 430 e ss.

FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, 1990.

FAVA *Class action all'italiana: "Paese che vai usanza che trovi"*, in *Corr. Giur.*, 2004, 397 ss.

FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corriere Giur.*, 2009, IV, 523 ss.

- FAVA, *Il contratto*, Torino, 2012.
- FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. giur.*, 2007, 497 ss.
- FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.* 1/2018, 276 ss.
- FERRARI, *Note a prima lettura sulle norme processuali contenute nel Codice della Proprietà Industriale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2005, 345 ss.
- FERRI, *Commento a Corte cost. 14 luglio 1986, n.184 su danno non patrimoniale e danno biologico*, in *Dir. inf.*, 1986, 739 ss.
- FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, I, 795 ss.
- FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.
- FERRI, *L'Avant – projet di riforma di riforma dei titoli tre e quattro del Libro Terzo del code civil*, in *Europa e Dir. priv.*, 1/2006, 35.
- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2016.
- FILIPPI, *Nuove disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 2. 151.
- FIORIO, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, IV, *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, a cura di Kalb, Torino 2015, 1194 ss.

FLICK - NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. Soc.*, 5, 2015, 868 ss.

FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. Soc.*, V, 2014, 953 ss.

FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA*, 2015, 3 ss.

FRANCARIO, *Il Risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge 349 del 1986*, consultabile in *Riv. crit. di priv.*, 1987, 479 ss.

FRANCESCHETTI- MARASCA, *Le obbligazioni*, Torino, 2008.

FRANCESCHETTI, *La responsabilità civile*, Torino, 2009, 13.

FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 1999, 83 ss.

FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.* 1/2018, 291

FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374 – 1381*, in *Il codice civile commentato diretto P. Schlesinger*, Milano 1999, 181.

FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja, Branca e Galgano*, Bologna-Roma, 1993, 24 ss.

FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano.

FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno*, in *Resp. Civ.*, 2010, 1, 48 ss.

FRANZONI, *La funzione della responsabilità civile e del risarcimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 2001, 666 ss.

FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà industriale*, in *Dir. Ind.*, 2006, III, 205 ss.

FRASSI, *I danni patrimoniali. Dal lucro cessante al danno emergente*, in *AIDA*, 2000, 93 ss.

FRATINI, *Il sistema del diritto civile. La responsabilità extracontrattuale*, Bari, 2017.

FREZZA e PARISI, “*Responsabilità civile e analisi economica*”, Milano, 2006.

FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, I, 1952, 164 ss.

GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. Impr.*, 1987, 531 ss.

GALGANO, *Civile e penale nella produzione della giustizia*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1983, 53.

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009.

GALLI – GAMBINO, *Codice commentato della Proprietà Industriale e Intellettuale*, Torino, 2011, 17 ss.

GALLIZIOLI, *Note critiche in tema di compensatio lucri cum damno*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 346 ss.

GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco*, Torino, 1996.

GALLO, *Gestione d'affari altrui (voce)*, in *Dig. Discipl. Priv.*, Torino, 1992.

GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, in *Tratt. Dir. Comp.* diretto da R. Sacco, Torino, 1997.

GALLO, *Norme penali, norme eccezionali nell'art. 14 della "disposizioni sulla legge in generale"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 1.

GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

GAMBARO *Appunti sullo stile della sentenza n. 184/86*, in *Resp. Civ. prev.*, 1986, 589 ss.

GARGANI, *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria (art. 2 l. 28.4. 2014 n. 67)*, in *Legislazione penale*, 2015, 7;

GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2017.

GAROZZO, *Le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria in Dizionario sistematico della concorrenza*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Napoli, 2013, 170 ss.

GAVAZZI, *Sanzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992, XXVIII, 1 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 710 e ss.

GERACI, *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*, in *Dir. ind.*, 2015, 541 ss.

GHIRGA, *Sulla ragionevolezza dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 501 ss.

GIAMPIETRO, *Il danno all'ambiente davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro It.*, 1988, I, 694 ss.

GIAMPIETRO, *La nozione di ambiente e di illecito ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 5, 2006, 464 ss.

GIAMPIETRO, *Responsabilità per danno dell'ambiente*, Milano, 2006.

GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

GIANNINI, *L'analogia giuridica*, II, in *Jus*, 1942, 67 ss.

GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. Amm.*, 2014, 1057 ss.

GIORDANO, *Il litigante temerario paga «in ogni caso»*. *Riflessioni sull'art. 96, comma 3, c.p.c., tra «abuso del processo» e «danni punitivi»*, in *Giur. it.*, 2012, 10 ss.

GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale* in *Magistra* 2/2014, 164 ss.

GITTI, *il “possesso dei beni immateriali” e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, 152 ss.

GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, 251 ss.

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, 526 ss.

GIUSSANI, *Studi sulle class action*, Padova, 1996.

GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, 604 ss.

GOFF – JONES, *The law of restitution*, Londra, 1966, 144 e ss.

GREMBI, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 453 ss.

GRISI, *La liquidazione equitativa del danno*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2029 e ss.

GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1997.

GUARNIERI, *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, 156 ss.

GUERINONI, *Sulla nozione di consumatore Commento a Corte di giustizia CE 22 novembre 2001*(cause riunite C – 541/99 e C – 542/99), in *I Contratti.*, 2002, 519 ss.

GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, in *AIDA*, 2000, 174.

GUIZZI, *La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corriere. giur.*, 11/2014, 1323 ss.

GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva. Un esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140 bis, d.lgs 206/2005*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 797.

GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro It.*, 2004, I, 479 ss.

HUGUENEY, *Le sort de la peine privèe en France dans la première moitié du XX siècle*, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle*, II, Paris, 1950, 356 ss.

IMPINNA, *Nota a Corte Costituzionale*, 15 aprile 2014, n. 94 in *Giur. comm.*, 2015, n. 1, part. II, 11 ss.

INZITARI, *Abuso da intesa anti concorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Contr. impr.* 2005, 914 ss.

J.B. SALES - K.B. COLE JR. *Punitive damages: a relic that has outlived its origins*, 37 *Vand L. Rev.* 1117, 1984.

JAFFEY, *The nature and scope of restitution*, Oxford - Portland, 2000.

JANNITI – PIROMALLO, *La legge sulla stampa*, Roma, 1957.

JHERING, *Das Schuld Moment in römischen Privatrecht*, Giessen, 1867.

KELSEN, *Società e natura*, Torino, 1953.

KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Cont. e impr.*, Europa, 1998, 664 ss.

KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989.

KULL *Restitution's Outlaws*, in *Chicago – Kent Law Review*, 2003, vol. 78, 17 consultabile al sito <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.it/&httpsredir=1&article=3386&context=cklawreview>.

LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *riv. dir. civ.*, 1/2018, 317 ss.

LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, n. 2, 262 ss.

LAWSON, *Remedies of English Law*, London, 1980.

LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989.

LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno antitrust. Alcune osservazioni preliminari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 267 ss.

LICARI, *La compatibilità de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe – l'oeil de la*

*Cour de cassation?*, in *Recueil Dalloz* n. 6/2011, 10 febbraio 2011, 423 ss.

LO SURDO *Arricchimento e lesione del potere di disposizione in merito ad una recente indagine*, in *Danno e resp.*, 2000, 700 ss.

LOCATELLI, *Danno no fault da vaccinazioni obbligatorie e facoltative e diritto all'indennizzo*, in *Resp. Civ. prev.*, 2012, fasc. 6, 1893.

LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005.

LUDOVICO, *La persona del lavoratore tra risarcimento del danno e tutela del bisogno: la questione del danno differenziale*, in *Dir.rel.ind.*, fasc. 4, 2013, 1049 ss.

MANCINI–MUSCOLO, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs 3/2017*, Pisa, 2017.

MANNA, *La responsabilità delle persone giuridiche: il problema delle sanzioni*, *ibidem*, 1999, 913 ss.

MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

MARINUCCI–DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.

MATERIALE, *La risarcibilità del danno ambientale tra disciplina attuale e prospettive di tutela*, consultabile in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 22 settembre 2017.

MATRANGA, *Illecito antitrust e nesso di causalità: l'allocatione del danno da maggiorazione del prezzo applicato da un'impresa estranea all'intesa vietata. "Umbrella Effects" nel caso "Kone"*, in *Dir. civ. cont.*, 11 marzo 2015.

MATTEI, *Il diritto soggettivo*, t.2, Tratt. Sacco, Torino, 2001, 107 ss.

MAZZARESE, *Clausola penale: art. 1382 – 1384*, in *Codice Civile. Commentario*, Milano, 1999.

MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990.

MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, in *Giur. It.*, 2016, 570 ss.

MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a non domino*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1949, I, 291 ss.

MENZETTI, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici e meriti come rimedi di liquidazione*, in *Giur. it.*, 2006, 1884 ss.

MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970.

MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'Agcm alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d. lgs. 3/2017*, in *Juscivile 2017/4*, 360 ss.

MODUGNO, Voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 506 ss.

MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989.

MONATERI, GIANTI, SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013.

MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, 2648 ss.

MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, 1 t., in *Tratt. priv. Bessone*, Torino, 2005.

MONATERI, *La Costituzione ed il diritto privato. Il caso dell'art. 32 e del danno biologico*, in *Foro it.*, 1986, I, 2976 ss.

MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 8 – 9, 827 ss.

MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998.

MONATERI, *Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie*, in *Riv. Dir. civ.*, 1994, II, 718 ss.

MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, in *Quaderni Romani Diritto Privato*, a cura di C. Angelici A. Di Majo, G.B. Ferri, A. Masi, Padova, 2000, 248 ss.

MOSCATI, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 779 ss.

MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 235 ss.

MOSER, *Danno evento e danno conseguenza nella struttura dell'illecito contrattuale. Si soffermi, in particolare, il candidato sul danno da morte immediata e sul c.d. arricchimento mediante fatto ingiusto*, in *Magistra* 3/2015, 60 ss.

MUSCOLO, *Le novità nei rapporti tra Public e il Private Enforcement alla luce della direttiva 2014/104 UE* disponibile all'indirizzo: <http://www.antitrustitalia.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/08/Antitrustitalia-Intervento-Gabriella-Muscolo.pdf> .

NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e “ordine pubblico europeo”*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 659 ss.

NASH, *The Bargaining Problem*, in *Econometrica*, vol. 18, n. 2, 1950, 155 ss. consultabile all'indirizzo <http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/nashbarg.pdf>

NAVARETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 625 ss.

NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arret*, in *Corriere giur.* n. 3 /2005, 342 ss.

NICOLÒ, *Riflessioni sul tema d'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina di diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 93 ss.

NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, III, 784 ss.

NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998.

NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle sanzioni a tutela della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2000, 440 ss.

OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, 9, 983 ss.

ONIDA, *Armonia tra diversi e "problemi aperti". La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.* 3/ 2002, 549 ss.

OSTI, *Un approccio programmatico all'attuazione giudiziale delle regole di concorrenza nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 295 ss.

P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* in *Corr. giur.*, 2012, 1068 ss.

P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto lecito: dalle sortite giurisprudenziali ai tormentati slanci del legislatore*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2006, n. 3, 523 ss.

P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e resp.*, 2007, 1125 ss.

P. PARDOLESI, *Danni punitivi*, in *Dig. Disc.priv., sez. civ.*, Torino, 2007, 453 ss.

P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 350 ss.

P. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. Ind.*, 2005, 38 ss.

P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005.

P. PARDOLESI, *Rischio radioattivo e danni punitivi nell'esperienza statunitense: il difficile rapporto tra disciplina federale dell'attività nucleare e diritto statale della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1985, IV, 142.

P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?* in *Riv. dir.civ.*, 2003, I, 713 ss.

P. PARDOLESI, *Voce Disgorgement*, *Enciclopedia Giuridica Italiana – Treccani* (sezione Aggiornamenti), vol. XIV, Roma, 2006, 1 ss.

P. PARDOLESI, *Seminari di Diritto Privato Comparato*, Bari, 2011.

P. PARDOLESI, *Un'innovazione in cerca d'identità: il nuovo art. 125 C.P.I.*, in *Corr. giur.* 2006, 1605 ss.

P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali, disgorgement e punitive damages*, Bari, 2012.

R. PARDOLESI, *Danno antitrust e (svuotamento dell') onere probatorio a carico del consumatore*, in *Foro it.*, 2014, 1729.

R. PARDOLESI, GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e "liaisons dangereuses"*, in *Foro it.*, V, 2003, 194.

PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi delitti*, Padova, 1940.

PACCHIONI, *I quasi contratti. Lezioni di diritto civile*, Padova, 1935.

PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F. D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), in *Le pene private*, Milano, 1985, 59 ss.

PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: La cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corriere giur.* n. 3/2005, 337 ss.

PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 4, 2014, 1693 ss.

PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1021 ss.

PALMER, *The law of restitution*, Boston-Toronto, 1978.

PALMIERI – R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *Foro it.*, 2015, I, 2682

PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, 2630;

PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 2003, I, 332 ss.

PALMIERI, *L'altra faccia della decriminalizzazione: prime impressioni sugli illeciti aquiliani sottoposti a sanzioni pecuniarie civili*, in *Foro it.*, 2016, V, 125.

PALMIERI, R. PARDOLESI E SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*, in *Foro it.*, 2005, I, 1014 ss.

PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 1986, IV, 134.

PARISI, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005/2, 384 ss.

PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2013, 3, 252 ss.

PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. Civ.*, 2009, 165 ss.

PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., XII*, Torino, 2004, 351 ss.

PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, 2, 422 ss.

PERNA, *Il sindacato del Giudice amministrativo italiano sulle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza nel nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement*, testo dell'intervento al VI Convegno Antitrust di Trento, pubblicato il 13 giugno 2107 sul sito [www.sipotra.it](http://www.sipotra.it) e consultabile all'indirizzo <https://www.giustizia->

amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Studiecontributi/Indicealfabetico/index.html?option\_value=Perna,%20Rosa .

PETRELLI, *Verso i danni punitivi?*, in *Contr. impr.*, 2017, v. 33, n. 4, 1187.

PEZZOLI – SEPE, “Public” e “private enforcement” c’è danno e danno..., in *Anal. giur. econ.*, 2/2017, 355 ss.

PIERRO, *Danno Ambientale e legittimazione ad agire*, consultabile su: <http://www.salvisjuribus.it/danno-ambientale-e-legittimazione-ad-agire/> .

PINORI, *Il principio integrale della riparazione dei danni*, in *Contratto e impresa*, 1998, 1148 ss.

PISANELLI, *L’istituto della revisione prezzi non è il parametro di riferimento*, in *Guida dir.* 2008, 40, 32.

PLADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l’attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreintes*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 853 ss.

PLADINI, *Responsabilità civile nella famiglia, verso i danni punitivi?*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2007, 2005 ss.

PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro It.*, 2003, I, 340 ss.

PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

PLANCK’S, *Kommentar zum B.G.B., II, Recht der Schuldverhältnisse, Bes. Teil.*, VI ed., Berlino e Lipsia, 1928.

PONZANELLI, *Corte costituzionale e rilievi di un privatista* in *Foro It.*, 1988, I, 1057

PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1460 e ss.

PONZANELLI, *Gli ostacoli alla integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contratto e impresa*, 2015, 3, 620.

PONZANELLI, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte suprema americana*, in *Foro it.*, 2008, IV, 179 ss.

PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, 27 ss.

PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435.

PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texano e il diritto italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, 405.

PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disaster*, in Busnelli Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 389.

PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2006, II, 293.

PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, in *Foro it.*, 1996, IV, 421 ss.

PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356 ss.

PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e Resp.*, 2012, 609 e ss.

PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2, 2053.

PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2018, 300 ss.

PONZANELLI, *La responsabilità civile*, Bologna 1992.

PONZANELLI, *Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *(la) Nuova giur. civ. comm.*, 2017 n. 10, II, 1413 ss.

PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, in *Quotidiano giuridico*, 12 luglio 2017.

PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la corte suprema USA salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994, IV, 92 ss.

PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impr.*, 2015, 1204 ss.

PONZANELLI, *Punitive damages e due process clause: L'intervento della Corte Suprema USA*, in *Foro it.*, 1991, IV, 235.

PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 450 ss.

PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990.

POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1992.

PRATI, *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del "codice dell'ambiente"*, in *Danno e resp.*, 2006, 1049 ss.

PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 *J. Legal Stud.*, 1977, 65 -82.

PROSPERETTI, PANI, TIMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009.

QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja Branca, 1974.

QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2012.

QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.

RENOLDI, *Il risarcimento dei danni nella forma dei profitti persi: teoria e prassi*, in *Dir. Ind.* 2006, 306 ss.

RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. Dir. civ.*, 1966, I, 1 ss.

RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1973.

RICCIARDI, *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages* in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*

RICCIARDI, *L'art. 125 c.p.i. e l'ammissibilità dei danni punitivi*, in *Riv. dir. comm.* 2016, n. 4, parte I, 715.

RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 927.

RINALDI, *Gli obblighi di protezione e la responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Magistra* n. 2/2014, 19 ss.

RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 39 ss.

RIPERT et TESSEIRE, *Essay d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit français*, in *Rev. trim. de dr. civ.*, t. III, 1904, 755 ss.

RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, 348.

ROBERTS, *Restitutionary disgorgement for opportunistic breach of contract and mitigation of damages in Loyola of Los Angeles Law Review*, 9-1-2008, 131 consultabile all'indirizzo <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2649&context=llr> .

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ, *Il tempo della clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, II, 718 ss.

ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 C.P.I.*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2013, 1, 25 ss.

ROMANO e COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno e resp*, 1997, 298 ss.

ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale in Quadrimestre*, 1989, 410 ss.

ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, 175.

ROMANO, *Danni punitivi: controllo giudiziale di un rimedio «a rischio»*, in *Foro it.*, 1995, IV, 205 ss.

ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. Dir. priv.*, 2001, 769 ss.

ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2016.

ROSENBERG, *Mandatory – litigation class action: the only option for mass tort cases*, in *Harvard Law Review*, 2002, 115, 831 ss.

ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 1 ss.

RUBIN, *Why is Common Law Efficient?*, in *The Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1, 1977, 51-63 consultabile all'indirizzo <http://lawlib.huji.ac.il/ex/Rubin.pdf>.

RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n 170 del 1984 in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno dalla teoria della separazione alla prassi dell'integrazione intersistemica?* in *Giur. cost.* 1991, 1583 ss.

SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992.

SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.

SALCIARINI, *Esequie all'articolo 2041 del codice civile*, in *Giur. It.*, 1956, I, c. 689 ss.

SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2005.

SALVI, *Modelli e Funzioni*, Napoli, 1985.

SANTAGADA, *I sistemi di risoluzione consensuale della controversia*, in *Il private enforcement antitrust dopo il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, (a cura di) SASSANI, Pisa, 2017, 283 ss.

SANTINI, *Le teorie sull'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 442 ss.

SANTISE – ZUNICA, *Le coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, 2017, 26 ss.

SANTISE, *Aliunde perceptum e compensatio lucri cum damno*, consultabile all'indirizzo <http://www.iurisprudencia.it>.

SANTISE, *La crisi di identità della responsabilità civile* consultabile all'indirizzo <http://www.iurisprudencia.it/sentenze/La-crisi-di-identita-della-responsabilita-civile-171.aspx>.

SANTISE, *Le coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2017.

SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, II, Paris, 1951.

SCALFI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.* XL, Milano, 1989.

SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Justitia*, 1960, 347 e ss.

SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in *comparazione e diritto civile*, rinvenibile in [http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/schirripa\\_danni.pdf](http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/schirripa_danni.pdf).

SCHLESINGER, *Arricchimento (azione di), diritto civile*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, 1006 ss.

SCOCCINI, *La prescrizione del risarcimento del danno antitrust*, in *Giur. it.*, 2015, 2606 ss.

SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2016, 7, 918 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione economica del ritratto*, in *Dir. inf.*, 1988, 32 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 171 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. Civ.*, 2016, 1120 ss.

SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.* 2018/1, 315 ss.

SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. V. Baker*, in *Int'l Lis*, 2008, 166 ss.

SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Giur.it.*, 2005, 1675 ss.

SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 2017, I, 2644 ss.

SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, diretto da G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, 306 ss.

SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2008.

SIRENA, *Il riconoscimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 531 ss.

SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999.

SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 65 ss.

SOSNOWSKI, *Origini della lingua dell'economia in Italia*, Milano, 2006.

SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giur. It.*, 2015, 6, 1413 ss.

SPOLIDORO – F.F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, in *Anal.giur.ec.*, 2, 2017, 411 ss.

SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2009, I, 155 ss.

STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947.

SUPPA, *Disastro del Vajont: inapplicabilità della compensatio lucri cum damno e via libera alla risarcibilità dei danni morali all'ente esponenziale*, in *Giur. It.*, 1999, I, 2770 ss.

TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.

TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *Studium iuris*, 2017, 317 ss.

THEL - SIEGELMAN *You do have to keep your promises: a disgorgement theory of contract remedies*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.*, 2011, 1181 ss.

TODINO, *Il danno risarcibile*, in *AIDA*, 2015, 15 ss.

TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione del diritto antitrust*, Milano, 1996.

TOLANI, *U.S. Punitive Damages before Germany Courts: A Comparative Analysis with Respect of the Ordre Public*, in *Annual Survey of International and Comparative Law*, 17, 2011, 195 ss.

TRABUCCHI, *Arricchimento (azione di)*, *Diritto civile*, in *Enc. del Dir.*, III, Milano 1959, 70 ss.

TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. Pub.*, 2004, 2, 439 ss.

TRICARICO, *La vexata quaestio del riparto di giurisdizione in ordine al potere sanzionatorio della Consob*, in *Dir. della banca e del mercato fin.*, 2013. n. 1, I, 91 ss.

TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.

TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994.

TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.

TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954.

TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Milano, 2017.

TROIANO, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, IX- 2000, pag. 207 ss.

TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970.

TUHR, *Partie générale du code federal des obligations*, Losanna, 1929.

UNGARETTI DELL'IMMAGINE, *La responsabilità solidale nel risarcimento del danno antitrust tra regole generali e deroghe*, in *Il private enforcement antitrust dopo il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, (a cura di) SASSANI, Pisa, 2017, 107 ss.

URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi Txo production corporation v. Alliance resources corporation e Ab v. South west water services ltd*, in *Riv. dir. civ.* 1995, I, 81 ss.

VANZETTI, *Codice della Proprietà Industriale*, Milano, 2013.

VANZETTI, *Diritti reali e “proprietà” industriale (...e mediazione obbligatoria)*, *Riv. Dir. Ind.*, 2010, I, 173 ss.

VANZETTI, *La “restituzione degli utili” di cui all’art. 125, n. 3 C.P.I. nel diritto dei marchi*, in, *Dir. Ind.* 2006, 323 ss.

VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. Soc.*, IV, 2014, 693.

VENZEZIANO, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, consultabile all’indirizzo <https://www.diritto.it/archivio/1/20825.pdf>

VIAZZI, *L’ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *riv. dir. civ.* 2018/1, 328 ss.

VIDETTA, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999, n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. Tar.*, 2003, 1185 ss.

VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016, consultabile all’indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5063-la-grande-camera-della-corte-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-doppio-binario-sanzionatorio> .

VILLA, *L’attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2017, 441 ss.

VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. Amm.*, 2002, 792 ss.

VINCRE, *La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. Dir. proc.*, 2015, 1153 ss.

VINEY, *Rapport de synthèse*, in *Resp. Civ. et assurances. La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle: bilan prospectif*, 2001, 85 ss.

VISCONTI, *La Corte costituzionale e l'art. 96, 3° comma, c.p.c.*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1645 ss.

VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2014, 11 e ss.

VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1976, 690 ss.

VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'Enc. Giur. Treccani, XXIV, Roma 1990.

VON BAR, *The Common European Law of Torts, II*, Oxford – New York, 2000.

VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2013, consultabile all'indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2226-i-confini-applicativi-del-principio-del-ne-bis-in-idem-interno-in-materia-penale-un-recente-contrib> .

ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: aliquid novi?*, in *Dir. civ. cont.*, 18 novembre 2016.

ZANNINO, *I diritti fondamentali quali misura di legittimità delle norme antitrust europee*, in *Contr. e impr.*, 2016, I, 159 ss.

ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur. It.*, 1985, IV, 12 ss.

ZENCOVICH, *La responsabilità civile in AA.VV., Diritto privato comparato*, Bari, 1999.

ZIRULIA, *La tutela del giudice amministrativo avverso le sanzioni “penali” dell’Agcm è conforme ai principi dell’equo processo sanciti dalla Convenzione Edu in Diritto penale contemporaneo* 28/11/2011 consultabile al sito <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1055-la-tutela-del-giudice-amministrativo-avverso-le-sanzioni-penali-dell-agcm-e-conforme-ai-principi-de>.

ZIVIZ, *Lesione del diritto all’immagine e risarcimento del danno*, in *Resp. Civ. prev.*, 2000, 715 ss. VERCELLONE, *Diritti della personalità e “rights of publicity”*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1995, 1171 ss.

ZUMPARO, *Sospensione facoltativa del processo civile per pendente impugnazione di un atto amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2002, 1, 217 ss.

ZUNICA, *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in *Fides, Humanitas, Ius, Studi in onore di Luigi Labruna VIII* (Napoli 2007), 6145 ss.

ZWEIGERT – KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, trad. it. A cura di di Majo e Gambaro, Milano, v. I, 1995.

## **GIURISPRUDENZA**

Cass. civ. sez. III, 12 luglio 2000, n. 9228.

Cass. civ. sez. III, ord. n. 15536.

Corte cost. n. 126 del 2016.

Cass., sez. un., 2008, n. 26972.

Cass., sez. un., 22 dicembre 1925, n. 3475.

Cass. 6 febbraio 1946, n. 106.

Cass., 7 agosto 1950, n. 2423.

Cass., 28 marzo 1960, n. 646.

App. Bologna 8 luglio 1960.

Cass. 10 maggio 1963, n. 1153.

Cass. 29 gennaio 1965, n. 2300.

Corte di giustizia 30 gennaio 1974 C-127/ 73.

Cass. 15 giugno 1974, n. 1754.

Corte cost., 23 luglio 1974, n. 274.

Corte eur. dir. uomo 8 aprile 1976 n. 5100/71.

App. Milano, 30 marzo 1979.

Cass. sez. un. 6 ottobre 1979 n. 5172.

Trib. Bologna, 4 gennaio 1980.

Trib. Milano, 9 luglio 1981.

Corte cost. del 18 luglio 1983 n. 214.

Cass., 24 ottobre 1983, n. 6251.

Cass., 17 ottobre 1985, n. 5122.

Cass. sez. un. 14 maggio 1987, n. 4441.  
Cass., 22 dicembre 1987, n. 9528.  
Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641.  
Cass., 15 dicembre 1989, n. 5645.  
Cass., 30 gennaio 1990, n. 632.  
Cass. 22 giugno 1990, n. 6278.  
Corte di giustizia 28 febbraio 1991, C- 234/89.  
Corte cost. 24 febbraio 1992 n.67.  
App. Bologna 22 aprile 1993.  
Trib. Roma 9 giugno 1993.  
App. Milano, 15 febbraio 1994.  
Cass., sez. III, n. 4642 del 27 aprile,1995.  
G.d.p. de L'Aquila, 3 novembre 1997.  
Cass. civ., 15 aprile 1998 n. 3807.  
Cass. civ., sez. I, 4 marzo 1999, n. 1811.  
Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.  
Trib. Milano, 31 maggio 1999.  
Cass. civ. sez. III, n. 12103 del 13 settembre 2000.  
Cass. 7 novembre 2000, n. 14485.  
Cass. civ. Sez. III, 14 giugno, 2001, n. 8062.  
G.d.p. di Sanremo, 5 luglio 2001.  
Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 9383.  
Cass., 27 luglio 2001, n. 10291.  
Corte di giustizia 20 settembre 2001, C – 453/99.  
Corte di giustizia 22 novembre 2001 C – 541/99 e C – 542/99.  
App. Milano 22 gennaio 2002.  
App. Milano 26 marzo 2002.  
Cass., 26 giugno 2002, n. 9295.

Corte cost. 22 novembre 2002, n. 469.  
Cass. civ., sez. I, 9 dicembre 2002 n. 17475.  
Trib. Roma, 8 gennaio 2003.  
Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13703.  
Cass. civ., 26 novembre 2004, n. 22332.  
Cass., sez. un., 24 gennaio 2005, n. 1362.  
Cass., sez. un., 4 febbraio 2005 n. 2207.  
App. Roma 18 aprile 2005.  
Cass. 10 giugno 2005, n. 12299.  
Cass. sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128.  
Cass. civ. sez. lav. del 23 febbraio 2006 n. 4040.  
Corte di giustizia 13 luglio 2006 n. 295, C- 295 – 04 a C – 298/04.  
Cass. civ. sez. I, del 28 dicembre 2006 n. 27592.  
Cass. sez. un., 19 gennaio 2007 n. 1183.  
Trib. Modena, 29 gennaio 2007.  
Trib. Messina, 5 aprile 2007.  
Cass. 25-5-2007 n. 12280.  
Cass. sez. III, 25 maggio 2007 n. 12253.  
Cass., sez. I, 29 novembre 2007, n. 24949.  
Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584.  
Cass. civ. sez. III 16 maggio 2008, n. 12433.  
Cass. sez. un. 29 maggio 2008, n. 14201.  
Cass., sez. I, 18 giugno 2008, n. 16596.  
App. Trento Bolzano, 16 agosto 2008.  
Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385.  
Cass. sez. un. 8 ottobre, 2008 n. 24722.  
Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2008 n. 29191.  
Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2009, n. 11071.

Trib. Milano, 23 settembre 2009.

Cass. civ. sez. V, 3 marzo 2010 n. 5050.

Cass. sez. III , 11 maggio 2010, n. 11353.

Cass. civ. sez. V, 11 aprile 2011, n. 8135.

Cass., Sez. III, 15 aprile 2011, n. 8730.

Cass. 7-6-2011, n. 12304.

Cass. 20 giugno 2011, n. 13486.

Corte eur. dir. uomo, sent. 27 settembre 2011, n. 43509.

Cass., sez., I, 8 febbraio, 2012, n. 1781.

Cass. 9 maggio 2012, n. 7040.

Corte cost. 20 giugno 2012 n. 162.

Corte di giustizia 4 ottobre 2012, C – 249/11.

Corte di giustizia 6 novembre 2012, C- 199/11.

Cass. civ. sez. lav. del 21 gennaio 2013 n. 1302.

Corte di giustizia 26 febbraio 2013 C - 617/2010.

Cass. 22 maggio 2013, n. 12551.

Cass. civ. sez. III. del 22 agosto 2013 n. 19405.

App. Venezia, 3 gennaio 2014.

Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

Cass. civ., sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

Corte cost. 15 aprile 2014 n. 94.

Cass., 28 maggio 2014, n. 11904.

Cass. sez. un. 17 luglio 2014, n. 16379.

Cass. 6 ottobre 2014, n. 21026.

Cass., 15 aprile 2015 n. 7613.

Cass. 15 aprile 2015, n. 7609.

Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100.

Cass. 26 maggio 2015, n. 10828.

Cass. 4 giugno 2015, n. 11564.  
Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350.  
Cass. Civ., sez. I, 16 maggio 2016 n. 997.  
Cass. Civ., sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978.  
Cass. civ., I sez, 12 luglio 2016, n. 14188.  
Corte eur. dir. uomo 15 novembre 2016, n. 24130/11.  
Corte eur. dir. uomo 15 novembre 2016, n. 29758/11.  
Cass. civ. sez. V, 7 giugno 2017, n. 14137.  
Cass., sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601.  
Cass. sez. I, 14 gennaio del 1982 n. 228.  
Cass sez. I, 24 aprile del 1962 n. 818.  
Corte cost. 8 giugno del 1984 n. 170.  
Cass. sez. I, 5 dicembre del 1969, n. 3881.  
*Cour de cassation*, 1 ch. civ., 1 dicembre 2010, n. 0913303.  
*Tribunal de Commerce de Bruxelles*, 24 novembre 2014, A/08/06816.  
Corte suprema Slovenia, ord. 29 maggio 2013.  
Corte Suprema del 1971 (*Flugreiseentscheidung*): BGHZ 55,128.  
*Cour d'appel de Poitiers* 4 marzo 2011 (n. 09/02077).  
Corte cost. federale tedesca, 24 gennaio 2007 n. 1046.  
*Sala de lo Civil*, 13 novembre 2001, causa 20139/ 1999.  
Suprema Corte degli Stati uniti il 20 febbraio 2007.  
Suprema Corte degli Stati uniti 25 giugno 2008.  
US *Supreme Court*, *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 US 837 (1984).  
*Wilkes v. Wood* 98, E.R. 489, 1763.  
*Huckle v. Money* 95, P.E.R. 768, 1763.  
*Tullidge v. Wade*, 95 E.R. 909 (K.B. 1769).  
*Rookes v. Barnard*, AC 1129, (HL) 1227, 1964.

*Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2 WLE 1789, 2001.

*Attorney General v. Blake*, 4, All E.R. 385, 2000.

*Thompson v. Commissioner of Pooice of Metropolis*, Q.B. 498, 1998.

*Genay v. Norris* 1 S.C. 3 1 Bay, 1784.

*Coryell v. Collbough* 1 N. J L 77, 1791.

*J.J. Case Co. v. Borak*, 377 U.S., 426, 1963.