



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO
DIRITTI DELLA PERSONA E COMPARAZIONE

DOTTORATO DI RICERCA
Comparazione e diritti della persona
X ciclo nuova serie

TESI DI DOTTORATO

PENE PRIVATE

Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone

Tutor
Ch.mo Prof. Giovanni Sciancalepore

Dottoranda
Federica De Luca

Anno accademico 2010 - 2011

INDICE

CAPITOLO I

IL MODELLO ANGLOSASSONE: RICOSTRUZIONE STORICA DELL'EVOLUZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES

1. Le motivazioni logico giuridiche determinanti la configurazione dei <i>punitive damages</i> nel modello inglese	p. 1
2. L'emersione dei <i>punitive damages</i> in Inghilterra.....	p. 3
3. Studiosi e interpreti dibattono sull'ammissibilità dei <i>punitive damages</i> : prospettive di una loro rilettura critica-costruttiva.....	p.7
4. Funzione di deterrenza dei <i>punitive damages</i> : la dottrina propende per la loro conservazione nel panorama giuridico inglese.....	p. 10
5. Le limitazioni all'espansione dei <i>punitive damages</i> : la tipizzazione delle ipotesi in cui possono essere riconosciuti. Il <i>leading case</i> <i>Rookes v. Barnard</i>	p. 12
5.1. l'illecita condotta di un ufficiale governativo.....	p.14
5.2. L'intenzione di commettere l'illecito.....	p. 19
5.3. Le espresse previsioni degli <i>statute law</i>	p.22
6. <i>If but only if</i> : ulteriore strumento processuale di limitazione dei <i>punitive damages</i>	p. 24
7. Gli <i>exemplary damages</i> nel sistema inglese: profili di attualità.....	p. 26
8. I nuovi dati socio- economici determinano l'esigenza di introdurre nuove ipotesi di <i>punitive damages</i> ?.....	p. 30
9. Brevi cenni di comparazione: il recepimento della teoria di Lord Devlin in alcuni sistemi del Commonwealth.....	p. 33
9.1. Il modello australiano.....	p. 34
9.2. Il modello neozelandese.....	p. 35
9.3. Il modello canadese.....	p. 38

CAPITOLO II

IL SISTEMA STATUNITENSE: VERA PATRIA DI ORIGINE DEI PUNITIVE DAMAGES?

1. Il caso americano: vero padre fondatore dei *punitive damages*. Sintetica indagine diacronica.....p. 40
2. Il sistema americano sembra limitare l'espansione degli *exemplary damages*.....p. 44
3. La *law in action* individua strumenti di limitazione all'applicazione dei *punitive damages*.....p. 47
4. L'analisi economica dei *punitive damages*. La teoria dell'internalizzazione dei costi nel sistema americano. Nuovo strumento di quantificazione del danno e di limitazione incondizionata dei *punitive damages*?.....p. 51
- 4.1. Applicazione pratica della teoria dell'internalizzazione dei costi: il *leading case* BmW e Pacific Mutual Life Insurance co v. Haslip.....p. 55
5. La tesi dell'internalizzazione dei costi necessita di un'integrazione? I correttivi alla teoria di Polinsky e Shavell individuati dalla moderna dottrina.....p. 57
6. Applicazioni pratiche e problematiche metodologiche.....p. 59
7. La lettura costituzionalmente orientata dei *punitive damages*.....p. 63

CAPITOLO III

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES NEL SISTEMA INGLESE E STATUNITENSE. CONFRONTO FRA MODELLI

1. Le ipotesi di *punitive damages* nel sistema anglo americano non si limitano ai casi di responsabilità prettamente extracontrattuale.....p. 66
2. La tutela dei diritti della personalità soddisfa la *cause of action test*.....p. 69
- 2.1. *Defamation*.....p. 69
- 2.2. *Trespass to the person, trespass to land, trespass to chattels*.....p. 72
- 2.3. *Malice persecution*.....p.74
3. Il *breach of contract to marry*: è realmente possibile intravedere un campo di applicazione per i *punitive damages*. Confronto dialettico tra il modello americano e italiano.....p. 75
4. L'inadempimento dei *public contracts*.....p. 77
5. I danni punitivi nell'ipotesi di illeciti amministrativi.....p. 79

6. La responsabilità del produttore: la tipica ipotesi di <i>punitive damages</i>	p. 81
---	-------

CAPITOLO IV

DANNI PUNITIVI “MASCHERATI” NEL SISTEMA ITALIANO. PRINCIPI COSTITUZIONALI E DIFFICOLTA’ DI RECEPIMENTO

1. Le pene private: un nuovo istituto si affaccia sul proscenio giuridico nazionale.....	p. 85
2. La lettura costituzionalmente orientata dei danni punitivi e la loro teorica inammissibilità.....	p. 88
3. Nuovi valori socio-giuridici. L’esigenza di rivedere antiche concezioni.....	p. 90
4. La funzione della responsabilità civile extracontrattuale nel modello italiano. Confronto con il modello romanistico.....	p. 92
5. L’articolo 2059 c.c: possibile eccezione alla funzione compensativa-riparatoria della responsabilità extracontrattuale?.....	p. 99
6. Pene private in Italia? Il dibattuto caso del danno non patrimoniale. La tesi che nega la funzione di pena privata all’articolo 2059 c.c.....	p. 103
7. La definitiva eliminazione dal sistema giuridico italiano del danno evento. Ulteriore ostacolo all’introduzione delle pene private.....	p. 108
8. Il danno non patrimoniale come ipotesi di pena privata.....	p. 111
9. Problemi di quantificazione del danno non patrimoniale. Strumento per consentire l’introduzione dei <i>punitive damages</i>	p. 117

CAPITOLO V

FIGURE SINTOMATICHE DI PENE PRIVATE

1. Le pene private giudiziali.....	p. 121
1.1. La condanna per lite temeraria. Istituto con funzione sanzionatoria?.....	p. 125
1.2. Un’innovativa sentenza dei giudici sembra aprire il varco alla figura dei danni punitivi.....	p. 127
1.3. L’introduzione delle <i>astreintes</i> nel codice di procedura civile: sono una forma di sanzione privata?;	
1.4. La mediazione civile obbligatoria.....	p. 121
2. La responsabilità pubblica: funzione sanzionatoria o compensativa?.....	p. 135
2.1. Istituti pubblicistici sembrano accreditare una funzione anche sanzionatoria della responsabilità civile: la condanna alle spese del giudizio nel nuovo codice del processo amministrativo.....	p. 135
2.2. La responsabilità amministrativa/erariale tra risarcimento e sanzione.....	p. 138
2.3. Il risarcimento per danno ambientale “maschera un ipotesi di danno punitivo.....	p. 145
3. Il problema delle pene private di natura privatistica.....	p. 149

3.1. La duplice funzione della clausola penale.....	p. 149
3.2 Il modello tedesco riconosce la funzione sanzionatoria della clausola penale.....	p. 153
3.3. La disciplina sulle transazioni commerciali. Le <i>astreintes</i> entrano nel sistema italiano?.....	p. 154
4. Alcune ipotesi di pene private legali.....	p. 158
5. I danni punitivi sono attualmente in contrasto con il principio di ordine pubblico?	p. 161
6. I risultati della comparazione,.....	p. 165

CAPITOLO I

IL MODELLO ANGLOSASSONE: RICOSTRUZIONE STORICA DELL'EVOLUZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES

Sommario: 1. Le motivazioni logico giuridiche determinanti la configurazione dei *punitive damages* nel modello inglese; 2. L'emersione dei *punitive damages* in Inghilterra; 3. Studiosi e interpreti dibattono sull'ammissibilità dei *punitive damages*: prospettive di una loro rilettura critica-costruttiva; 4. Funzione di deterrenza dei *punitive damages*: la dottrina propende per la loro conservazione nel panorama giuridico inglese; 5. Le limitazioni all'espansione dei *punitive damages*: la tipizzazione delle ipotesi in cui possono essere riconosciuti. Il leading case *Rookes v. Barnard*; 5.1. l'illecita condotta di un ufficiale governativo; 5.2. L'intenzione di commettere l'illecito; 5.3. Le espresse previsioni degli *statute law*; 6. *If but only if*: ulteriore strumento processuale di limitazione dei *punitive damages*?; 7. Gli *exemplary damages* nel sistema inglese: profili di attualità; 8. I nuovi dati socio-economici determinano l'esigenza di introdurre nuove ipotesi di *punitive damages*?; 9. Brevi cenni di comparazione: il recepimento della teoria di Lord Devlin in alcuni sistemi del Commonwealth; 9.1. Il modello australiano; 9.2. Il modello neozelandese; 9.3. Il modello canadese.

1. LE MOTIVAZIONI LOGICO GIURIDICHE DETERMINANTI LA CONFIGURAZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES NEL MODELLO INGLESE

Nei sistemi appartenenti alla famiglia di *common law*, come in quelli di *civil law*, il risarcimento del danno, sia delittuale sia contrattuale, assolve principalmente una funzione compensatoria-riparatoria.

Tuttavia, nei modelli di *common law*, il risarcimento del danno può rivestire un ruolo anche punitivo-deterrente: l'istituto della responsabilità civile, infatti, è funzionale, da un lato, a ricompensare economicamente il danneggiato della lesione subita, e, dall'altro lato, a punire l'autore dell'illecito per sanzionare un suo comportamento *contra ius*¹.

¹ Si veda in questo senso THE LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, A consultation paper, no 132*, ed. HMSO, p. 2, la quale rileva che

A tal fine, il modello di *common law* ha introdotto uno strumento di deterrenza: la condanna esemplare per un illecito commesso il cui scopo dovrebbe essere, *inter alia*, quello di dissuadere i consociati dal commettere altre azioni similari.

Se così è allora, il risarcimento del danno nella famiglia anglofona ha l'ulteriore fine di tutela dell'ordine pubblico/sociale cercando di limitare la commissione di comportamenti *non iure*.

A determinare i *common lawyers* ad attribuire all'istituto del risarcimento del danno anche una funzione punitiva-deterrente sono stati i limiti della funzione compensativa-riparatoria.

Il riconoscimento di un risarcimento avente unicamente tale ultima funzione impone una quantificazione monetaria certa, precisa e determinata della lesione subita.

Tuttavia, a fronte della lesione dei cd beni intangibili non sembra possibile individuare un corrispettivo economico certo e preciso; talvolta diviene arduo anche solo dimostrare la lesione subita².

la *ratio* dei *punitive damages* si rinviene anche in problemi di quantificazione di alcune forme di illeciti. In particolare, si sostiene che in “*two categories of case there is an obvious difficulty in applying the principle of compensatory damages. Where the damages caused is financial, or readily expressed in money terms, for instance loss of earnings or damage property, the view that compensatory principles occupies a position of paramount or exclusively causes non difficulty. But there are cases in which it is impossible to quantify the damage suffered as a precise sum of money. The law of obligations protects many interests such as a bereavement, pain and suffering, personal liberty and reputation in respect of which it is either difficult or impossible to determine a monetary equivalent. Another difficulty for compensatory view of damages consist of those cases where interests, such as property, are protected without proof of damage of loss (...)*”

² In particolare, tali problematiche si rinvergono allorché oggetto di lesione sono beni quali i diritti della personalità, la libertà personale, l'onore e la dignità, ovvero valori che non hanno una quantificazione economica sul mercato – o anche usando una terminologia prettamente inglese i cd *non pecuniary losses*. In tal senso si veda THE LAW COMMISSION, *Aggravated, exemplary and restitutionary Damages*, op.cit., p. 20, “*in the case of personality rights freedom from harm is not the primary or only concern, and the infringement of the right is in itself objectionable. For this reason an award of damages may look more like vindication or punishment than the compensation. Hence is not merely the*

Per tali motivazioni, qualora si volesse riconoscere al risarcimento del danno unicamente una funzione compensativa non sarebbero effettivamente soddisfatte tutte le pretese attoree, richiedendosi sempre l'esistenza di un danno.

Nei modelli di *common law*, invero, sembra condizione sufficiente per ottenere il risarcimento del danno la produzione del danno evento: la lesione di beni o valori appartenenti ai singoli individui richiede di per sé una sanzione a prescindere dalla effettiva e concreta produzione di un ulteriore danno patrimoniale nella sfera giuridica del danneggiato.

Siffatte motivazioni di ordine logico giuridico hanno determinato interpreti e studiosi anglofoni ad introdurre nel loro sistema la figura giuridica dei *punitive damages*, istituto che si è progressivamente evoluto ed espanso anche nei sistemi oltreoceano.

2. L'EMERSIONE DEI PUNITIVE DAMAGES IN INGHILTERRA

L'attuale riconoscimento della funzione punitiva-sanzionatoria dei *punitive damages* nei modelli di *common law* non deve far incorrere nell'errore di ritenere che il suo accreditamento sia stato indolore.

Anche nel Regno Unito, patria d'origine dei *punitive damages* – o *aggravated* o *exemplary damages*³ –, questi ultimi sono stati oggetto di profonde e intese riletture critico-costruttive.

natiuree of the loss but the nature of the interest infringement which leads to uncertainty as to the function which damages may be serving in these cases."

³ Sembra opportuno fare una breve precisazione terminologica.

Sotto questo profilo, infatti, il sistema statunitense e quello inglese si distinguono notevolmente, e l'espressione utilizzata per indicare questa tipologia di risarcimento è sintomatica, sostanzialmente, di due diverse concezioni dell'istituto. Mentre il sistema americano utilizza la terminologia *punitive damages*, volendo rimarcare proprio la funzione di punizione che si vuole attribuire a tali *awards*, il modello inglese, invece, preferisce l'espressione *exemplary damages*, sebbene, come sostenuto da S. M. WADDAMS, *The law of*

L'indagine diacronica può aiutare a comprendere la loro evoluzione.

I *punitive damages* compaiono sul proscenio giuridico inglese grazie all'influenza delle Corti d'*equity*, le quali, intorno al sec. XII, cominciarono ad avvertire l'esigenza di tutelare diritti della persona che non solo non erano garantiti dalla giurisdizione di *common law*, ma addirittura non erano ancora affatto riconosciuti⁴.

È stato, pertanto, compito delle Corti dell'*equity* riconoscere e tutelare diritti fondamentali della persona umana, individuando nuove forme di tutela, quali, *inter alia*, i *punitive damages*.

Il loro vero ingresso sullo scenario giuridico inglese avvenne con il *case law* **Wilkes v. Wood**⁵. Nel 1763, John Wilkes pubblicò il North Brixton, un liberculo il cui oggetto principale era la contestazione del sovrano. Il Re, di conseguenza, ordinò una perquisizione nell'abitazione di Wilkes al fine di trovare il manoscritto e sequestrarlo. Di fronte a tale azione regia, Wilkes propose azione per *trespass* sull'assunto che non potevano essere lesi i diritti

damages, ed. Law Book Limited, Toronto, Canada, 1983, p. 979 ss., le espressioni *punitive damages* o *exemplary damages* sono intercambiabili, rappresentando entrambe la stessa forma di risarcimento. Diacronicamente emerge che prima del *leading case* **Rookes v. Barnard**, A.C. 1129, 1073 E-G, 1124 H-1125^o, i termini *punitive*, *aggravated*, *exemplary* anche nelle corti anglofone erano utilizzati in maniera intercambiabili, indicando tutti un risarcimento che assolveva una funzione punitiva oltre che compensativa. “*The contrast was between compensatory damages on the one hand, and punitive, retributory, vindictive, exemplary, aggravated, liberal or large damages on the other*”. Tuttavia, tale uso intercambiabile dei termini generò confusione tra il concetto di *punitive* ed *aggravated damages*, le cui funzioni, invece, sono diverse le une dalle altre. Proprio tale situazione determinò Lord Devlin, nel *case law* summenzionato, ad affermare che bisognava distinguere tra le due categorie di risarcimento. Infatti, mentre gli *exemplary damages* assolvono a una funzione punitiva, gli *aggravated* ne svolgono una compensativa. La terminologia *exemplary* e *punitive*, invece, continua ancora oggi ad essere utilizzata in maniera intercambiabili intendendosi, sostanzialmente, la stessa categoria di risarcimento.

⁴ La dottrina U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Utet, Torino, 1992, pag. 35, ha rilevato che “*quasi sempre un litigante si rivolgeva all'equity per risolvere problemi resi insuperabili dalle barriere inattaccabili che delimitavano ciascun form in action.*”

⁵ Cfr. il *case law* **Wilkes v. Wood**, in Wils, k.b. 205, 95 Eng. Rep. 768.

civili quali il rispetto della proprietà privata⁶. La Corte accolse le richieste attoree e riconobbe il primo danno punitivo al fine di evitare che condotte simili potessero essere ripetute⁷.

Il precedente fu seguito, a breve distanza di tempo, nel *case law* **Huckle v. Money**, il cui oggetto del giudizio verteva sempre sulla pubblicazione del North Brixton⁸. Parte in causa, questa volta, fu l'editore del giornale il quale fu accusato di aver pubblicato il libro nonostante l'espresso divieto, fu arrestato e tenuto sotto custodia per sei ore dal King's Messenger. Nelle ore di detenzione l'editore non soffrì alcuna lesione psico-fisico e il danno economico arrecatogli fu veramente esiguo. Purtuttavia, nella causa di risarcimento del danno per ingiusta detenzione la giuria gli riconobbe un risarcimento pari a £300, nonostante si ritenne che la condotta del

⁶ Con riferimento all'azione per *trespass* si veda M. LUNNEY E K. OLIPHANT, *Tort law, text and materials*, Fourth edition, Oxford University press, 2010, p. 42 ss, secondo i quali, è indubbio che da sempre i sistemi di *common law* hanno condannato i comportamenti che determinassero a carico dei consociati delle lesioni fisiche. Tuttavia, inizialmente, "*these wrongs were generally remedied in local courts.*" Solo a far data dal 1250 sono stati individuati due elementi caratterizzanti il cd *royal writ of trespass*, ovvero: "*the defendant acted vi et armis, and contra pacem - the first requirement is self-explanatory: what was target was violent or threatening behavior. The second was included to prevent the royal courts from being flooded with business; only if the force was such as to breach the king's peace would the royal courts have an interest in the case.*"

⁷ Per un maggiore approfondimento si veda L.L. SHLUETER, K. R. REDDEN, *Punitive damages*, Fourth edition, vol. I, ed. New York Lexis, 2000, p. 7.

⁸ Cfr. **Huckle v. Money**. 95 Eng. Rep. 768 C.P. 1763. Parte della dottrina ritiene che l'origine dei danni punitivi sia molto più antica. In particolar modo, V. D'ACRI, *I danni punitivi, Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende e i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, Ed. EPC Libri, 2008, pp. 47 ss., sostiene "*l'origine dei danni punitivi è abbastanza remota. Di essi si trova traccia già nel codice di Hammurabi del 2000 A.C. circa, nelle leggi Ittite risalenti al 1400 a.c., nonché nel codice ebreo della legge di Mosè del 110 a.c. circa. Anche nel diritto romano si ritrovano esempi di danni punitivi, ricollegabili alla concezione illo tempore vigente secondo cui la funzione principale della responsabilità civile non era tanto quella di reagire all'illecito con lo scopo di risarcire il danneggiato, quanto quella di punire il responsabile della lesione.*"

Si veda con riferimento alle origini di *punitive damages* nel sistema inglese anche H. MCGREGOR, *McGregor on Damages*, Ed. Sweet & Maxwell Limited, London, 1997, p. 288: "*in the 1706s exemplary damages first made their apparaence on the English legal scene. The earliest cases arose in the cause célèbre of John Wilkes and the North Brixton.*"

danneggiante non fosse stata effettivamente oltraggiosa. A giustificazione di tale risarcimento i giurati addussero che “*saw a magistrate....exercising arbitrary power, violating Magna Charta, and attempting to destroy the liberty of Kingdom...*”

Tuttavia, Lord Camden, giudice della *House of Lord*, non condivise la pronuncia dei giurati in quanto il danno effettivamente subito dal danneggiato non era superiore a £20. Riconoscergli, quindi, *punitive damages* pari a £300 significava “indebitamente arricchire” la controparte⁹. Si cercò, quindi, per la prima volta di arginare l’ormai incondizionato potere della giuria nell’attribuire risarcimenti di entità indubbiamente esosi¹⁰.

In tale prospettiva, si propose, mediante il *writ of attaint*, di prevedere che, qualora fosse calcolato ingiustamente ed erroneamente un risarcimento del danno, i beni dei giurati fossero confiscati dalla corona¹¹.

⁹ Lord Camden, sostenne, in particolare, che “*think they have done right in living exemplary damages. To enter a man’s home by virtue of a name-less warrant, in order to procure evidence is worse than the Spanish Inquisition, a law under which non English-man would wish to live an hour; it was a most daring public attack upon the liberty of the subject.*” Inoltre, con riferimento specifico al *quantum* riconosciuto affermò che “*perhaps the 20 damages would have been thought damages sufficient: but the small injury done to the plaintiff, or the inconsiderableness of his station and rank in life, did not appear to the jury in that striking light in which the great points of law, touching the liberty of the subject, appear to them at the trial: they saw a magistrate over all the king’s subject exercising arbitrary power, violating Magna Charta, and attempting to destroy the liberty of the Kingdom.*”

¹⁰ Indagando il *case law Merest v. Harvey*, 5 Taunt. 442, 128 Eng. Rep, si evince che la giuria era solita attribuire risarcimenti talvolta sproporzionati e particolarmente esosi rispetto all’illecito commesso.

La fattispecie riguardava il caso di D., che, ubriaco, entrò in casa di P., in cui si svolgeva una festa, e chiese di potersi unire ai festeggiamenti. P. si rifiutò di invitarlo e D. cominciò a offenderlo, usando un linguaggio talvolta anche volgare, e danneggiando parte della proprietà di P. La giuria lo condannò a un risarcimento pari a £500. Si veda sul punto A.I. OGUS, B.C.L, M.A, *The law of damages*, op.cit., pp. 28 ss.

¹¹ Cfr. sul punto sul punto L.L. SHLUETER, K. R. REDDEN, *Punitive damages*, op.cit., p. 7. Le corti di *common law*, al fine di limitare il potere delle giurie, avevano previsto che “*their habitation and houses shall be pulled down their meadows shall be plowed up and they themselves forever thenceforward be esteemed in the eye of the law as infamous*”, e che fosse esperita un’azione per *torts* nei confronti delle giurie nelle ipotesi di risarcimenti eccessivamente onerosi.

Naturalmente, simile provvedimento non ebbe mai un'applicazione pratica, in considerazione, forse, della sua rigidità e severità; l'unico rimedio che concretamente ed effettivamente potesse essere esperibile, quindi, era un processo di appello sempre innanzi alla corte dell'*equity*, ma che sostanzialmente non consentiva di arginare la progressiva espansione dei *punitive damages*.

Al contempo, a cercare di contribuire a limitare la progressiva espansione dei danni punitivi furono le corti di *common law*, le quali, determinate dall'esigenza di non vedersi sottratte parte delle loro competenze in materia di *punitive damages*, cominciarono a sviluppare nuovi *remedies* che limitassero il potere delle giurie, ma anch'esse, sostanzialmente, non incisero mai effettivamente sulle loro decisioni¹².

3. STUDIOSI E INTERPRETI DIBATTONO SULL'AMMISSIBILITÀ DEI PUNITIVE DAMAGES: PROSPETTIVE DI UNA LORO RILETTURA CRITICA-COSTRUTTIVA

Non molti lustri a distanza dalla nascita e affermazione dei *punitive damages* nel modello inglese, gli *scholars* e gli ermeneuti anglosassoni iniziarono a mostrare i primi dubbi in merito alla valenza giuridica dell'istituto e soprattutto al suo diritto di cittadinanza nel sistema inglese.

Si riconobbe, infatti, che i *punitive damages*, essendo una figura giuridica in bilico tra il diritto civile e quello penale, rischiavano di generare confusione

¹² Si veda sul punto L.L. SHLUETER, K. R. REDDEN, *Punitive damages*, op.cit., p. 7. Secondo gli autori le corti di *common law* al fine di limitare il potere delle giurie iniziarono a prevedere la possibilità che fosse esperita un'azione per *torts* nei loro confronti in ipotesi di risarcimenti ingiustamente e indebitamente onerosi.

tra le due aree giuridiche, laddove, invece, la distinzione doveva essere chiara e precisa.

Tale commistione avrebbe, conseguentemente, determinato l'insorgenza non solo di problematiche prettamente dogmatiche, ma, altresì, risvolti processuali negativi per i singoli consociati, quali, ad esempio, le garanzie processuali ad essi riconosciute.

In un processo improntato alle regole civilistiche, ma sostanzialmente avente a oggetto l'imposizione di una "sanzione", i privati non potevano usufruire dei medesimi strumenti di tutela che per tradizione caratterizzavano il processo penale, essendo il processo civile privo dello strumentario giuridico necessario a tal fine¹³.

D'altronde, riconoscere all'attore *punitive damages*, il cui ammontare era oltremodo elevato, comportava, come conseguenza, attribuirgli un vantaggio economico sostanzialmente privo di qualsiasi forma di giustificazione logica-giuridica con un suo conseguente indebito arricchimento.

A contribuire all'incremento dei dubbi della dottrina sulla validità dell'istituto giuridico dei *punitive damages*, oltre a dati gius-economici, vi erano anche motivazioni di ordine prettamente economico.

¹³ Sul punto si veda S. M. WADDAMS, *The Law of Damages*, op. cit., p. 564. In particolare, in sede di processo civile, il convenuto solitamente è privo della "the burden of proof, liability to give evidence, right to jury trial on the facts, right to sentencing by a judge, right to appeal against the sentence, and protection against double jeopardy." Infine, anche a voler riconoscere la valenza del risarcimento esemplare, non si comprendeva per quale ragione a beneficiarne dovesse essere il *plaintiff* e non l'erario statale. Ma allo stesso tempo si ritenne, che qualora si accreditasse la teoria che la sanzione dovesse essere pagata allo Stato, simile evenienza avrebbe potuto determinare il rischio che i giudici avrebbero condannato il *defendant* al pagamento di *punitive damages* ogni qualvolta si ritrovavano a decidere una causa di risarcimento. In tale ultimo senso si veda Cfr. HAWLEY, *Punitive and Aggravated Damages in Canada*, 18 *Alta. L. Rev.* 485 (1980), p. 508; S. M. WADDAMS, op. ult. cit., p.566.

Come noto, infatti, nella determinazione del *quantum* attribuibile a titolo di *punitive damages* le singole giurie non si avvalevano di parametri e criteri fissi e predeterminati ma, al contrario, valutavano *case by case*¹⁴.

Il *defendant*, quindi, non era in alcun modo nella condizione di quantificare *a priori* l'eventuale risarcimento da corrispondere, con l'ulteriore conseguenza di non poter quasi mai addivenire a una composizione bonaria della controversia¹⁵.

La concreta impossibilità, quindi, di comporre la lite in maniera amichevole e definitiva rischiava di impaurire coloro che, in considerazione del lavoro che svolgevano, erano maggiormente esposti a responsabilità di tal fatta. Il riferimento era ai produttori e a tutti coloro che immettevano sul mercato prodotti innovativi, che secondo un'elevata percentuale, rischiavano, in un fase iniziale della loro immissione sul mercato, di creare danni a coloro che, con un terminologia moderna, definiremmo consumatori.

Il risvolto negativo di simile stato dell'arte era, inevitabilmente, un profondo rallentamento dell'economia, poiché gli imprenditori prima di immettere un prodotto nel mercato si sarebbero determinati a effettuare controlli maggiori rispetto a quelli previsti, al fine di ottenere l'assoluta certezza della sicurezza del prodotto.

¹⁴ In quest'ultimo senso emerge un'ulteriore differenza con la *criminal law*, all'interno della quale il giudizio della giuria basa le sue decisioni su criteri fissi e prestabiliti. Tale differenza sembra essere la conseguenza della rilevanza degli interessi in campo nel diritto penale, quale, ad esempio, la libertà. Cfr. sul punto THE LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, op.cit., p. 109, secondo la quale, appunto, “*the contrast with the criminal law process which places matters like these in the hands of judges and creates maximum penalties for many offences is seen as very marked.*”

¹⁵ Laddove si fosse pervenuti a una transizione amichevole, era comunque nelle facoltà del danneggiato adire le vie giudiziarie per richiedere una rivalutazione *in pejus* del *quantum* risarcibile.

Alla luce di siffatte considerazioni, parte della dottrina inglese auspicò una rilettura critico-costruttiva dei *punitive damages*, non solo sotto un profilo prettamente strutturale, ma anche con riguardo alla loro collocazione dogmatica.

Il risarcimento del danno, di matrice civilistica, anche nel modello inglese avrebbe dovuto assolvere unicamente la funzione compensativa, mentre la “funzione punitiva” doveva essere di competenza esclusiva della *criminal law* e non della *civil law*.¹⁶ I *punitive damages*, quindi, o erano abrogati dal sistema, o quantomeno, diveniva di competenza della *criminal law*¹⁷.

4. FUNZIONE DI DETERRENZA DEI PUNITIVE DAMAGES: LA DOTTRINA PROPENDE PER LA LORO CONSERVAZIONE NEL PANORAMA GIURIDICO INGLESE

A fronte di opinioni contrarie all’ammissibilità dei *punitive damages*, non sono mancate voci dottrinarie e giurisprudenziali che invece ne hanno riconosciuto il loro assoluto valore e funzione sociale¹⁸.

È stato, infatti, replicato, a quanti hanno sostenuto che il risarcimento del danno in ambito civilistico dovesse assolvere esclusivamente una funzione compensativa, e non anche sanzionatoria, che la quest’ultima è

¹⁶ In tal senso si veda THE LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, op.cit., p. 109, secondo la quale le funzioni diverse da quella compensativa, che per natura connota l’istituto del risarcimento del danno, quali, ad esempio, quelle retributiva, di deterrenza, di condanna, in linea teorica non dovrebbero essere azionate e richieste in sede di azione civile.

¹⁷ Si veda, in merito, THE LAW COMMISSION, op.ult.cit., p 109 “*punishment is not a legitimate function of the law of civil wrongs and should take place only within the context of the criminal law.*”

¹⁸ Cfr. L.L. SHLUETER, K. R. REDDEN, *Punitive damages*, op.cit., pp. 10 e ss; A.I. OGUS, B.C.L, M.A, *The law of damages*, op.cit., pp. 28 ss.

fondamentale al fine di attribuire al risarcimento del danno la forza deterrente necessaria per scoraggiare i privati dalla commissione di determinati illeciti¹⁹.

E in effetti, tali studiosi ritengono che il diritto penale inglese ha forti limiti che talvolta determinano la non integrale soddisfazione della parte lesa, come avviene, ad esempio, in presenza di illeciti commessi dai funzionari di polizia o in alcune ipotesi di lesione al diritto alla salute o ai diritti della personalità.

Dinnanzi alla lesione di diritti fondamentali della persona, da un lato, la *criminal law* potrebbe non offrire efficaci strumenti giuridici di protezione e, dall'altro lato, la funzione esclusivamente compensatoria non consentirebbe una soddisfazione integrale degli interessi della parte lesa.

In tal senso, allora, si comprende la posizione di quella parte della dottrina, secondo la quale, proprio grazie all'istituto dei *punitive damages*, il privato potrebbe in tale ipotesi ricevere tutela, soprattutto in quei casi in cui il danneggiante ha agito nella consapevolezza di poter rimanere impunito. In tale ultima situazione, infatti, gli *exemplary damages* non solo consentirebbero la soddisfazione delle pretese attoree, ma svolgerebbero altresì una funzione di garanzia dell'ordine pubblico, dimostrando a tutti in consociati che non è ammesso violare il diritto e rimanere impuniti²⁰.

¹⁹ Cfr. A.I. OGUS, B.C.L, M.A, *The law of damages*, op.cit., pp. 28 ss; S. M. WADDAMS, *The Law of Damages*, op. cit., pp. 560 E SS.

²⁰ Testualmente E. TAYLOR, *Vicarious Punishment: An Employer's Vicarious Liability for Exemplary Damages*, *passim*, p. 2. La funzione del risarcimento del danno, secondo queste teorie, non deve essere solo compensativa ma deve altresì svolgere una funzione di vindication: "this 'vindication' is achieved through two interlinked punitive aims: (1) punishing the tortfeasor, and, via this punishment, (2) deterring the tortfeasor and others from committing such acts in the future by promoting respect for the law."

I *punitive damages*, pertanto, rinverrebbero la loro funzione punitiva nell'ulteriore esigenza di colmare, ove necessario, le lacune della *criminal law*, assolvendo, quindi, anche il ruolo di istituto a presidio dell'ordine pubblico. Se così è allora si comprende la posizione di parte della dottrina e della giurisprudenza secondo cui se il soggetto è stato punito in forza delle leggi dalla *criminal law* i *punitive damages* non potrebbero essere riconosciuti, essendo l'ordinamento giuridico già soddisfatto nelle sue pretese punitive e ostandovi il cd principio del *ne bis in idem*²¹.

5. LE LIMITAZIONI ALL'ESPANSIONE DEI DANNI PUNITIVI: LA TIPIZZAZIONE DELLE IPOTESI IN CUI POSSONO ESSERE RICONOSCIUTI. IL LEADING CASE *ROOKES V. BARNARD*

L'intenso dibattito tra gli *scholars* in merito all'accreditamento dei *punitive damages* non lasciarono indifferente la giurisprudenza la quale, invece, *de facto*, iniziò un processo di rivisitazione e rilettura dell'intero istituto.

Fu proprio il lavoro di ortopedia giuridica degli interpreti inglesi, e in particolare di Lord Devlin, che consentì la formazione dell'ancora attuale

²¹ In tal senso si veda **Gray v. Motor Accident Commision** (1998) 196 CLR. In tale *case law* la High Court australiana sostenne che “*where the criminal law has been brought to bear upon the wrongdoer and substantial punishment inflicted, we consider that exemplary damages may not be awarded.*” Contro questa posizione, invece, sembra schierarsi THE LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and restitutionary Damages*, op.cit., p. 111, secondo la quale, invece, nonostante il soggetto sia stato punito secondo le regole della *criminal law*, comunque i *punitive damages* potrebbero essere riconosciuti in considerazione delle differenza che esistono tra i *remedies* di natura civile e quelli di natura penale, e dell'esigenza di ristorare *in toto* anche il *plaintiff* e non solo garantire la soddisfazione delle pretese dell'ordinamento giuridico.

struttura dei *punitive damages* e la delimitazione del loro ambito di applicazione²².

La giurisprudenza, in effetti, ricercò un punto di equilibrio tra le diverse istanze dottrinarie.

Da un lato, si riconobbe l'assoluto valore e l'indubbia utilità dell'istituto *de quo* nel sistema inglese, soprattutto in considerazione della loro funzione di deterrenza, ma, dall'altro lato, si ritenne che esso non potesse ricevere un'applicazione incondizionata.

In tal ultimo senso, infatti, si espressero i giudici nel *case law* **Rookes v. Barnard**, nel quale affermarono il principio di diritto secondo il quale solo in tre tipiche ipotesi era possibile riconoscere gli *exemplary damages*²³.

La fattispecie giuridica in esame riguardava la pubblicazione di un testo redatto da Tizio e pubblicato da Caio avente ad oggetto l'affondamento di una nave ai tempi della guerra. Nell'opera l'autore affermò che il capitano della nave aveva avuto alcune rilevanti responsabilità nel disastro marittimo. Il capitano, di conseguenza, ritenne il materiale pubblicato diffamatorio e intentò un'azione giudiziaria richiedendo oltre al risarcimento del danno anche i *punitive damages*. Sottoposto all'esame della House of Lord, i giudici del Supremo Consesso di giustizia inglese, nella persona di Lord Devlin, affermarono che "*aggravated damages were appropriate where the manner in which the wrong was committed was such as to injure the plaintiff's proper feelings of pride and dignity, or gave rise to humiliation, distress, insult or pain*"²⁴.

²² Si veda in merito il *case law* **Rookes v. Barnard**, cit.

²³ Cfr. *case law* **Rookes v. Barnard**, cit.

²⁴ Si veda THE LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, op.cit., p. 32.

Sostanzialmente, quindi, Lord Devlin sostenne che i *punitive damages* potessero essere attribuiti laddove vi fosse stata un'offesa rilevante alla dignità umana tale da far sentire "umiliato e insultato" il danneggiato.

La pronuncia della House of Lord, tuttavia, si estese ben oltre sino a individuare i limiti applicativi degli *exemplary damages*. In particolare, si ritenne che potessero essere attribuiti solo al verificarsi di determinate e precise circostanze, quali: 1) l'ipotesi in cui taluno fosse stato vittima di un comportamento arbitrario da parte di ufficiali del governo inglese; 2) qualora fosse stata perpetrata una condotta offensiva da parte del danneggiante commessa calcolando il maggior profitto che avrebbe guadagnato commettendo l'illecito rispetto a quanto avrebbe dovuto pagare a titolo di risarcimento del danno; 3) un'espressa previsione degli *statute law*²⁵.

5.1. L'ILLECITA CONDOTTA DI UN UFFICIALE GOVERNATIVO

La prima delle summenzionate ipotesi fu individuata da Lord Devlin per tutelare la libertà dei cittadini: si voleva evitare, in pratica, che gli ufficiali governativi (come ad esempio i membri della polizia) agissero nei confronti dei consociati, rei di aver commesso un illecito, mascherando sostanzialmente il loro comportamento sotto le mentite spoglie di "punire" il potenziale colpevole.

Tuttavia, per ottenere un risarcimento del danno a titolo di *punitive damages*, non era sufficiente che l'ufficiale governativo avesse agito in maniera non

²⁵ Si deve tenere in considerazione che il *case law* **Rookes v. Barnard** non venne seguito negli altri paesi del Commonwealth, né tantomeno nel sistema statunitense che ancora oggi sembra riconoscere l'attribuzione dei *punitive damages* senza alcuna limitazione.

consona alle sue funzioni, essendo necessario, invece, che la sua condotta fosse connotata dai caratteri della “*oppressive, arbitrary o unconstitutional*”²⁶. In assenza anche solo di uno di questi tre elementi non si ritenne ammissibile attribuire un *awards* a titolo di *exemplary damages* non essendo, a tal fine sufficiente, l’elemento soggettivo della colpa.

Inoltre, al fine di poter ottenere tale forma di risarcimento, in prima istanza, si richiese che il comportamento oltre che doloso fosse perpetrato, altresì, da un soggetto che rivestisse la qualifica di ufficiale governativo²⁷.

Tale requisito, tuttavia, era limitativo delle ipotesi in cui potessero essere riconosciuti i *punitive damages*, e, nel *case law* **Broome v. Cassel**, la *House of Lord* rese una prima interpretazione estensiva della locuzione “*servant of government*”²⁸.

Con tale terminologia, secondo gli ermeneuti inglesi, ci si doveva riferire non esclusivamente agli impiegati governativi nel senso tecnico del termine, ma a tutti coloro che lavoravano per lo Stato ivi compresi – e soprattutto – gli ufficiali di polizia²⁹, a condizione che agissero nell’esercizio e adempimento di funzioni pubbliche.

²⁶ Come è stato rilevato dallo stesso Lord Devlin e riportato nel THE LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damage*, op. cit., p. 34 “*these term should be read disjunctively, so that it is open to a court or jury to make an award of exemplary damages where the defendant’s behavior is unconstitutional, even if it is not at the same time oppressive or arbitrary.*” Tuttavia, non ogni forma di comportamento *unconstitutional* può essere fonte di risarcimento a titolo di *punitive damages* uno degli elementi di valutazione che possono determinare il giudice e la giuria nel non attribuire il risarcimento del danno è l’assenza di circostanze aggravanti che accompagna la condotta illecita dell’agente governativo. Al contrario, la loro presenza potrebbe essere ulteriore elemento di valutazione nella determinazione del *quantum*.

²⁷ Sembra opportuno precisare che la terminologia comportamento “doloso” è concetto appartenente alla tradizione *civilian*. Infatti, il diritto inglese non conosce il concetto di dolo: in sua vece si utilizza il concetto *trepass*. Si veda in questo senso R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, ed. Cedam, 2004, pp. 263 ss.

²⁸ Cfr. **Cassel & Co Ltd v. Broome**, (1972) A.C. 1027 (H.L.), p. 1087.

²⁹ Cfr. **Cassel & Co Ltd v. Broome**, cit., p. 1087. In dottrina si veda THE LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, op.cit., p. secondo la quale “*the*

In seguito, nel successivo *case law* **Bradford City Council v. Arora**, i giudici estero ulteriormente la portata applicativa della locuzione “*servant of governemnet*³⁰”.

Nello specifico, la Corte d’Appello inglese emise una pronuncia di rigetto nei confronti di quanto sostenuto dal convenuto il quale riteneva che l’azione commessa da un funzionario governativo, nel momento in cui agiva nell’esercizio delle sue funzioni private non potesse essere fonte di risarcimento a titolo di *exemplary damages*, alla luce di quanto sostenuto nei *case law* **Rookes v. Barnard** e **Broome v. Cassel**.

I giudici, tuttavia, dissociandosi da quanto affermato nei precedenti, ritennero che per attribuire un *punitive damages* non fosse strettamente necessario che l’agente governativo agisse nelle sue funzioni pubbliche³¹. Al contempo, essi non ritennero estensibile tale forma di risarcimento nell’ipotesi in cui gli illeciti fossero stati commessi non da coloro che agivano in nome e per conto del *Government*, ma da coloro che lavoravano, invece, per agenzie o compagnie private, sebbene queste ultime rivestissero sempre maggior potere nella società³².

broad approach is also reflected in case in which courts have held that members of the armed services, solicitors executing in Anton Piller order and officers of the Intervention Board for Agriculture Produce fall within the category. Nel case law Moore v. Lambeth Registra (No 2), 1970, 1 Q.B. 560, 572D, Sachs L.J. fu domandato “whether a case of wrongful execution by an officer of the court might fall within this category.”

³⁰ **Bradford City Metropolitan Council v. Arora** [1991] 2 QB 507

³¹ Si rileva, *a contrario*, che nel *case law* **A.B. v. South West Water Services Ltd** (1993) Q.B. 507, 523B, 528E-F, 530G le pretese dell’attore vennero rigettate perché il convenuto non agiva nelle sue funzioni governative.

³² In tal senso si veda il *case law* **Rookes v. Barnard**, cit. Inoltre, THE LAW COMMISSION, *Aggravated, exemplary and restitutionary Damage*, op.cit., ritiene che, sebbene sia anomalo che una condotta illegale perpetrata da un funzionario che lavora per un privato non possa essere fonte di risarcimento, è difficile espandere una categoria nata per gli “agenti governativi” a coloro che, invece, lavorano per un privato. Siffatta interpretazione estensiva, infatti, rischierebbe di vanificare la *ratio* che ha determinato Lord Devlin a dettare le tre categorie ordinanti. Tale interpretazione ha generato critiche negli studiosi, ma nonostante simili dubbi, la prima categoria individuata da Lord Devlin continua ancora oggi a rivestire

Tali precedenti non sono stati *overruled* per lungo tempo, tanto che, sino al periodo moderno, nel sistema inglese i *punitive damages* potevano essere attribuiti qualora ad agire fosse stato un ufficiale governativo anche non nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

Tuttavia, il crescente ruolo e potere che le agenzie private hanno progressivamente iniziato ad avere all'interno delle moderne società giuridiche hanno indotto alcuni interpreti inglesi ad auspicare una rivisitazione, quantomeno sotto un profilo prettamente soggettivo, della prima categoria di Lord Devlin. Nel *case law* **Kuddus v. Chief**, Lord Nichols ha sostenuto che le “*national and international companies can exercise enormous power*³³”.

Pertanto, limitare il risarcimento soltanto alle ipotesi di comportamenti “*oppressive, arbitrary o unconstitutional*” dei funzionari del governo, potrebbe determinare un eccessivo restringimento dell'ambito applicativo dei *punitive damages*, rischiando di non accordare sostanzialmente un'effettiva tutela ai privati.

Tuttavia, la voce di Lord Nichols è rimasta isolata, in quanto, nel medesimo *case law* gli altri due membri della House of Lord, tra cui Lord Scott, hanno ritenuto che dovesse essere *reject* l'opinione di ampliare l'ambito di applicazione dei *punitive damages*.

Secondo l'interpretazione dei giudici, infatti, “*the remedy as no longer serving any useful function in our jurisprudence. Victims of tortious conduct*

un ruolo fondamentale nella protezione della libertà civili dei consociati, fungendo da deterrente nei confronti di quei funzionari che potrebbero avere comportamenti lesivi dei diritti della personalità dei singoli.

³³ Cfr. **Kuddus v. Chief Constable of Leicester (2002) 2 AC 1221**, nel quale Lord Nichols sostenne testualmente che “*Lord Devlin drew a distinction between oppressive acts by government officials and similar acts by companies or individuals (...) I am respectfully inclined to doubt the soundness of this distinction today(...)*”.

*should receive due compensation, not windfalls at public expense*³⁴.”

Nonostante l'evolversi dei tempi, l'emersione di nuovi dati sociali, e il crescente potere delle società private, il sistema inglese, sebbene riconosca cittadinanza giuridica all'istituto dei *punitive damages*, continua a sostenere che essi possano essere riconosciuti solo se i comportamenti *oppressive, arbitrary o unconstitutional* siano perpetrati da funzionari pubblici o membri di agenzie governative, e non anche da soggetti privati, ponendosi, in tal modo, in netta antitesi con il modello statunitense.

Al fine di comprendere appieno il significato delle pronunce giurisprudenziali in tal senso, sembra opportuno, tuttavia, ricordare che il sistema inglese non conosce la classificazione del diritto alle quali sono abituati, invece, i giuristi *civilian*. Di conseguenza, nel modello anglosassone non esiste la differenza tra diritto civile, diritto penale e diritto pubblico, suddividendosi, invece, da un lato, tra *common law* ed *equity*, e, dall'altro lato, tra *civil law* e *criminal law*³⁵.

Alla terminologia *civil law* non si devono, tuttavia, attribuire le stesse categorie dogmatiche alle quali sono abituati gli studiosi della tradizione *civilian*, indicandosi, invece, con tale espressione non solo il diritto civile, ma anche tutte le altre branche che non sono ricomprese nel diritto penale, tra le quali anche il cd diritto pubblico³⁶.

³⁴ Testualmente Lord Nichols in **Kuddus v. Chief Constable of Leicester**, cit.

³⁵ In tal senso si veda R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, op. cit. pp. 262 ss.

³⁶ Si veda in questo senso U. MATTEI, *Il modello di common law*, in *Sistemi giuridici comparati*, (a cura di) A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, ed. Giappichelli, 1996, p. 57 e ss. secondo il quale “il settore penale è assai meno esteso nella portata rispetto a quello civile, dato che tutto il diritto non penale (amministrativo compreso) è in Inghilterra *civil law* (ovviamente in un'accezione da non confondere con quella della famiglia giuridica romanista).”

Applicando tale concetto alla prima categoria individuata da Lord Devlin, e interpretandola secondo la visione dei sistemi appartenenti alla tradizione di *civil law*, si potrebbe sostenere che sostanzialmente in questa ipotesi i *punitive damages* trovano applicazione in un “ambito pubblicistico”, sostituendosi, sostanzialmente, alle cd sanzioni amministrative di stampo *civilian*.

5.2. L' INTENZIONE DI COMMITTERE L'ILLECITO

Lord Devlin individuò un'altra ipotesi tipica in costanza della quale era possibile attribuire i *punitive damages*: allorquando taluno commettesse un fatto ingiusto nella consapevolezza che il guadagno che avrebbe ottenuto sarebbe stato nettamente superiore rispetto al risarcimento che avrebbe dovuto corrispondere per l'illecito commesso³⁷.

In simile ipotesi il tradizionale risarcimento di matrice compensativa sarebbe stato inadeguato a svolgere anche una funzione di deterrenza; un *exemplary damages*, al contrario, oltre ad adempiere la summenzionata funzione avrebbe dimostrato che “*the law cannot be broken with impunity*”³⁸.

Elemento soggettivo fondamentale per riconoscere simile forma di

³⁷ Simile forma di risarcimento non poteva essere compresa tra i tradizionali *punitive damages*, bensì doveva essere ritenuto una specie di *restitutionary remedy* mediante il quale si “recuperava” il profitto che il danneggiante aveva ottenuto dalla commissione dell'illecito. Tuttavia, in senso opposto è stato rilevato che era impossibile attribuire simile funzione recuperatoria al risarcimento del danno se non altro per le modalità con le quali era solitamente quantificato l'*awards*. Infatti, è stato evidenziato che il risarcimento è attribuito dalle giurie che non sempre hanno cognizione del *quantum* di profitto guadagnato dall'autore dell'illecito.

³⁸ Come sostenuto dallo stesso Lord Devlin, nel *case law* **Rookes v. Barnard**, cit., “*exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay.*”

risarcimento era lo “*state of mind*” del danneggiante; ovvero l’intenzione dolosa del soggetto di commettere un fatto illecito.

Ma, nel delineare i tratti caratterizzanti della categoria, Lord Devlin si limitò esclusivamente a richiedere un comportamento doloso, non enunciando criteri che consentissero di individuare, in concreto, dati in presenza dei quali si potesse affermare con assoluta certezza che il danneggiante avesse agito in maniera intenzionale.

Fu opera di un successivo lavoro di ermeneutica giuridica della House of Lord l’individuazione di criteri che limitassero, in tale caso, l’arbitrio del giudice e/o delle giurie.

Nel *case law* **Broome v. Cassell**, infatti, si affermò che non fosse necessario che il *defendant* avesse calcolato aritmeticamente l’entità del profitto che avrebbe ottenuto dalla commissione dell’illecito: era solo sufficiente che egli mostrasse che il *tort* fosse stato commesso con l’intenzione di ottenere un guadagno³⁹.

Simile canone ermeneutico si mostrava insufficiente laddove si fossero verificati comportamenti che non ricadevano sotto l’egidia del “dolo”, ma che comunque richiedevano una tutela, come, ad esempio, la diffamazione a mezzo stampa.

Al fine di sopperire a simile lacuna, la House of Lord ritenne sufficiente la dimostrazione che il danneggiante agisse nella consapevolezza che la condotta fosse illecita, senza alcuna necessità di dimostrare, altresì, l’intento di guadagnare un profitto ultroneo.

Sebbene l’intenzione degli interpreti fosse stata quello di ampliare le ipotesi in cui fosse possibile attribuire un risarcimento a titolo di danni punitivi,

³⁹ Cassell & Co. Ltd. v Broome and Another [1972] AC 1027, 1114 f.

nella pratica, *ex adverso*, simili criteri ordinanti determinarono un restringimento dei casi in cui gli *exemplary damages* potevano essere riconosciuti, essendo veramente arduo poter dimostrare che il *defendant* avesse agito con la consapevolezza di commettere un illecito o ottenere un vantaggio economico⁴⁰.

Nonostante tali limitazioni, tuttavia, la seconda categoria individuata da Lord Devlin rappresenta, ancora oggi, una delle maggiori fonti di risarcimento del danno a titolo di *punitive damages*.

In tale categoria, infatti, sono ricomprese ipotesi di illeciti quali la diffamazione a mezzo stampa, o, l'illecita espropriazione della proprietà privata da parte delle pubbliche amministrazioni, ovvero "illeciti" che purtroppo potrebbero essere di frequente realizzazione⁴¹.

Tuttavia, in considerazione della natura "sanzionatoria" dei *punitive damages* si ritiene che questi possano essere riconosciuti solo se il

⁴⁰ La LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damage*, op. cit., p. rileva che i casi di diffamazione rappresentano un importante fonte per gli *exemplary damages*. Infatti, sostiene che "*the high level of awards which are often made in such cases mean they have also attracted the greatest attention.*" Inoltre, essi sostengono che ulteriore ipotesi di *punitive damages* sono i risarcimenti attribuiti per ingiusta espropriazione. Alla luce delle considerazioni suesposte, nel *case law* **Drane v. Evangelou**, (1978), 1 WRL 455; (1978) 2 ALL ER 437, il proprietario di un immobile, che aveva illecitamente sfrattato l'affittuario, venne condannato al risarcimento di £ 1.000 a titolo anche di *aggravated damages*. In tale ipotesi, due dei giudici della corte ritennero che la fattispecie potesse essere ricompresa nella seconda categoria individuata da Lord Devlin. In effetti, nel caso di specie il proprietario dell'immobile aveva sfrattato l'inquilino non per usare in proprio l'immobile ma per concederlo alla moglie. Tuttavia, si ritenne che il profitto che l'autore dell'illecito tentava di ottenere non dovesse intendersi nel senso stretto del termine a suo beneficio ma meritasse un'interpretazione maggiormente estensiva.

⁴¹ Facendo una sintetica comparazione con il sistema italiano sostanzialmente si potrebbe affermare che le ipotesi in presenza delle quali è possibile attribuire i *punitive damages* nel sistema inglese equivalgono a ipotesi di reati penali nel modello italiano. Potrebbe, quindi, dedursi che in presenza di tali fattispecie i *punitive damages* assolvono una funzione "similare" a quella che svolge il risarcimento del danno *ex* articolo 2059 c.c., anch'esso indicato dal legislatore italiano come forma di risarcimento in sede civilistica conseguente alla commissione di un reato.

danneggiante ha agito personalmente; in caso contrario non è possibile ricevere tale forma di risarcimento.

In tal senso si è orientata la maggior parte delle decisioni inglesi, secondo la quale non è possibile attribuire i *punitive damages* neanche quando il danneggiante abbia agito “in nome e per conto” di un altro soggetto.

5.3. LE ESPRESSE PREVISIONI DEGLI STATUTES LAW

Infine, l'ultima ipotesi in cui, in linea teorica, è possibile riconoscere i *punitive damages* è una previsione espressa degli *statute law*, ma, in pratica, tale categoria riceve scarsa applicazione non essendo numerosi gli *statutes* che prevedono i *punitive damages*⁴².

Due esempi di tal genere sono il *Landlord and Tenant Act* del 1730, *Section 1*, e il *Distress for Rent Act* del 1737, *Section 18*, all'interno dei quali sono espressamente previste forme di risarcimento definite esemplari.

L' esempio più moderno di *statutory act*, che consente il risarcimento degli *exemplary damages*, è il *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988, *section 97*, in base al quale si prevede che “*the court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, and in*

⁴² Esempi di *punitive damages* sembrano ritrovarsi all'interno del: (i) *Landlord and Tenant Act* del 1730, *Section 1*; (ii) *Distress for Rent Act* del 1737, *Section 18*; (iii) *Reserve and Auxiliary forces (Protection of Civil Interest) Act* del 1951, *Section 13*; (iv) *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988, *Section 97*. Tale ultimo *statute* sembra essere il più moderno e importante *statute* all'interno del quale sono ricompresi i *punitive damages*. Precisamente, la *section 97* prevede che “*the court may in an action for infringement of copyright having regard to all the circumstances, and in particular to (a) the flagrancy of the infringement, and (b) any benefit accruing to the defendant by reasons of the infringement, award such additional damages as the justice of the cases may require.*”

*particular to: (a) the flagrancy of the infringement, and; (b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement (...) award such additional damages as the justice of the case may require*⁴³.”

Alcuni autori rilevano che all'interno dello statuto non si utilizza l'espressione *exemplary* o *punitive*, ma “*additional*” generando in tal modo l'interrogativo se il legislatore intenda riferirsi agli *exemplary* o agli *aggravated damages*.

In considerazione dell'incapacità anche di un'indagine sistematica di definire in maniera puntuale la portata della locuzione, si è preferito lasciare alla discrezionalità degli interpreti l'applicazione corretta *case by case*.

Ad assumere particolare rilevanza come previsione degli *statute law* che consentono l'imposizione di *punitive damages*, attualmente è l'*Human Rights Act* del 1998 entrato in vigore nel sistema inglese nell'ottobre del 2000.

Tale previsione legislativa, divenendo il manifesto dei diritti dell'uomo che devono essere rispettati e tutelati, inevitabilmente incide anche sul sistema della responsabilità in generale, e su quella dei *punitive damages*, in particolare sotto molteplici profili e talvolta in maniera trasversale.

Sotto quest'ultimo profilo si apprezza, ad esempio, l'imposizione per gli ufficiali governativi di comportarsi in maniera compatibile con il summenzionato *Act*.

Ne deriva, di conseguenza, che qualsiasi comportamento perpetrato dagli ufficiali governativi contrario ai diritti dell'uomo impone un risarcimento a titolo di *punitive damages* a prescindere dalla tipologia di beni offesi.

⁴³ Testualmente LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, op. cit., p. 65, la quale evidenzia anche che la Section 229 del medesimo statuto prevede una previsione simile “*for infringement of the design right*.”

Con l'*Human Rights*, inevitabilmente, dovrebbe ampliarsi l'ambito di applicazione dei *punitive damages*. Infatti, seppur gli interpreti inglesi continuino a ritenere che tale forma di *award* possa essere riconosciuto esclusivamente nelle tre tipiche ipotesi individuate da Lord Devlin, tuttavia, l'evoluzione dei tempi e le esigenze di tutelare i cd "nuovi beni", devono, necessariamente e inevitabilmente, essere interpretate in maniera estensiva⁴⁴.

6. IF BUT ONLY IF: ULTERIORE STRUMENTO PROCESSUALE DI LIMITAZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES?

Nel *case law* **Rookes v. Barnard**, Lord Devlin, al fine di limitare l'espansione dei *punitive damages*, e l'ingente potere delle giurie, sostenne che quest'ultima avrebbe potuto concedere un *award* a titolo di *punitive damage if but only if* la somma che si sarebbe voluta attribuire a titolo di *compensative damages* non fosse stata adeguata a soddisfare le pretese attoree, a punire il colpevole, e a raggiungere l'effetto di deterrenza⁴⁵.

⁴⁴ A consentire un potenziale ampliamento dei confini di applicabilità dei *punitive damages* è la tipizzazione di valori fondamentali dell'uomo che devono essere tutelati dall'ordinamento giuridico quali la diffamazione a mezzo stampa, o la tutela della privacy. Si veda sul punto M. LUNNEY E K. OLIPHANT, *Tort law, text and materials*, op. cit., pp. 30 ss., secondo i quali "traditionally, English law does not recognize a liability for invasion of privacy as such, and that approach has been affirmed by House of Lord even post – HRA. Nevertheless under the influence of the Convention right, the courts have manipulated established principles of the equitable law of confidence to a very considerable extent, creating what is effectively a tort applying to the wrongful of private information."

⁴⁵ Si veda sul punto H. KOZIOL, V. WILCOX, B. ASKELAND, *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, *Tort and Insurance Law*, Vol. 25, ed. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, passim secondo cui "Lord Devlin set out the *if, but only if, test*: in a case in which exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that *if, but only if*, the sum which they have in mind to award as compensation (which may of course be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their

In tal modo si potevano raggiungere due risultati: da una parte limitare l'ormai incondizionato potere dei giurati e, dall'altra parte, far rientrare nelle voci costituenti il risarcimento del danno anche quella compensativa. Tuttavia, tale criterio limitativo non fu accettato da tutte le corti, come si evince dal *case law* **KD v. Chief Constable of Hampshire, Jon Hull** nel quale i giudici ritennero che il criterio *if but only if* non permettesse al sistema di perseguire efficacemente il suo intento deterrente.

Essi, infatti, affermarono che “*it should be noted that while assessing the adequacy of compensatory damages as serving the purpose of punishment/deterrence, no account can be taken of the costs burden which the unsuccessful defendant will have to bear. This is so notwithstanding costs could in themselves have a punitive and deterrent effect*⁴⁶”.

Inoltre, si rilevò che la funzione dei *compensatories* e quella dei *punitives damages* fosse sostanzialmente diversa e che l'una non potesse sostituire l'altra.

Pertanto, nel *case law* **Isaac v. Chief Constable of the West Midlands Police** si ritenne di *overruled* in parte la regola affermata da Lord Devlin non considerando opportuno applicare il criterio *if but only if* a qualsiasi azione avente ad oggetto un risarcimento a titolo di *punitive damages*⁴⁷. D'altra parte, se l'ordinamento giuridico deve soddisfare la sua pretesa sanzionatoria, ma allo stesso tempo deve fornire ai consociati l'esempio che anche nel diritto civile non si può commettere un illecito e rimanere impuniti, non vi è alcuna ragione per la quale non è possibile attribuire i

disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then they can award some larger sum.”

⁴⁶ Si veda sul punto H. KOZIOL, V. WILCOX, B. ASKELAND, op. ult. cit., p. 35

⁴⁷ Cfr. **Isaac v. Chief Constable of the West Midlands Police** [2001] EWCA Civ 1405

punitive damages se vi è stato già un risarcimento con funzione compensativa.

7. GLI EXEMPLARY DAMAGES NEL SISTEMA INGLESE: PROFILI DI ATTUALITÀ

Il *case law* **Rookes v. Barnard** ha determinato un restringimento dell'ambito di applicazione dei *punitive damages*, potendo essi essere attribuiti solo al verificarsi delle tre tipiche ipotesi enunciate da Lord Devlin e in costanza di illeciti extracontrattuali⁴⁸.

La *ratio* determinante tale limitazione è la loro funzione punitiva apparentemente contrastante, tuttavia, con principi e regole governanti il modello di *common law*, quali, *inter alia*, la regola secondo la quale la funzione punitiva-deterrente dovrebbe essere di competenza esclusiva della *criminal law* (inteso esclusivamente come diritto penale), con la conseguenza che istituti di ambito privatistico o pubblicistico non dovrebbero teoricamente assolvere anch'essi una funzione sanzionatoria.

⁴⁸ Al fine di evitare di incorrere in errori di qualificazione, sembra opportuno evidenziare che diversi sono i presupposti sui quali si basa un'azione per ottenere un risarcimento a titolo di *exemplary damages*. E, infatti, come sostenuto da Lord Devlin nel *case law* **Rookes v. Barnard**, cit., i *punitive damages* possono essere richiesti allorché taluno ha commesso un'azione che ha generato un danno all'onore o alla dignità del danneggiato o ha determinato nell'animo della persona offesa un senso di umiliazione, stress o sofferenza. Questa differenza di presupposti, in base ai quali è possibile attribuire gli *exemplary damages*, sembra essere rilevante ai fini della loro indagine, in quanto evidenzia anche l'ulteriore limitazione che tale ultima tipologia di risarcimento ha subito a seguito del *leading case* **Rookes v. Barnard**. Infatti, le condotte attualmente alla base del risarcimento a titolo di *aggravated damages* precedentemente rappresentavano i presupposti fondanti di un'azione per *punitive damages*. Nel LAW COMMISSION, *Aggravated, exemplary and restitutionary Damages*, op. cit., op. cit., p. 32 si rileva che “*exemplars of the sort of conduct which would lead to these form of intangible loss (n.d.r. punitive damages) were conduct which was offensive or which was accompanied by malevolence, spite, malice, insolence or arrogance; in other words, the type of conduct which had previously been regarde as capable or sustaining a punitive award (...)*”.

Tuttavia, l'effetto di deterrenza che i *punitive damages* produce sui consociati ha determinato i giuristi inglesi a cercare di evitare la loro abrogazione dal proscenio giuridico nazionale, limitandone, però, la loro portata applicativa⁴⁹.

Nel successivo *case law* **A.B. South West Water Services Ltd**, i giudici hanno affermato che per potere ottenere simile forma di *award* il *plaintiff* dovesse soddisfare il requisito della cd *action test*, ovvero dimostrare che “*il tort commesso oltre a rientrare nelle due categorie fissate da Rookes, fosse sanzionato prima del 1964*⁵⁰ .”

L'introduzione di tale nuovo requisito sembrerebbe, secondo alcuni studiosi, aver ristretto ulteriormente l'ambito applicativo dei *punitive damages*, poiché potevano ottenere un risarcimento a tal titolo solo i *torts* individuati e

⁴⁹ In tal senso si veda LAW COMMISSION, *Aggravated, exemplary and restitutionary Damages*, op. cit., secondo la quale “*by reinterpreting many of them as aggravated awards, he was able to conclude that exemplary awards were permissible (and justified) in just three categories of case. It is recognized that, given the previous understanding as to these awards, this effected a radical restrictions of the circumstances in which a claim for exemplary damages may be made. The reasons for so doing was Lord Devlin's assumption that the availability of an exemplary award in civil actions is anomalous because the punitive considerations which it incorporates properly belong exclusively to the criminal law. In addition, he believed that non serious gaps would be left by limiting exemplary damages in this way, since aggravated damages could do most, if not all, of the work done by exemplary awards in that, where they did not, the wrong would generally be punishable as a crime. In other words, he believed that while achieving doctrinal purity, the restriction would have little substantive effect. But because he accepted that, first, the weight of authority favoring exemplary awards made it impossible to remove them from the law completely: and, second, that they could in certain circumstances serve the useful purpose on vindicating the strength of the law, restriction was preferred to outright abolition.*”

⁵⁰ Cfr. **A.B. South West Water Services Ltd**, cit. Testualmente si veda F. BENATTI, *Correggere e punire, dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, ed. Giuffrè, Milano, 2008, p. 10: l'Autrice prosegue sostenendo che “*la decisione ha fortemente ristretto l'ambito di applicazione dei danni punitivi, limitandola ai torts of trespass to land, battery, assault, malicious prosecution, false imprisonment, defamation. Sono rimasti esclusi invece i casi di negligence, deceit, public nuisance e soprattutto quelli di discriminazione.*”

tipizzati prima del 1964, restando sostanzialmente preclusa la tutela, se non a titolo compensativo, di *torts* emersi dopo tale data⁵¹.

Tale ultima regola dell'*action test* è stata seguita per decenni dagli interpreti inglesi sino al recente *case law* **Kuddus v. Chief of Leicester Constabulary**⁵², nel quale ha subito una rilettura critica-costruttiva.

In tale sede gli interpreti anglosassoni hanno sostenuto che i *punitive damages* potessero essere riconosciuti qualora rientrassero in una delle categorie individuate da Lord Devlin e qualora il *plaintiff* dimostrasse comunque la *cause of action test*.

Tuttavia, con riguardo a tale ultimo elemento essi *overruled* la sentenza **A.B. South West Water Services Ltd** e ritennero che l'attore non dovesse dimostrare che il *torts* fosse sanzionato come tale antecedentemente al 1964, ma semplicemente che fosse riconducibile nelle tre categorie individuate nel *case law* **Rookes v. Barnard**. In particolare, uno dei giudici della House of Lord cercò di affermare il principio che “*preferred a pragmatic solution whereby exemplary damages would be allowed in respect of all torts except negligence, nuisance, breach of statutory duty, and all torts of strict liability*⁵³”.

Gli interpreti anglofoni, invero, non poterono non rilevare che l'emergere di nuovi dati socio-economici e di nuovi valori determinassero, inevitabilmente, una rilettura critico-costruttiva dei *punitive damages*. D'altra parte, come fu affermato da un altro membro della House of Lord,

⁵¹ Si veda sul punto LAW COMMISSION, *Aggravated, exemplary and restitutionary Damages*, op. cit., p. 39, second cui “*this cause of action test does not appear to extend to aggravated damages.*”

⁵² Cfr. **Kuddus v. Chief of Leicester Constabulary**, 2 A.C., 122 (2002).

⁵³ Cfr. l'opinione di Lord Scott nel *case law* **Kuddus v. Chief of Leicester Constabulary**, cit.

“*the genius of common law it is its capacity to develop and it appears strange that the law on this particular topic should be frozen by reference to decision that had been taken prior to and including Rookes v Barnard*⁵⁴.”

Nonostante la ritrosia degli interpreti, è un dato indiscutibile che l’emergere di nuovi valori sembra richiedere l’ampliamento dell’ambito di applicazione dei *punitive damages*.

A tal proposito, si impone una precisazione.

I *punitive damages*, almeno nel sistema inglese, non possono essere attribuiti in ipotesi di responsabilità contrattuale o adulterio, ma solo nei casi di cd illeciti extracontrattuali⁵⁵. Nell’ambito di tale ultima forma d’illeciti i nuovi dati socio-economici e legislativi, quali ad esempio l’emanazione dell’*Human Acts* del 1998, hanno determinato l’emergere di nuove forme di valori appartenenti alla personalità umana con la conseguente necessità di “punire” quei comportamenti che inevitabilmente ledono tali beni.

Per tale motivazione, moderni studiosi e interpreti ritengono che il maggior ambito di applicazione dei *punitive damages* attenga agli “*intentional torts, such as battery, false imprisonment and related civil rights torts, fraud, conversion, tortious interference with contractual intentional infliction of*

⁵⁴ Cfr. **Kuddus v. Chief of Leicester Constabulary**, cit.

⁵⁵ Cfr. in tal senso **Addis v. Gramophone & Co**, (1909) A.C. 488, e **Butterworth v. Butterworth and Englied** (1920). Infine, nel *case law* **Rookes v. Barnard**, cit., si affermò il principio che gli *exemplary damages* non potessero essere applicati nell’ambito contrattuale. Infatti, in ipotesi di inadempimento contrattuale si realizzava solo un danno economico, e non un danno “*non pecuniary*”, categoria, quest’ultima, per la quale sono attribuiti gli *exemplary damages*. In presenza di un *breach of contract* i singoli hanno a loro disposizione innumerevoli strumenti giuridici per rimediare al torto subito. Inoltre, a sostegno di tale tesi si addusse che il contratto solitamente è una vicenda privata che interessa due o più parti e, pertanto, l’illecito contrattuale è un comportamento indirizzato esclusivamente verso il singolo e non coinvolge anche l’interesse pubblico, come al contrario avviene quando si commette un illecito extracontrattuale.

*emeotional distress, abuso f process, traspas, maicious prosecution, and the baid faith refusal of isurers to settle within policy limits*⁵⁶, ovvero tutti beni la cui lesione configura un *intangibile loss*⁵⁷, determinando, siffatti illeciti, la lesione di beni della personalità di particolare rilevanza quali, ad esempio, la reputazione, la dignità, il rispetto, che generano nella persona lesa umiliazione, senso di degradazione e offesa.

In considerazione della rilevanza che tali interessi rivestono in qualsiasi sistema moderno, gli ordinamenti di *common law* ritengono, quindi, necessario imporre una condanna esemplare che oltre a punire l'autore dell'illecito possa anche dissuadere gli altri consociati dal commettere illeciti similari⁵⁸.

8. I NUOVI DATI SOCIO-ECONOMICI DETERMINANO L'ESIGENZA DI INTRODURRE NUOVE IPOTESI DI PUNITIVE DAMAGES?

L'emergere di nuovi dati socio-economici e di nuove tipologie di illeciti e, conseguentemente, di nuove forme di responsabilità hanno necessariamente determinato una nuova rilettura delle tipologie in presenza delle quali è possibile riconoscere i *punitive damages*.

⁵⁶ Testualmente L.L. SHLUETER, K. R. REDDEN, *Punitive damages*, op.cit., pp. 623 ss.

⁵⁷ Si veda THE LAW COMMISSION, *Aggravated, exemplary and restitutionary Damages*, op.cit., p. 26.

⁵⁸ Cfr. THE LAW COMMISSION, op. ult. cit., p. 28: “*where personality interests are involved, money awards are inevitably seen as an indication of the value which the law attaches to them and for this reason the symbolic function of punitive awards makes them particularly suited to this task.*”

In particolare, la giurisprudenza ha focalizzato la sua attenzione sulla *vicarious liability*, ovvero una tipica forma di responsabilità indiretta del datore di lavoro.

Con tale terminologia giuridica ci si riferisce a una particolare ipotesi di *strict liability* in base alla quale il datore di lavoro può essere ritenuto solidalmente responsabile per gli illeciti commessi dai suoi lavoratori a condizione, tuttavia, che essi siano la conseguenza dell'espletamento delle loro mansioni lavorative, e che vi sia stato un sufficiente nesso tra l'illecito commesso dal lavoratore e le funzioni a cui lo stesso era adibito⁵⁹. Inizialmente, anche qualora il lavoratore agisse anche in base alle disposizioni del datore e sotto la sua responsabilità, si riteneva comunque che quest'ultimo non potesse essere considerato responsabile, stante la personalità dei *punitive damages*. Infatti, tradizionalmente, in considerazione della loro funzione sanzionatoria, è stato sostenuto il principio della personalità di tale tipologia di danni: solo l'autore materiale del fatto, e non anche colui che aveva un obbligo di vigilanza, poteva esser ritenuto responsabile⁶⁰.

⁵⁹ Al fine di individuare la responsabilità anche del datore di lavoro, il sistema inglese ha individuato il cd *Salmond test*. Tipico esempio di *Salmond test* è il seguente "A master is not responsible for a wrongful act done by his servant unless it is done in the course of his employment. It is deemed to be so if it is either (1) a wrongful act authorized by the master, or (2) a wrongful and unauthorized mode of doing some act authorized by the master. Although there are few decisions on this point, it is clear that the master is responsible for acts actually authorized by him; for liability would exist in this case even if the relationship between the parties was merely one of agency, and not one of service at all. But a master, as opposed to the employer of an independent contractor, is liable even for the acts he has not authorized, provided they are so connected with the acts which he has authorized that they may rightly be regarded as modes - although improper modes - of doing them. In other words, a master is responsible not merely for what he authorizes his servant to do, but also for the way in which he does it."

⁶⁰ Si veda in tal senso M. LUNNEY E K. OLIPHANT, *Tort law, text and materials*, op.cit., p. 872.

Tale regola, tuttavia, è stata *overruled* nel recente *case law* **Rowlands v. Chief Constable of Merseyside Police**⁶¹ nel quale gli interpreti inglesi hanno affermato che i *punitive damages* possono essere riconosciuti anche laddove l'autore dell'illecito abbia una responsabilità *cd vicarious*.

Se da una parte tale *case law* sembra estendere l'ambito di applicazione dei *punitive damages* a nuove forme di illeciti, in realtà espande solo una delle categorie individuate da Lord Devlin. Tale pronuncia, in effetti, si giustifica proprio in considerazione delle profonde evoluzioni normative e sociali che indubbiamente investono i singoli sistemi.

Come sostenuto, infatti, da Lord Nicholis nel decidere del *case law* in questione “*in Rookes v Barnard Lord Devlin drew a distinction between acts by government official and similar acts by companies or individuals (...) I am respectfully inclined to doubt the soundness of this distinction today, national and international companies can exercise enormous power*”. Inoltre, sempre nella medesima pronuncia, Lord Scott affermò che “*the law regarding exemplary damages did not become fossilized and set in stone when Lord Devlin pronounced in 1964 (...) since then the common law has flowed on (...).*”

Nella prospettiva ermeneutica di simili evoluzioni, quindi, secondo alcuni giuristi anglosassoni dovrebbero forse essere rilette le categorie dogmatiche individuate da Lord Devlin nel lontano 1964 ampliando le ipotesi nelle quali possono essere riconosciuti i *punitive damages*.

⁶¹ Cfr. **Rowlands v. Chief Constable of Merseyside Police**, cit.

9. BREVI CENNI DI COMPARAZIONE: IL RECEPIMENTO DELLA TEORIA DI LORD DEVLIN IN ALCUNI SISTEMI DEL COMMONWEALTH

La tipizzazione delle ipotesi in presenza delle quali è possibile attribuire i *punitive damages* fu accolta quasi incondizionatamente dai giuristi anglosassoni, ed ancora attualmente rappresenta i presupposti fondamentali alla base della loro concessione.

Tuttavia, non tutte le giurisdizioni del *common law* ritennero opportuno limitare l'applicazione dei *punitive damages*.

Al contrario, i paesi della tradizione di Commonwealth affermarono espressamente la loro intenzione di *overruling* il *case law* **Rookes v. Barnard**, sul presupposto, come sostenuto dalle corti australiane, che “*uniformity in the common law jurisdictions was not to be prized too highly*”; non ogni sistema, seppur appartenente alla tradizione di *common law*, è necessariamente vincolato al precedente, potendo, *ex adverso*, in taluni casi, autodeterminarsi autonomamente⁶².

Un'indagine sistematica della responsabilità civile in alcuni modelli di Commonwealth consente di rilevare che seppur essi hanno rigettato le categorie dogmatiche di Lord Devlin, hanno recepito pienamente i principi che governano la materia dei *punitive damages*.

Sembra opportuno, pertanto, volgere lo sguardo, seppur sinteticamente, anche ad alcune esperienze del Commonwealth.

⁶² Cfr. il *leading case* **Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd** (1966) 117 C.L.R., 118. Nonostante le corti australiane non abbiano accettato i limiti imposti da Lord Devlin, comunque hanno ritenuto opportuno riaffermare il principio che “*i danni punitivi devono essere concessi solo in seguito a condotte molto gravi*” al fine, da un lato, di punire l'autore dell'illecito, e, dall'altro di scoraggiare successive azioni di tale genere. Per un maggior approfondimento sul punto si veda F. BENATTI, *Correggere e punire, dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op.cit., p. 21.

9.1. IL MODELLO AUSTRALIANO

Nel sistema australiano non si ritenne opportuno seguire *in toto* le restrizioni individuate da Lord Devlin, ma si affermò il principio che i danni punitivi dovessero essere concessi solo in costanza di condotte gravi “*to punish the wrongdoer*”⁶³, e solo se i danni compensativi fossero risultati insufficienti per punire il colpevole.

Al fine di limitare l’espansione dei *punitive damages* il sistema australiano sembra avere inciso sulla loro quantificazione, essendo ormai principio consolidato in giurisprudenza che essi, anche se non possono essere per natura proporzionali ai danni compensativi, devono essere comunque giusti e ragionevoli.

Sono stati individuati, quindi, criteri per quantificare il loro ammontare rappresentati dalla gravità della condotta, dall’offesa al patrimonio del convenuto, dal comportamento dell’attore e dalla necessità di evitare un eventuale *windfall*.

La *law in action* dimostra che applicando rigorosamente tali criteri, in Australia i danni punitivi, sebbene siano riconosciuti, sono generalmente di ammontare abbastanza modesto, e qualora siano eccessivamente onerosi possono essere soggetti a riduzione secondo equità.

Inoltre, per attribuire *punitive damages* è necessario che vi sia stato un intento doloso e che non vi in seguito alla commissione dell’illecito non vi sia stata già una condanna penale, nel rispetto del principio del *ne bis in idem*⁶⁴.

⁶³ Cfr. il *case law Uren v. John Fairfax & Sons Pty Ltd* (1966) 117 CLR 118 at 154.

⁶⁴ Nello stesso senso si veda F. BENATTI, op. ult. cit., p. 22, secondo la quale “*la funzione punitiva dei punitive damages è, in questi casi, già adempiuta dalla pena*”. Inoltre, sempre

Tuttavia, nonostante i limiti imposti, l'ambito applicativo dei danni punitivi nel sistema australiano sembra essere abbastanza vasto, potendo essere riconosciuti come rimedio di numerose *tort actions*, di *wrongful death* e, persino, per l'inadempimento contrattuale.

Proprio tale ultima categoria sembrerebbe far sorgere in studiosi e interpreti i maggiori dubbi potendosi determinare un'espansione incondizionata delle fattispecie in cui è possibile riconoscere i *punitive damages*⁶⁵.

In tal modo, il sistema australiano sembrerebbe porsi in controtendenza rispetto al modello americano e al cugino inglese che, invece, non sembrerebbero ammettere i *punitive damages* in ambito contrattuale.

9.2. IL MODELLO NEOZELANDESE

La particolarità che caratterizza i *punitive damages* nel sistema neozelandese⁶⁶ sembrerebbe essere che la loro funzione è solo punitiva e non anche deterrente.

secondo l'Autrice, anche in Australia, come in Inghilterra, i *punitive damages* "non sono concessi nei casi di *wrongful death* e per inadempimento contrattuale. Tuttavia essi sono stati recentemente concessi per *breach of fiduciary duty* nel caso *Digital Pulse Pty Ltd. v. Harris & Ors in equità*. Tale decisione risulta ancora più sorprendente se si considera che l'orientamento tradizionale è sempre stato in Australia quello di negare l'ammissibilità dei danni punitivi in equità. La loro concessione per *breach of contract* potrebbe determinare un'espansione ai casi di risarcimento del danno contrattuale (...)" Cfr., altresì, il case law **Watts v. Leitch** (1973) TAS.S.R., p. 16.

⁶⁵ Si tenga presente che le regole che governano i *punitive damages* possono variare da Stato in Stato in quanto gli stati appartenenti alla federazione australiana possono restringere il loro ambito di applicazione attraverso leggi speciali. È significativo l'esempio del New South Wales che ha proibito i danni punitivi per *defamation*.

⁶⁶ Sul punto non sembra esservi unanimità di veduta; in contrasto con questa tesi A.I. OGUS, B.C.L., M.A., *The law of damages*, op. cit., p. 23, afferma che "New Zealand appears to have followed Lord Devlin." In tale ultimo senso si veda il caso **Greville v. Wisemann** (1967), N.Z.L.R. 795.

Tale affermazione rinviene la sua giustificazione nell'indagine diacronica. Nel 1982 è entrato in vigore l'*Accident Compensation Act* con il quale si iniziò a modificare l'idea che i danni punitivi potessero essere risarciti indipendentemente dalla colpa, almeno con riferimento ai *personal injury by accident*.

Tale azione processuale fu, *de facto*, eliminata dal proscenio giuridico australiano in quanto si cercò di addivenire a una compensazione bonaria della controversia e i risarcimenti erano materialmente corrisposti tramite un fondo statale.

La *ratio* della legge era garantire una compensazione efficiente dei danni senza, tuttavia, far incorrere i consociati in costi processuali ritenuti eccessivi. Di conseguenza il campo di applicazione dei *punitive damages* sembrò essere limitato ai casi residuali, che non rientravano nella categoria della *personal injury*, come ad esempio la diffamazione e le lesioni alla proprietà privata⁶⁷.

Tuttavia, le previsioni dell'*Accident Compensation Act* sono progressivamente entrate in crisi, sia per il verificarsi di abusi della parte ritenuta forte, sia per la diminuzione dei fondi statali che hanno determinato nei fatti una riduzione dei risarcimenti e una sottocompensazione. Gli interpreti australiani hanno continuato, pertanto, ad ammettere l'azione per *exemplary damages* qualora si fosse ritenuto che l'autore dell'illecito meritasse di essere punito per la gravità della sua condotta.

Tale ricostruzione storica, consente quindi di comprendere perché i danni punitivi in Nuova Zelanda sono concessi solo con l'intento di punire il

⁶⁷ Si noti che il sistema neozelandese, al pari di quello americano e inglese, non sembra ammettere i *punitive damages* in ambito contrattuale.

colpevole, a differenza dell'Inghilterra dove essi hanno la funzione “*to punish and to deter*”.

Ma i giudici neozelandesi si sono mostrati, soprattutto negli ultimi decenni, diffidenti e critici nei confronti di un'incondizionata diffusione dei *punitive damages*, e hanno individuato come elemento soggettivo necessario per il riconoscimento di un *award* a titolo di *exemplary damages* il dolo, non ritenendosi sufficiente la *negligence*⁶⁸, hanno previsto “*che la morte della vittima in seguito all'evento dannoso, ma prima che il caso sia discusso avanti il Giudice, esclude l'applicabilità dei punitive damages*⁶⁹”, e hanno individuato il loro ammontare in misura esigua.

Ciò non ha evitato che, in pratica, nel modello neozelandese si rinvenga un numero di casi di risarcimento danno a titolo di *punitive damages* particolarmente elevato.

Siffatta tendenza espansionistica è stata frenata definitivamente dalla Corte d'Appello che nel *case law Ellison v. L.* ha affermato che la funzione punitiva caratteristica degli *exemplary damages* può essere raggiunta anche se il loro ammontare è di entità limitata non dovendo essere considerati ammissibili *punitive damages* troppo elevati.

⁶⁸ Si veda in tal senso F. BENATTI, *Correggere e punire, dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op. cit., p. 19, secondo la quale “*l'applicazione dei punitive damages non si è comunque estesa ai casi di ordinary negligence. Intorno alla metà degli anni 90 vi erano state alcune sentenze che avevano riconosciuto gli exemplary damages anche in tali casi su presupposto che, se il livello di negligence era molto elevato, colui che aveva commesso il tort meritava di essere punito. Sennonché in Ellison v. L. è intervenuta la Corte di Appello, la quale ha definitivamente stabilito che per l'ammissibilità dei punitive damages la negligence non è sufficiente, ma è necessaria una condotta grave e volontaria.*”

⁶⁹ Testualmente F. BENATTI, *Correggere e punire, dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op.cit., p. 19. Si veda, inoltre, il *case law Daniels v. Thompson*, 1989, 1, N.Z.L.R., 325, la quale ha enunciato tale regola di diritto interpretando la *Section 32* del *Law Reform Act 1936*

9.3. IL MODELLO CANADESE

Il sistema canadese ha rigettato integralmente le limitazioni del modello inglese accogliendo, invece, la nozione di *punitive damages* di matrice statunitense, e ponendosi, in tal modo, in netta antitesi con il sistema prettamente anglosassone.

Nel sistema americano, infatti, come in quello canadese, si è assistito a un'espansione incondizionata degli *exemplary damages* sebbene “*concessi, anche in questi modelli, per i torts di defamation, assault, trespass, slander, false imprisonment*⁷⁰”, ovvero quei danni che, con un terminologia italiana, sono definibili come morali o lesivi dei diritti della personalità.

Tuttavia, anche in questo modello si richiede che la condotta dell'agente sia connotata da dolo, non sembrando sufficiente l'elemento della colpa.

La limitazione dell'elemento soggettivo, non ha impedito una progressiva espansione dei *punitive damages*, come si evince dal *case law* **Volchek v. Koshel**, in cui la Corte di Appello della British Columbia ha previsto l'applicazione di tale forma di *award* ad una fattispecie di responsabilità da prodotto, e quindi oggettiva.

L'espansione dei *punitive damages* nel sistema canadese si caratterizza, soprattutto, per la loro determinazione nel *quantum*, poiché, sull'esempio dell'esperienza americana, il loro ammontare sembra essere particolarmente elevato.

Invero, la giurisprudenza continua a ritenere un principio fondamentale governante la materia quello in base al quale il risarcimento per *punitive*

⁷⁰ Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire, dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op.cit., p. 27.

damages deve essere ragionevole e non necessariamente proporzionale ai danni compensativi.

Ai fini della loro quantificazione i criteri di determinazione sono rappresentati dalla gravità della condotta, incluso il comportamento successivo alla commissione del *tort*, dal guadagno ottenuto, dall'offesa causata all'attore e dall'entità del patrimonio del convenuto.

Proprio quest'ultimo criterio è ritenuto di particolare rilievo rappresentando il vero limite imposto per impedire che i *punitive damages* siano imposti in misura talmente elevata da causare problemi al convenuto o, invero, in entità troppo esigua da vanificare, *ex adverso*, la loro funzione deterrente.

CAPITOLO II

IL SISTEMA STATUNITENSE: VERA PATRIA DI ORIGINE DEI PUNITIVE DAMAGES?

Sommario: 1. Il caso americano: vero padre fondatore dei *punitive damages*. Sintetica indagine diacronica; 2. Il sistema americano sembra limitare l'espansione degli *exemplary damages*; 3. La *law in action* individua strumenti di limitazione all'applicazione dei *punitive damages*; 4. L'analisi economica dei *punitive damages*. La teoria dell'internalizzazione dei costi nel sistema americano. Nuovo strumento di quantificazione del danno e di limitazione incondizionata dei *punitive damages*?; 4.1. Applicazione pratica della teoria dell'internalizzazione dei costi: il *leading case* BmW e Pacific Mutual Life Insurance co v. Haslip; 5. La tesi dell'internalizzazione dei costi necessita di un'integrazione? I correttivi alla teoria di Polinsky e Shavell individuati dalla moderna dottrina; 6. Applicazioni pratiche e problematiche metodologiche; 7. La lettura costituzionalmente orientata dei *punitive damages*.

1. IL CASO AMERICANO: VERO PADRE FONDATORE DEI PUNITIVE DAMAGES.

SINTETICA INDAGINE DIACRONICA

L'istituto dei *punitive damages* compare all'interno del sistema statunitense come recezione dell'epoca della colonizzazione.

Intorno al 1784, infatti, per la prima volta, e sulla spinta del modello inglese, nel *case law* **Genay v. Norris** la Corte statunitense riconobbe un risarcimento a titolo di *exemplary damages*⁷¹, e, nel successivo *case law*

⁷¹ Nel *case law* **Genay v. Norris**(1784) 1 SC 3, 1 Bay 6, la fattispecie atteneva al caso di un oste il quale aveva “aggiunto per scherzo, in un bicchiere di vino servito ad un avventore del suo locale, una quantità rilevante di *spanishfly*, così provocandogli una malattia nel corpo (...)” Si veda testualmente 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*, EPC Libri editore, p. 48.

Coryell v. Collbough, estese tale forma di *awards* anche all'ipotesi di *breach of contract to marry*⁷².

Già in questa primordiale fase della nascita dei *punitive damages*, nel sistema statunitense si evidenziarono differenze con il modello inglese. Infatti, mentre quest'ultimo ha sempre respinto l'idea di estendere gli *exemplary damages* come strumento di tutela nei casi in cui si fosse verificato un *breach of contract*, o l'adulterio, gli Stati Uniti, al contrario, hanno da sempre tentato di rendere i *punitive damages* strumento generalizzato a disposizione dei consociati⁷³.

Nel *case law* **Day v. Woodworth** del 1851, la Corte Suprema ne ha riconosciuto la generale e incondizionata applicazione⁷⁴, con la loro conseguente progressiva espansione⁷⁵.

⁷² Cfr. il *case law* **Coryell v. Collbough**, 1971, *passim*. Si veda, anche, F. BENATTI, *Correggere e punire, dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op. cit., p. 28; "nella motivazione la Corte afferma di non volere solo considerare il danno effettivamente subito, ma di concedere i danni punitivi, affinché la sua decisione servisse da esempio (...) benché non si fosse in presenza di un tort, ambito nel quale si riteneva legittima la loro operatività, le particolari caratteristiche del breach of contract to marry lo avvicinavano ai torts e perciò ne giustificavano la applicabilità." Per un maggior approfondimento della categoria concettuale del *breach of contract* si veda F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, IV, ed. Zanichelli, 2010, pp. 128, secondo il quale il *breach of contract* di matrice inglese indica una fattispecie diversa rispetto all'equivalente ipotesi *civilian*. Infatti, mentre in quest'ultimo modello la cd responsabilità contrattuale tutela l'inadempimento di un'obbligazione, nel sistema di *common law* con tale terminologia si indica "l'inadempimento di una promessa contrattuale espressa o dell'inadempimento di dover eseguire un contratto secondo buona fede."

⁷³ Per le limitazioni dell'applicabilità dei *punitive damages* nel sistema inglese si veda A.I. OGUS, B.C.L, M.A, *The law of damages*, op. cit., pp 27 e 28, secondo il quale "in two important cases, the court showed themselves unwilling to extend the boundaries of the award to actions in contract or for adultery." Nello specifico, si ricorda, ci si riferisce ai *cases law* **Addis v. Gramophone Co.**, nel quale si discuteva proprio di un'ipotesi di *breach of promise of marriage*, e del *case law* **Butterworth v. Butterworth and Englefield** che si interessava di un'ipotesi di adulterio. Per completezza, si precisa che l'azione per adulterio è stata definitivamente abolita nel 1970 con la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act*.

⁷⁴ Cfr. **Day v. Woodworth**, 54 U.S. 13 How., 363, (1851) "in actions of trespass and all actions on the case for torts, a jury may give exemplary or vindictive damages depending upon the peculiar circumstances of each case. But the amount of counsel fees, as such, ought not to be taken as the measure of punishment or a necessary element in its infliction."

⁷⁵ Testualmente, V. D'ACRI, *I danni punitivi*, op.cit., p. 49.

Inizialmente “l’impiego delle condanne esemplari era rappresentato dai casi di diffamazione, di violazione volontaria dell’integrità fisica e della proprietà⁷⁶”, in seguito tale azione venne utilizzata anche in altre ipotesi come la “responsabilità del produttore, le infrazioni degli obblighi contrattuali connessi in mala fede, nonché la lesione dei diritti civili e le trasgressioni di specifiche norme di legge⁷⁷.”

Solo in tempi recenti, innanzi all’incessante proliferazione delle ipotesi di *punitive damages*, studiosi e interpreti hanno iniziato a ravvisare l’esigenza di una rilettura critica dell’istituto al fine di tracciare alcuni confini alla loro applicazione, nonostante la ritrosia degli Stati Uniti, rispetto all’Inghilterra, di imporre limiti stringenti all’imposizione di siffatto istituto⁷⁸.

Infatti, il moltiplicarsi delle ipotesi in cui fosse ammesso un risarcimento a titolo di *exemplary awards* determinava conseguenze negative che incidevano tanto sui singoli cittadini, quanto sull’intero sistema economico americano.

Dal primo punto di vista, poiché i *punitive damages* si collocano in una categoria al limite tra il diritto civile e quello penale, le corti americane,

⁷⁶ Testualmente F. GIOVAGNOLI, *I punitive damages nell’esperienza statunitense, l’applicazione estensiva dell’istituto alle ipotesi di breach of contract e product’s liability, passim*, p. 2. Uno dei *leading case* in materia di *punitive damages* attribuito per una causa di diffamazione è rappresentato dalla sentenza **New York Times Co v. Sullivan**, U.S. 254 (1964), Supreme Court, nel quale i giudici supremi sostennero che per attribuire un *exemplary damages* era necessaria una prova concreta del comportamento malizioso dell’agente.

⁷⁷ Cfr. F. GIOVAGNOLI, op. ult. cit., p. 2.

⁷⁸ Per alcune critiche ai *punitive damages* nel sistema americano si veda J. C. JEFFRIES JR., *A Comment on the Constitutionality of Punitive Damages*, 72 VA. L. REV. 139, 139 (1986) (noting that the tort system is approaching a crisis); D. QUAYLE, *Civil Justice Reform*, 41r vb AM. U. L. REV. 559, 564 (1992) (proposing a reform of punitive-damages awards); V. E. SCHWARTZ ET AL., *Reining in Punitive Damages "Run Wild" Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, 65 BROOK. L. REV. 1003, 1004 (1999) (*describing punitive damages in many states as "UJackpotjustice"*).

come quelle inglesi, hanno ritenuto che i cittadini fossero sostanzialmente privati delle garanzie tipiche che connotano la *criminal law*⁷⁹.

Con riferimento, invece, al dato socio-economico è stato rilevato che i risarcimenti particolarmente onerosi rischiavano di determinare un collasso del sistema assicurativo statunitense.

È noto che solitamente autori di illeciti, tali da generare un risarcimento a titolo di *punitive damages*, sono le multinazionali, le quali spesse volte sono condannate a risarcire le vittime con risarcimenti particolarmente esosi. Naturalmente, il risarcimento ricade a cascata sulle compagnie assicurative, le quali, per tutelarsi, aumentano esponenzialmente il *quantum* delle polizze, o talvolta sono restie a concedere assicurazioni ad alcune società⁸⁰.

Per tali motivazioni di ordine gius-economico anche gli interpreti statunitensi hanno ricercato soluzioni che limitassero l'espansione di questi

⁷⁹ In questo senso si veda F. BENATTI, *Correggere e punire, dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op. cit., p. 33, secondo la quale "nella prima metà del XX sec. il dibattito si è concentrato soprattutto sulle dimensioni private or public dei danni punitivi. Si osservava che i punitive damages erano utilizzati nelle private civil action per punire public wrong. Questa dicotomia era giudicata da alcuni grave, perché il compito di punire è proprio solo dello Stato e perché il denaro avrebbe dovuto essere pagato allo Stato trattandosi di public wrong." Si veda anche F. GIOVAGNOLI, *I punitive damages nell'esperienza statunitense*, op. cit., p. 2, secondo cui "le corti di common law definiscono la figura giuridica come un private remedy rather than a public criminal sanction, ponendo in secondo piano gli aspetti penalistici e ne ammettono il riconoscimento, non tanto nei casi in cui l'illecito civile sia stato commesso unicamente con colpa, visto che una funzione ammonitoria è già svolta dall'istituto dei tort, ma quando l'azione sanzionabile sia posta con evil motive, fraudolente prurposes e con reckless, tali da determinare grave inosservanza e disprezzo dei diritti dei terzi."

⁸⁰ La problematica riguardante il sistema assicurativo è comune sia agli Stati Uniti che all'Inghilterra. Infatti, anche in quest'ultimo sistema, a determinare l'imposizione di incisivi limiti all'applicazione dei *punitive damages*, fu il timore che i premi assicurativi divenissero eccessivamente onerosi, determinando in tal modo una crisi del settore. Nel case law **Heaps v. Perrite Ltd** (1937) 2 All. E.R. 60, at 61, C.A la Corte inglese affermò che, se i "large damages" avessero avuto una diffusione incondizionata, i premi assicurativi sarebbero divenuti talmente esosi che il *business* delle assicurazioni sicuramente non avrebbe avuto alcuna possibilità di sviluppo. Sul punto si veda anche M. LUNNEY E K. OLIPHANT, *Tort law, text and materials*, op.cit., p. 25 secondo i quali "in nine out of ten cases the real defendants are insurance companies, with the remainder comprising large self-insured organizations or public bodies. Only rarely are individuals the real defendants (...) insurers pay out 94% of tort compensation."

awards, elaborando, tuttavia, soluzioni diverse rispetto a quelle appartenenti al modello inglese.

2. ANCHE IL SISTEMA AMERICANO SEMBRA LIMITARE L'ESPANSIONE DEGLI EXEMPLARY DAMAGES

L'esigenza di individuare un limite all'applicazione dei *punitive damages*, onde evitare un'assenza di tutela processuale ai convenuti, e un potenziale collasso del sistema assicurativo, sembra essere rimasta nel sistema statunitense – apparentemente – una voce isolata.

Infatti, solo in alcuni Stati le Corti americane hanno realmente tentato di limitare l'attribuzione di risarcimenti particolarmente onerosi, con la conseguenza che in tutti gli Stati americani la richiesta del *plaintiff* era solitamente accolta⁸¹.

Dottrina e giurisprudenza si trovavano, quindi, innanzi a un dilemma: da un lato, infatti, si riteneva – e si ritiene ancora oggi - necessaria la presenza dei *punitive damages*, confidando nella loro funzione punitiva e deterrente, dall'altro lato, invece, ricercavano maggiori forme di tutela per il *defendant*. In tale prospettiva iniziarono a individuare strumenti che consentissero di limitare l'espansione incondizionata dei *punitive damages*.

Inizialmente, uno dei pochi limiti era rappresentato dall'onere delle prova: le Corti americane, al fine di riconoscere i *punitive damages*, iniziarono a richiedere che fosse dimostrata l'intenzione dolosa del danneggiante con

⁸¹ In contrario, alla luce delle limitazioni che si cercano di attribuire ai *punitive damages*, nelle giurisdizione in cui essi sono attribuiti si tenta di indagare non solo la condotta del *defendant* ma anche il suo intento. Solitamente ci si domanda se la condotta dimostra “*an indifference to the rights of others*”.

prove chiare ed evidenti, non ritenendosi più sufficiente l'applicazione del tradizionale principio della “*preponderance of the evidence*”⁸².

Ma è stato merito della Corte Suprema l'individuazione di un *framework* costituzionale che regolamentasse i danni punitivi.

La Suprema Corte ha ritenuto che i danni punitivi non violassero l'ottavo emendamento, o le regole del giusto processo, ma che comunque fosse necessario predisporre cautele per evitare qualsiasi arbitrio di giudici e giurie⁸³.

A tal fine i Supremi giudici hanno elaborato sei criteri da rispettare allorquando si intenda riconoscere i *punitive damages*.

Si statuì, innanzitutto, che fosse necessario dimostrare la condotta riprovevole del danneggiante. L'onere della prova poteva ritenersi assolto qualora fossero stati accertati i seguenti elementi: 1) il verificarsi di una sofferenza psichica e non economica; 2) la condotta indifferente del danneggiante nel ledere la salute o la sicurezza fisica altrui; 3) l'intento della condotta di generare una vulnerabilità finanziaria nel danneggiato; 4) una condotta connotata da “*malice, trickery, or deceit, or mere accident*”. Qualora tali elementi fossero stati dimostrati, nel determinare i *punitive damages* giudici e giurie dovevano valutare se la “*disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award*”⁸⁴ fosse eccessivamente onerosa in relazione anche a quanto previsto dalla Carta costituzionale⁸⁵, e se vi fosse una differenza notevole rispetto

⁸² Si ricorda, inoltre, che inizialmente nel sistema americano il ragionevole dubbio non era riconosciuto neanche come strumento di difesa per il *defendant*.

⁸³ Sul punto si veda il *case law* **Browning-Ferris Indus of Vermont Inc. v. Kelco Disposal, Inc.**, 492 U.S. 257, 109 S.ct. 2909, 106 L.Ed.2d 219 (1989).

⁸⁴ In tal senso si veda L.L. SHLUETER, K. R. REDDEN, *Punitive damages*, op.cit., p. 418.

⁸⁵ In quest'ultimo senso si veda D. MARKEL, *Retributive damages: A theory of punitive damages as intermediate sanction*, op. cit., p. 251. Secondo l'Autore, inoltre, nel *case law*

all'ammontare del risarcimento riconosciuto da un'altra giuria in un caso analogo, onde evitare eccessive sproporzioni e indebiti arricchimenti. Nell'ormai noto *leading case* Philip Morris inoltre fu riconosciuto il potere dei giudici di istruire le giurie per evitare che queste ultime punissero sproporzionatamente il colpevole ricomprendendo nell'ammontare dei *punitive damages* non solo il danno effettivamente sofferto dal danneggiato, ma anche le sofferenze sopportate da eventuali terze parti⁸⁶.

Sebbene la Corte Suprema abbia ritenuto necessario e fondamentale imporre tali regole, non ha, al contempo, esteso le tipiche garanzie processuali della *criminal law* anche al processo civile laddove il *petitum* fosse stato il risarcimento per *punitive damages*: il convenuto, quindi, nelle azioni per risarcimento del danno non aveva – e non sembra avere ancor oggi - “*the right to bifurcate proceeding between liability and punitive damages, no right against vicarious liability, no right against double jeopardy, no right to counsel, no right to a beyond reasonable doubt, standard of proof, and no right to avoid testifying on the grounds that such testimony might lead to punitive damages liability*”⁸⁷.”

Tuttavia, il lodevole intento della Corte Suprema di cercare di limitare l'espansione dei *punitive damages* sembra essere rimasta, in parte, lettera morta assistendosi, invece, a una costante e progressiva proliferazione dei *punitive damages*.

State Farm v. Campbell la Corte stabilì una presunzione in base alla quale “*in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process.*”

⁸⁶ Come ulteriore garanzia, si prevede, infine, che almeno le Corti federali utilizzassero nuovi elementi di valutazione per verificare realmente la necessità di attribuire un *award* particolarmente oneroso.

⁸⁷ Testualmente D. MARKEL, *Retributive damages: A theory of punitive damages as intermediate sanction*, op. cit., p. 252.

3. LA LAW IN ACTION INDIVIDUA STRUMENTI DI LIMITAZIONE ALL'APPLICAZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES

Per comprendere se nel modello statunitense siano stati predisposti strumenti atti a limitare l'espansione dei *punitive damages*, è necessario volgere lo sguardo alla *law in action*, la quale sembra offrire allo studioso strumenti in grado di fronteggiare il fenomeno, incidendo non sull'espansione numerica delle ipotesi di *damages* ma sul loro *quantum*. Merito dell'evoluzione in tal senso sembra essere non solo un lavoro di ortopedia giuridica di studiosi e interpreti ma anche e soprattutto una spinta in tal senso derivante dalle compagnie di assicurazione. Esse, infatti, solitamente assumono la veste di parte sostanziale del processo dovendo, *de facto*, eseguire le sentenze giudiziali, essendo il risarcimento materialmente corrisposto da loro e non dall'autore materiale dell'illecito. Tale situazione rischia di determinare, inevitabilmente, non pochi problemi economici. Infatti, le singole compagnie assicurative potrebbero determinarsi a concedere le polizze con particolare parsimonia o a prezzi particolarmente svantaggiosi.

Tale fenomeno ha pertanto influenzato non poco l'evoluzione della *law of torts*, determinando talvolta una minirivoluzione sul loro scenario giuridico⁸⁸. Studiosi e interpreti, pertanto, alla luce di tali dati socio-

⁸⁸ Come sostenuto da illustri autori M. LUNNEY E K. OLIPHANT, *Tort law, text and materials*, op. cit., pp. 24 “*there is no doubt that insurance influences the practical operation of the law of tort.*” Infatti, gravando sulle compagnie assicurative, sostanzialmente, l'onere del risarcimento, nella prassi si è sviluppato un meccanismo in forza del quale sono proprio loro ad accordarsi e determinare “*when, and for how much, claims are settled.*” Inevitabilmente, quindi, il potere delle compagnie assicurative si estende anche nella determinazione del *quantum* del risarcimento, in quanto nel momento della sua

economici hanno sollevato non soltanto problemi dogmatici e di inquadramento giuridico dei *punitive damages*, ma anche dubbi in merito alla determinazione del loro *quantum*.

Ma la risoluzione del problema non è agevole né tantomeno sembra che si sia giunti a criteri di quantificazioni certi e precisi in considerazione anche della circostanza che *i punitive damages* solitamente sono posti a presidio dei cd *non pecuniary losses*.

Infatti, - come anticipato - gli *exemplary damages* sono solitamente riconosciuti per gli illeciti extracontrattuali ovvero allorquando oggetto di lesione sono “beni” che non possono esattamente quantificati nel loro valore⁸⁹.

Non è quindi agevole individuare limiti quantitativi che consentono al contempo di coniugare la tradizionale funzione retributiva-deterrente con l’esigenza di giustizia sociale che caratterizza da sempre gli *exemplary*

quantificazione si è soliti tenere in considerazione che l’effettivo pagamento deriva non dalla parte formale del processo ma da terzi. M. LUNNEY E K. OLIPHANT, sostengono che “*insurers are the paymaster of the tort system: they process the routine payments and they decide which elements of damages they will accept or contest (...) insurers decide, in particular, whether a case merits the very exceptional treatment of being taken to a court hearing.*” La conseguenza negativa è che i risarcimenti del danno spesso sono attribuiti in misura realmente irrisoria, tale che talvolta non superano neanche i £2,500.

⁸⁹ In questo senso si veda LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damage*, op. cit., pp. 38 e 39 secondo la quale “*aggravated damages are available in respect of those wrongs where damages are at large. Lord Devlin used this expression to mean those cases where the award is not limited to the pecuniary loss that can be specifically proved. It is because it is impossible to equate the plaintiff’s loss (which is non-pecuniary) to sum a money that it is permissible to have regard to the conduct of the defendant, as a means of determining the sum that should be awarded and as a guide to that process (...)*” sempre la LAW COMMISSION sostiene che “*it has been held that an award of aggravated damages cannot be made where the wrong of which the plaintiff complain is a breach of contract. this is so despite the fact that, in contrast to personal injury cases, a breach of contract which is accompanied by some exceptional conduct will not necessarily amount at the same time to a nominate tort for which aggravated damages can be awarded (...)*”.

damages, al fine di evitare un risarcimento sproporzionato o una duplicazione delle poste risarcitorie.

Diacronicamente, emerge che le Corti angloamericane richiedevano alle giurie al momento della quantificazione delle singole voci di danno di rispondere alla seguente domanda “*how much would it have been worth in money not to endure that pain and suffering which the plaintiff has endured*⁹⁰?”

Tuttavia, ben presto si resero conto che simile criterio non era sufficiente per valutare equamente i *punitive damages*, quantomeno laddove fossero tutelati beni che non avevano un concreto ed effettivo valore economico⁹¹. In tale prospettiva ermeneutica, allora, si comprendono i tentativi di individuazione di alcuni criteri di quantificazione dei *punitive damages* da parte degli interpreti anglofoni. Essi hanno affermato che giudici e giurie allorquando avessero dovuto decidere se riconoscere un *punitive damages* avrebbero dovuto attribuire particolare rilievo non solo al comportamento del *defendant* ma anche a quello del *plaintiff*.

Nell'ormai noto *case law* **Rookes v. Barnard** condizione imprescindibile e fondamentale per attribuire un *award* a titolo di *punitive damages* è che vi sia stata una condotta irreprensibile da parte del *plaintiff*⁹². Quest'ultimo,

⁹⁰ Cfr H. STREET, *Principles of the law of damages*, Sweet Maxwell Limited, 11 newsletter lane, 1962, p. 4.

⁹¹ Nel *case law* **Heaps v. Perrite Ltd** (1937) 2 All E.R 60, at 61, C.A si affermò che “*if these large damages become common in these cases the insurance premium will be so heavy that business will become impossible.*”

⁹² Si veda A. M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L.Rev.*, 1997-1998, pp. 905, secondo i quali il *defendant* deve “*acted in a reprehensible manner – in a way that is egregious, malicious, or undertaken with reckless disregard for the rights of other – before punitive damages can be imposed on him*”. Gli studiosi H. MCGREGOR, *On damages*, Sweet & Maxwell Limited, sixteenth edition 1997, London, p. 306, ritengono che sebbene non sia agevole individuare l'ambito di applicazione e i margini operativi di simile regola, comunque essa è stata ripetutamente applicata dai giudici inglesi. Inoltre, i *punitive damages* non sono trasmissibili *mortis causa* e tale regola è stata recepita

infatti, non deve aver concorso, neanche colposamente, nella commissione dell'illecito, né deve avere tentato un'ingiustificata ed indebita azione giudiziaria. Di contro, il *defendant* deve avere tenuto un comportamento privo di qualsiasi forma di dolo o colpa anche lieve.

L'azione dolosa del danneggiato, infatti, potrebbe determinare l'irrisarcibilità del danno, mentre quella colposa potrebbe comportare una riduzione equitativa del *quantum* del risarcimento⁹³.

Valutato il comportamento delle parti processuali, e riconosciuto l'illecito commesso dal *defendant* l'assenza di qualsiasi colpa del *plaintiff*, la giuria deve altresì accertarsi che non sia stato già riconosciuto il risarcimento danno a titolo compensativo⁹⁴. In caso contrario, il *quantum* dei *punitive damages* dovrebbe ammontare esclusivamente alla differenza tra il risarcimento già corrisposto e quanto si deve ulteriormente corrispondere a titolo di sanzione.

Alla base di siffatta regola, sostanzialmente, vi è un principio analogo al principio *civilian* del *ne bis in idem*: nessuno può essere "punito" (sia a livello di diritto civile che di diritto penale) due volte per la stessa azione. Per la stessa regola, qualora il *defendant* abbia già ricevuto una condanna

dal *Law Reform (Miscellaneous Provision) Act 1934*, secondo il quale "*damages in an action for the benefit of the estate should not included any exemplary damages.*"

⁹³ Cfr. H. MCGREGOR, op. ult. cit., p. 308 il quale ritiene che "*if the plaintiff has provoked an assault by the defendant, and assuming circumstances which would today admit of an exemplary award, then, as was said in Lane v. Holloway, the provocation would be relevant to the question of whether or not exemplary damages should be awarded, and, if so, how much.*"

⁹⁴ Si veda H. MCGREGOR, *On damages*, op. cit., p. 309 secondo il quale "*the size of an exemplary award may indeed be influenced by the size of the compensatory one. Thus Lord Devlin in Rookes v. Barnard indicated that, in a case where exemplary damages were appropriated, "a jury should be directed that if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may, of course, be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum.*"

penale per la condotta erronea tenuta non può essere anche obbligato a risarcire il danno a titolo di *punitive damages*: l'esigenza sanzionatoria-deterrente dell'ordinamento è stata, infatti, soddisfatta tramite l'imposizione della pena da parte della *criminal law*.

Il principio giurisprudenziale anglosassone sembrerebbe essere stato recepito anche dal modello americano, il quale ritiene l'elemento soggettivo un dato fondamentale nella determinazione dell'*an* e del *quantum* per il riconoscimento dei *punitive damages*.

4. L'ANALISI ECONOMICA DEI PUNITIVE DAMAGES. LA TEORIA DELL'INTERNALIZZAZIONE DEI COSTI NEL SISTEMA AMERICANO. NUOVO STRUMENTO DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO E DI LIMITAZIONE DELL'ESPANSIONE INCONDIZIONATA DEI PUNITIVE DAMAGES?

I danni punitivi assolvono una funzione principalmente punitiva-deterrente; lo scopo, infatti, oltre essere quello di punire l'autore dell'illecito è dissuadere i consociati dal commettere azioni simili.

Tuttavia illustri studiosi ritengono non corretto un uso generalizzato dell'istituto del risarcimento del danno di matrice punitiva. Infatti, nel riconoscere siffatta forma di *award* non si possono considerare solo le ragioni prettamente giuridiche dovendole bilanciare anche e soprattutto con il dato economico; l'incondizionata e incessante proliferazione dei danni punitivi potrebbe determinare gravi danni all'economia nazionale.

Le multinazionali, ad esempio, consapevoli che la commissione di un potenziale illecito rischierebbe di comportare risarcimenti particolarmente

onerosi, potrebbero determinarsi a vendere i loro prodotti a prezzi elevati, incrementando, di conseguenza, i premi assicurativi. Ne potrebbe derivare, quindi, un potenziale collasso del sistema economico e assicurativo. Di contro, il rischio di un probabile danno economico, non può essere una giustificazione per l'attribuzione di risarcimenti di minore entità.

Nel tentativo di riuscire a trovare un punto di equilibrio tra due esigenze sostanzialmente opposte, i giuristi-economisti statunitensi hanno svolto un'analisi economica della materia⁹⁵.

L'indagine muove i suoi passi dalla distinzione fondamentale tra l'ipotesi in cui taluno abbia commesso un illecito nella consapevolezza di evitare il risarcimento del danno, dall'ipotesi inversa.

Nella prima fattispecie i *punitive damages* hanno un fondamento non solo giuridico ma anche sociale; all'inverso, nella seconda tipologia il risarcimento deve assolvere solo una funzione compensativa.

Il principio cardine che dovrebbe determinare i giudici ad attribuire i *punitive damages* dovrebbe, in linea teorica, essere “*punitive damages ordinary should be awarded if, and only if, an injurer has chance of escaping liability for the harm he causes.*”

Siffatta prospettiva interpretativa comporta l'impossibilità di un'incondizionata applicazione dei danni punitivi, dovendosi distinguere *case by case*.

E, infatti, nel caso in cui taluno commetta, ad esempio, un illecito senza alcuna intenzione o malizia, e non ipotizzando in alcun modo la possibilità di *escape the liability* non si ravviserebbe ragione per “punire” il

⁹⁵ A tal proposito una delle principali tesi, ancora oggi fondamentale nel modello americano, è la teoria dell'internalizzazione dei costi elaborata da A. M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, op.cit., pp. 869 ss.

danneggiante. In tale ipotesi, quindi, il sistema non rinverrebbe l'esigenza punitiva e nella prospettiva del bilanciamento degli interessi dovrebbe essere preferibile salvaguardare le ragioni dell'economia⁹⁶.

All'inverso, i *punitive damages* assolvono la loro funzione di deterrenza laddove sono attribuibili allorquando è commesso un illecito nella consapevolezza e volontà di eludere la *liability*⁹⁷. Se in tale ipotesi il risarcimento assolvesse esclusivamente una funzione compensativa, si

⁹⁶ Inoltre, un *award* particolarmente oneroso, non avrebbe neanche un reale riconoscimento sociale, nell'ipotesi in cui sia attribuito nonostante l'assenza di qualsiasi colpa o dolo. Si ricorda, infatti, che nel modello americano oltre a un fondamento gius-economico si ricerca anche un fondamento sociale per i *punitive damages*. E, infatti, si ritiene che sia proprio quest'ultimo a giustificare la loro presenza nel modello americano, e a evitare la loro eliminazione nonostante le pressioni dottrinarie e giurisprudenziali comincino a essere sempre più avvertite. Si rileva inoltre, che fondamentale al fine di ritenere un risarcimento particolarmente oneroso, secondo la teoria dell'internalizzazione dei costi è che il comportamento del danneggiante sia stato diligente. In particolare, A. M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, op. cit., ritengono che “*by definition of negligence rule, if a potential injurer fails to take proper precautions – does not meet the negligence standard – he is said to be negligent and must pay damages. The economic interpretation of the proper negligence standard involves comparing the cost of taking the precaution with the expected reduction in harm that results from taking it: if the former amount is less than the latter, the precautions should be taken and the failure to do so is negligent. It would be negligent not to take a precaution costing \$50,000 that would prevent a harm of \$100,000.*”

⁹⁷ A. M. POLINSKY e S. SHAVELL, op. ult. cit., p. 887, sostengono che “*if a defendant can sometimes escape liability for the harm for which he is responsible, the proper magnitude of damages is the harm the defendant has caused, multiplied by a factor reflecting the probability of his escaping liability.*” Si ritiene che vi siano molteplici ragioni per le quali taluno dovrebbe *escape liability*, tra cui in particolare: 1. la vittima dell'illecito non ritiene che il danno sia conseguenza dell'illecito di un terzo ma sia determinato da caso fortuito o forza maggiore; 2. è difficile riuscire a individuare l'autore del danno; 3. nonostante si sia consapevole sia che sia stato commesso un illecito, sia chi sia l'autore, comunque la vittima non vuole intentare un'azione giudiziale. Gli autori riportano il seguente esempio: un soggetto è colpito dal cancro e ritiene che sia un evento prodotto da caso fortuito e non dall'esposizione, nel suo ambiente lavorativo, a sostanze cancerogene.

⁹⁷ L'esempio in questa ipotesi potrebbe essere quella di taluno che lascia la sua autovettura in custodia in un parcheggio. Al ritorno trova il veicolo danneggiato e il proprietario del parcheggio sostiene che la responsabilità non è sua ma di un'altra autovettura. Simile esempio non sarebbe valido nel sistema italiano, laddove come noto qualora si concluda un “contratto di parcheggio” a carico del titolare dell'autorimessa sorge un obbligo di custodia, ex articolo 1218, c.c. Conseguentemente, qualora l'autovettura venga restituita danneggiata, il titolare dell'autorimessa sarà inadempiente e, quindi, soggetto a responsabilità contrattuale, salvo che dimostri il caso fortuito o l'evento maggiore.

consentirebbe a tutti di evitare di prendere le precauzioni necessarie per evitare di ledere i terzi, agendo, di converso, *contra ius*.

Tuttavia, anche in tale fattispecie è necessario ricercare un criterio equitativo che consenta di evitare l'attribuzione di risarcimenti sproporzionati.

A tal proposito, si ritiene che il *quantum* dovrebbe essere pari al danno subito dal danneggiato moltiplicato per la probabilità di riuscire ad evitare di risarcire la lesione⁹⁸. In questo modo, da un lato, il danno subito sarà correttamente risarcito, e, dall'altro lato, gli *exemplary damages* assolveranno una funzione di deterrenza.

I gius-economisti, infatti, riconoscono che i giudici nel quantificare il risarcimento incorrono nell'errore metodologico di applicare criteri di determinazione che, *de facto*, non consentono di ottenere un equo ristoro del danno subito dal convenuto, difettando spesso il risarcimento o in eccesso o in difetto.

Il criterio di determinazione su-riportato, invero, dovrebbe evitare siffatto errore⁹⁹. Solo un calcolo matematico, che realmente consideri l'entità del danno, consente effettivamente di contemperare le esigenze dell'economia e quelle della giustizia.

⁹⁸ Gli autori riportano il seguente esempio: se si commette un danno pari a \$ 1000 ed esiste un 25% di possibilità di evitare il risarcimento. Il *quantum* del risarcimento sarà pari a \$1000 moltiplicato per 25%.

⁹⁹ E, infatti, talvolta i giudici attribuiscono il risarcimento non considerando l'entità del danno, attribuendo in tal modo un risarcimento sproporzionato in eccesso. In alcuni Stati americani, poi, è stato previsto un limite massimo dei *punitive damages*, al fine di limitare la loro espansione, con la conseguenza negativa che talvolta, proprio in considerazione dell'entità del danno, il risarcimento non assolve alla funzione tipica di deterrenza.

4.1. APPLICAZIONE PRATICA DELLA TEORIA DELL'INTERNALIZZAZIONE DEI COSTI: IL LEADING CASE BMW E PACIFIC MUTUAL LIFE INSURANCE CO V. HASLIP.

Nel *leading case* **BmW of North America, Inc. v. Gore** l'attore (Ira Gore) acquistò una BmW che gli doveva essere consegnata in Alabama¹⁰⁰. Successivamente, scoprì che la nota casa automobilistica aveva riparato e sostituito alcuni pezzi difettosi dell'autovettura prima che arrivasse negli Stati Uniti, non comunicandoglielo.

In conseguenza di simile inadempimento la giuria riconobbe all'attore un risarcimento del danno pari a \$400,000 per la diminuzione di valore che il bene aveva subito a causa della sostituzione dei materiali.

La suprema Corte dell'Alabama, invece, ritenne il risarcimento particolarmente eccessivo e lo ridusse a \$200,000. Sebbene fosse stato già diminuito nella sua portata, successivamente, la Suprema Corte degli Stati Uniti ritenne opportuno ridurre ulteriormente il risarcimento a \$50,000.

La riduzione quantitativa apportata dalla Suprema Corte si comprende sia nella prospettiva ermeneutica della teoria dell'internalizzazione dei costi, sia alla luce del tentativo della giurisprudenza di cercare di limitare il riconoscimento di risarcimenti particolarmente onerosi che talvolta sono al limite della costituzionalità.

La Suprema Corte, infatti, ritenne che un risarcimento talmente eccessivo avrebbe violato le regole del giusto processo; nel determinare l'entità dei *punitive damages* si dovevano dapprima considerare gli interessi dello Stato a punire un determinato cittadino.

¹⁰⁰ Cfr. il *case law* **BmW of North America, Inc. v. Gore** -517 U.S. 559.

Nella fattispecie *de qua* lo Stato americano non rinveniva alcun interesse nel punire una condotta che poteva essere considerata riprovevole in un'altra giurisdizione, ma non in quella americana.

Inoltre, l'intento della casa automobilistica non sembrava esser quella di *escape liability*, ma, al contrario, di evitare potenziali danni agli utenti delle autovetture; un risarcimento particolarmente eccessivo non sarebbe stato, quindi, giustificabile.

Alla luce di questa considerazione fu, *ex adverso*, condannata una compagnia assicurativa al pagamento di un esoso risarcimento del danno¹⁰¹.

Nel *case law* **Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip**, un agente assicurativo si era indebitamente appropriato di alcuni premi versati dai clienti. Quando la signora Haslip fu ricoverata in ospedale confidava sulla validità della sua polizza assicurativa ignara della circostanza che l'agente assicurativo si fosse impossessato della cifra da lei versata. Nel momento in cui l'ospedale le richiese il pagamento, lei e altri clienti della medesima compagnia assicurativa intenteranno una *class action* contro l'agente della Pacific Mutual Life Insurance Co al fine di vederlo condannato al risarcimento del danno per condotta fraudolenta. La giuria, in tale circostanza, riconobbe un risarcimento del danno pari a \$ 1,040. 00, di cui \$ 2000, 00 a titolo di risarcimento compensativo e \$8400, 00 a titolo di *punitive damages*. La sentenza fu confermata sia dalla Suprema corte dell'Alabama sia dalla Suprema Corte degli Stati Uniti.

Il principio sul quale fondarono i giudici fondarono la loro pronunzia fu che in simile ipotesi esisteva un reale e concreta possibilità che il danneggiante

¹⁰¹ Cfr. **Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip** (89-1279), 499 U.S. 1 (1991).

avesse commesso l'illecito confidando nella probabilità di evitare qualsiasi forma di responsabilità¹⁰².

5. LA TEORIA DELL'INTERNALIZZAZIONE DEI COSTI NECESSITA DI UN'INTEGRAZIONE? I CORRETTIVI ALLA TEORIA DI POLINSKY E SHAVELL INDIVIDUATI DALLA MODERNA DOTTRINA.

Sebbene la tesi di Polinsky e Shavell sembri essere, attualmente, quella maggiormente accreditata, non possono sottacersi le critiche che la stessa ha ricevuto.

Alcuni *writers* americani hanno rilevato che la teoria dell'internalizzazione dei costi può essere valida allorché il *plaintiff* ottiene un vantaggio superiore rispetto al presunto risarcimento del danno che dovrebbe pagare, ma non può ricevere applicazione, invece, nell'ipotesi in cui il guadagno del *plaintiff* sia inferiore rispetto al danno sofferto dal danneggiato, non dovendo l'ordinamento giuridico riscontrare interesse ad attribuire un *punitive damages* non essendoci stato un effettivo guadagno superiore. Eppure tuttavia, anche in simili casi comunque i danni punitivi sono riconosciuti.

In effetti, l'analisi economica del diritto consente di rilevare che la somma delle voci di danno determina sempre che il guadagno del danneggiante è superiore rispetto alla perdita subita dal danneggiato.

Un tipico caso è in materia di *antitrust*.

¹⁰²Si veda il *case law* **Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip** (89-1279), 499 U.S. 1 (1991) nel quale i giudici della corte sostennero che

In tale ambito, solitamente, il danno sofferto dalle potenziali vittime e derivante da un'attività di monopolio si scompone in due distinte voci: “*the transfer and the foregone consumer surplus*”¹⁰³.

Con la prima terminologia si intende “*the wealth transferred from consumers*”.

Un esempio può aiutare a comprendere.

Se in regime di monopolio si vende una candela a 1\$ e ne sono vendute 100 unità il guadagno che il monopolista ottiene dalla vendita della singola candela deve essere moltiplicato per tutte le unità vendute, ovvero, nel caso di specie, il *transfer* è pari a 100\$. In questa ipotesi, il monopolista potrebbe avere venduto la candela a un prezzo nettamente superiore rispetto al suo valore, ma non sarebbe agevole quantificare l'entità del danno subito dal singolo consumatore ¹⁰⁴. Tuttavia, sebbene vi siano problemi di quantificazione è innegabile che il monopolista ha avuto un guadagno a danno dei potenziali consumatori. Al guadagno diretto deve essere aggiunto, altresì, sempre secondo questi studiosi, il guadagno indiretto che deriva da un illecito secondario e consequenziale al principale, oltre le eventuali spese processuali e legali che il danneggiato deve sopportare al fine di poter difendere le proprie ragioni nelle opportune sedi giurisdizionali.

In questi casi gli studiosi americani non rigettano *in toto* la teoria dell'internalizzazione dei costi ma ritengono che essa debba essere integrata.

¹⁰³ Testualmente K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, in Geo. L. J. Rewiev, 1998, p. 433.

¹⁰⁴ Si veda K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, op. cit, p. 433, il quale ritiene ulteriormente che “*the estimation of forgone consumer surplus required first some estimate of the difference between the competitive price and the price consumers would have been willing to pay for the unsold quantity, which in turn requires estimation of a demand schedule for the product*”.

Infatti, si sostiene che laddove il *defendant* abbia ottenuto un vantaggio superiore rispetto al danno causato possa agevolmente essere applicata la tesi di Polinsky; invero, nelle ipotesi in cui il guadagno non è direttamente superiore rispetto alla perdita subita o comunque non sia nettamente superiore in queste ipotesi è necessario attribuire un risarcimento del danno tale da eliminare il guadagno ottenuto dall'*offender*.

Alla base di siffatta teoria vi è la considerazione che “*in a setting in which offender gains are less than social losses, over-deterrence costs should not be a concern to punishment authorities. For in such setting, the offensive activity is one that should be completely deterred, rather than one contained to some proper level. Of course, there may be reasons, in this case, to set the penalty either close to or far above the minimum necessary to eliminate the offender's gain*¹⁰⁵.”

6. APPLICAZIONI PRATICHE E PROBLEMATICHE METODOLOGICHE

Gli studiosi che hanno ritenuto incompleta la teoria di Polinsky e Shavell hanno dimostrato la valenza delle loro opinioni portando ad esempio il noto *case law re Exxon Valdez*¹⁰⁶.

In tale precedente giurisprudenziale la petroliera Exxon Valdez si danneggiò e ne fuoriuscì il petrolio con conseguenti e ingenti danni per l'intera fauna marina.

In sede processuale la compagnia petrolifera fu condannata a risarcire \$287 *milion* a titolo di risarcimento e 5\$ *milion* a titolo di *punitive damages*.

¹⁰⁵ K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, op. cit., p. 433.

¹⁰⁶ Cfr. **Re The Exxon Valdez**, no A89-0095-CV (HRH), 1995, WL, 527988.

Se fosse stata applicata la teoria dell'internalizzazione dei costi il risarcimento a titolo di *punitive damages* dovrebbe essere stato pari a zero, poiché al fine di internalizzare i costi sarebbe stato sufficiente il risarcimento del danno a titolo compensativo.

Tuttavia, gli studiosi che ritengono imperfetta la teoria di Polinsky e Shavell hanno affermato che nella determinazione dei *punitive damages* fosse necessario tenere in considerazione altri elementi come ad esempio la consapevolezza da parte del *management* della compagnia petrolifera che il capitano della petroliera da lungo tempo soffriva di alcolismo e come tale non poteva essere affidabile.

“Because the knowing retention of an obviously incompetent supertanker captain is not economically desirable at any level, it should be deterred completely. The penalty should aim to eliminate the prospect of gain on the part of the company¹⁰⁷.”

La dottrina, tuttavia, non si è limitata a indagare e contestare solo la “teoria economica”, ma ha altresì ritenuto opportuno integrare o rileggere alcuni criteri di elaborazione giurisprudenziali che erano stati elaborati ispirandosi alla teoria economica.

La Suprema Corte dell'Alabama nel *case law* **Pacific Mutual life Ins. Co v. Haslip**, ritenne che fosse necessario il configurarsi di “(a) a reasonable relationship between the punitive damages award and the harm likely to result from the defendant's conduct as well as the harm actually has occurred; (b) the degree of reprehensibility of the defendant's conduct, the duration of that conduct, the defendant's awareness, any concealment, and

¹⁰⁷ Testualmente K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, op. cit., p. 453-454.

*the existence and frequency of similar past conduct; (c) the profitability to the defendant of the wrongful conduct and the desirability of removing that profit and of having the defendant also sustain a loss; (d) the financial position of the defendant; (e) all the costs of litigation; (f) the imposition of criminal sanction on the defendant of its conduct: these to be taken in mitigation; and (g) the existence of other civil awards against the defendant for the same conduct, these also to be taken in mitigation*¹⁰⁸.”

Tuttavia, l'incondizionata applicazione di siffatti criteri avrebbe comportato l'attribuzione di un risarcimento del danno particolarmente esiguo, soprattutto nelle ipotesi in cui il guadagno ottenuto dal danneggiante sarebbe stato superiore rispetto al risarcimento corrisposto.

Coloro i quali contrastavano la dottrina di Polinsky e Shavell ritennero che i criteri di elaborazione giurisprudenziali potessero essere incondizionatamente applicati laddove il vantaggio ottenuto dal danneggiante fosse stato superiore rispetto al danno causato, ma non nelle ulteriori ipotesi.

I criteri della *reasonable relationship*¹⁰⁹ o della *rehearsability*¹¹⁰ o anche della *profitably*¹¹¹ e della *financial position*¹¹² avrebbero recato il rischio di concedere un risarcimento del danno particolarmente lieve.

¹⁰⁸ Si veda il *case law* **Pacific Mutual life Ins. Co v. Haslip**, 499 US 1, 21-22 (1991), cit.

¹⁰⁹ Con riferimento a tale criterio la dottrina K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, op. cit, p. 453-454, ha sostenuto che l'applicazione incondizionata del summenzionato criterio determinerebbe il rischio di concedere *punitive damages* di entità particolarmente lieve. Infatti, “*in some cases where gain elimination is probably the appropriate goal of punishment, the search for some reasonable relationship between the compensatory and punitive portions of the awards is likely to lead the court to choose an inappropriately small award – that is an award that fails to secure the socially desirable level of deterrence.*” Al fine, quindi, di poter ottenere un corretto *punitive damages* sarebbe necessario tenere in considerazione oltre al danno causato anche “*the total social loss and secondary harms inflicted by an offender’s conduct...*”

¹¹⁰ Con riguardo a tale criterio la dottrina K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, op. cit, p. 455-456, ha affermato che a differenza di quanto

Per tali motivazioni non potevano essere considerati nella determinazione del risarcimento. Il dibattito che ruota attorno alla teoria dell'internalizzazione dei costi rispecchia la profonda dialettica che da tempo ormai investe i *punitive damages* statunitensi.

E, infatti, da una parte il modello americano in una prospettiva sanzionatoria cerca di ampliare sempre più il loro ambito di applicazione, dall'altra parte, invece, in un'ottica tutelatrice e conservatrice dell'economia nazionale tenta di limitare la loro applicazione.

Quel che è certo è che, nonostante gli sforzi di studiosi e interpreti, i *punitive damages* continuano ad essere un terreno oscuro dai confini incerti e in cui l'unica cosa apparentemente indubbia è la necessità di conservare tale istituto all'interno del sistema americano.

sostenuto da Polinsky e Shavall, i quali ritenevano che la *reprehensibility* non avesse dovuto avere alcun ruolo nella determinazione dei *punitive damages*, tale elemento, invero, è estremamente utile. Infatti una delle domande maggiormente ostiche alle quali rispondere è “*whether the defendant's gain was likely to be larger, in expectation, than the social loss generated by the defendant's conduct.*” I molteplici ipotesi non è agevole rispondere a tale domanda poiché non è facile determinare l'entità del danno sociale, come non è facile comprendere fino a che punto il guadagno del danneggiante supera il danno inferto. Il criterio della condotta riprovevole, invece, consente di includere nell'ambito dei *punitive damages* tutti quei comportamenti che sono stati determinati dall'intento di recare un danno ad altri. Dimostrata la condotta riprovevole dell'autore del fatto illecito è indubbio che la società voglia punire siffatto comportamento al fine di evitare che altri soggetti possano causare il medesimo danno. In tal modo i *punitive damages* possono assolvere la loro funzione punitiva-deterrente.

¹¹¹ È stato sostenuto K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, op. cit, p. 458 che “*it is clear that the offender's harm could not be greater than the victim's loss, or greater than the social harm of his conduct, the penalty should be set at a level guarantees that the defendant could not have expected to profit from conduct.*”

¹¹² Come è stato sostenuto K. N. HYLTON, *Punitive damages and the economic theory of penalties*, op. cit, p. 458-459, applicando la teoria dell'internalizzazione dei costi la posizione finanziari a non sarebbe un criterio da considerare poiché nel quantificare i *punitive damages* non dovrebbe rilevare il patrimonio del danneggiato. Tuttavia “*because the risk preferences of an individual will be affected by the individual's wealth, it may be appropriate to take wealth into account in determining the loss-internalizing penalty. This is probably not necessary in the case of a corporation because corporations often will have insurance coverage and their owners will be financially diversified with respect to the risk of a punitive damages award.*”

Ma allo studioso resta un interrogativo: quali sono i criteri determinanti l'applicazione dei *punitive damages*?

Esistono limiti entro i quali giudici e giurie possono muoversi al fine di applicarli o vi è in questo ambito un totale e incondizionato arbitrio?

7. LA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEI PUNITIVE DAMAGES.

Gli interpreti statunitensi, nel tentativo di valutare l'opportunità di limitare l'applicazione dei *punitive damages*, hanno valutato nuovamente il possibile contrasto costituzionale di simile forma di risarcimento con i principi costituzionali.

Nel *leading case* **Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip**, si sono interrogati per la prima volta in merito al possibile contrasto dei *punitive damages* con il 14° emendamento della Costituzione, ovvero con le regole del giusto processo.

A tal riguardo, i giudici, al fine di far superare ai *punitive damages* il vaglio di costituzionalità, hanno ritenuto che si dovesse intervenire sotto tre profili, tra cui l'onere della prova. Infatti, giudici e giurie dovrebbero accordare tale forma di risarcimento solo quando l'attore sia effettivamente in grado di dimostrare con prove certe e precise che la condotta del *defendant* è tale da meritare una condanna esemplare¹¹³.

¹¹³ Cfr. **Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip**, cit. Nel *case law* si precisa che “*the dear and convincing evidence*” *burden of proof standard* *is the accepted trend in punitive damages law. Each of the principal groups to analyze the law of punitive damages since 1979 has recommended this standard, including the American Bar Association in 1987 and the American College of Trial Lawyers in 1989. More recently, a report issued by the*

La *ratio* determinante l'esigenza di avere prove certe e sicure consiste nel "alert jurors that they should be more certain of their decision when they invoke punishment, as contrasted with awarding compensatory damages. It also alerts trial courts to the fact that some cases may not appropriately be heard by a jury. Finally, the clear and convincing evidence standard gives appellate courts power to review decisions carefully and to ensure that punitive damages are properly awarded¹¹⁴."

Oltre all'elemento della prova, i giudici ritengono che strumento in grado di consentire un equo riconoscimento dei *punitive damages* sia il "bifurcate trials", ovvero suddividere il processo per ottenere un risarcimento del danno a titolo compensativo da quello per danni punitivi. In questo modo, infatti, si consente alla giuria di determinare l'esistenza o meno di una responsabilità del *defendant* a prescindere dall'attribuzione dei *punitive damages*. Solo qualora la giuria giunga alla conclusione inequivocabile dell'esistenza della responsabilità, è possibile instaurare un successivo giudizio con il quale si richiede il risarcimento per *punitive damages*, ultroneo rispetto a quello già ottenuto a titolo compensativo¹¹⁵.

American Law Institute in 1991 recommended the clear and convincing evidence standard because it would "signal dearly to juries that there is something special about a punitive award." Si veda sul punto anche V. E. SCHWARTZ, M. A. BEHRENS, *Punitive damages reform- state. Legislatures can and should meet the challenge issued by the supreme court of the united states in Haslip*, passim.

¹¹⁴ Testualmente V. E. SCHWARTZ, M. A. BEHRENS, *Punitive damages reform- state. Legislatures can and should meet the challenge issued by the supreme court of the united states in Haslip*, op.cit., p. 1383.

¹¹⁵ Cfr. *See Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, cit.; in dottrina V. E. SCHWARTZ, M. A. BEHRENS, *Punitive damages reform- state. Legislatures can and should meet the challenge issued by the supreme court of the united states in Haslip*, op.cit., p. 1385 "This reform meets the spirit of the Haslip case and is supported by the American Law Institute's Reporters' Study the American Bar Association, and the American College of Trial Lawyers. 10 7 Recently, in the first common law decision on this point by a state." Inoltre, la Supreme Court of Tennessee in *Hodges v. S.C. Too& Co* sostenne che "that defendants may move for a bifurcated trial in punitive damages cases. The court followed several other states that had previously made similar changes through court rules or legislation."

Rispettando tali regole, attinenti sostanzialmente all'onere della prova, i *punitive damages* non dovrebbero essere in contrasto con il 14° emendamento della Costituzione consentendosi il rispetto del *due process*. Tuttavia, i giudici non si sono limitati al vaglio di costituzionalità, ma hanno ricercato un ulteriore strumento che consentisse di limitare l'imposizione dei *punitive damages*. È stato, infatti, sostenuto che “*the strongest case for a regulatory compliance defense arises when punitive damages are sought. If a defendant has fully complied with a regulatory requirement and fully disclosed all material information relating to risk and its control, it is hard to justify the jury's freedom to award punitive damages*”.

Applicando tali regole, dovrebbe, in pratica, essere limitato lo strumentario dei *punitive damages* al fine di poter conciliare l'intento sanzionatorio del sistema americano con le esigenze dell'economia.

CAPITOLO III

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES NEL SISTEMA INGLESE E STATUNITENSE. CONFRONTO FRA MODELLI

Sommario: 1. Le ipotesi di *punitive damages* nel sistema anglo americano non si limitano ai casi di responsabilità prettamente extracontrattuale; 2. La tutela dei diritti della personalità soddisfa la *cause of action test*; 2.1. *Defamation*; 2.2. *Trespass to the person, trespass to land, trespass to chattels*; 2.3 *Malice persecution*; 3. Il *breach of contract to marry*: è realmente possibile intravedere un campo di applicazione per i *punitive damages*. Confronto dialettico tra il modello americano e italiano; 4. L'inadempimento dei *public contracts*; 5. I danni punitivi nell'ipotesi di illeciti amministrativi; 6. La responsabilità del produttore: la tipica ipotesi di *punitive damages*.

1. LE IPOTESI DI PUNITIVE DAMAGES NEL SISTEMA ANGLO AMERICANO NON SI LIMITANO AI CASI DI RESPONSABILITÀ PRETTAMENTE EXTRACONTRATTUALE

Nel *leading case* **Rookes v. Barnard** Lord Devlin affermò il principio, ormai consolidato sia nel sistema inglese sia in quello americano, che i *punitive damages* possono essere riconosciuti esclusivamente a fronte di illeciti extracontrattuali, ovvero, utilizzando una terminologia anglosassone, dei cd non *pecuniary losses*, commessi con intento doloso¹¹⁶.

¹¹⁶ Cfr. LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, op. cit., 13 secondo la quale tali forme di *damages* possono essere riconosciuti allorquando “*the defendant’s conduct or motive in committing the wrong had been wanton or wilful- that is high-handed insolent, vindictive or malicious or had in some other way exhibited a contumelious disregard of the plaintiff’s right.*”

In presenza della lesione di valori fondamentali appartenenti alla persona umana i *punitive damages* possono assolvere efficacemente la loro funzione di deterrenza.

Tuttavia, in considerazione della loro funzione particolarmente afflittiva Lord Devlin ritenne opportuno tipizzare le ipotesi in cui è possibile riconoscere simile forma di *award*, individuando, in particolare, i casi di *defamation*, *false imprisonment* e *trespass*, ovvero tutte ipotesi in cui si ledevano i diritti fondamentali della personalità umana¹¹⁷.

Tali fattispecie giuridiche, ovviamente, alla luce delle profonde evoluzioni sociali e della necessità di tutelare valori emergenti, sono state soggette, inevitabilmente, a una rilettura critica-costruttiva tale da determinare la tipizzazione di nuovi casi in presenza dei quali è possibile attribuire *punitive damages*¹¹⁸.

D'altra parte, a contribuire a un'espansione dei *punitive damages* anche in questo settore è stata l'introduzione dell'*Human Right Act* del 1998, in base al quale sono tutelati i diritti e le libertà fondamentali dell'uomo.

L'art. 3 dell'*Human Right Act* prevede che le Corti devono applicare la legge di modo da rispettare quanto più possibile quanto previsto in tale ultimo atto, per tutelare valori fondamentali appartenenti alle persona.

¹¹⁷ Cfr. LAW COMMISSION, op. ult. cit., p. 26 secondo cui "*defamation, false imprisonment and trespass to the person are wrongs which directly protect personality interests and by nature import a particular form of intangible loss: diminution of reputation, insult, outrage, distress, loss of dignity, self-esteem or self respect, degradation, humiliation.*"

¹¹⁸ Si ricorda sul punto che attualmente sia nel sistema americano che in quello inglese i *punitive damages* possono essere riconosciuti nelle tipiche ipotesi di "*intentional torts, such as battery, false imprisonment and related civil rights tort, fraud, conversion, tortious interference with contractual intentional infliction of emotional distress, abuse of process, trespass, malicious prosecution, and the bad faith refusal of insurers to settle within policy limits*" Testualmente, L.L. SHLUETER, K. R. REDDEN, *Punitive damages*, op.cit., pp. 623 ss.

Forse, proprio per accordare maggiore a tali beni, i *punitive damages* rinvencono il loro maggior campo di applicazione nella difesa di tali diritti, in considerazione anche che “*in a country which has not written constitution, and where the freedoms which citizens can expect to be protect in their relations whit the state therefore fall o be determined in large part by ordinary tort law*” diviene fondamentale assicurare e garantire un’effettiva tutela dei consociati lesi nei loro diritti fondamentali¹¹⁹.

Tale ultima forma di *award*, invece, non è attribuibile in costanza di un inadempimento contrattuale, dovendovi essere un risarcimento avente esclusivamente funzione compensativa e non anche sanzionatoria-punitiva¹²⁰. Unica deroga è rappresentata dall’ipotesi in cui dalla commissione di un illecito contrattuale deriva altresì un danno extracontrattuale con conseguente lesione di diritti fondamentali della persona umana¹²¹.

Tuttavia, proprio con riferimento alla potenziale applicazione dei *punitive damages* anche in ipotesi di responsabilità contrattuale emerge una significativa differenza tra il sistema americano e quello inglese.

Mentre quest’ultimo rifiuta *a priori* la loro estensione in tale settore, dimostrandosi anche in questo più restio nella loro concessione, il sistema

¹¹⁹ Cfr. LAW COMMISSION, op. ult.cit., pp. 27 ss.

¹²⁰ Si veda sul punto F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, op. cit., p. 135, la quale con riferimento all’impossibilità di estendere i *punitive damages* alla responsabilità contrattuale sostiene che il “*Restatement 2nd of Contracts stabilisce che the purpose of awarding contract damages i sto compensate the injured party. For this reason, courts in contract cases do not award damages to punish the party in breach, or to serve as an example to other unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are awarded when after a particularly aggravated breach, the injured party has difficult in proving all of the loss that he has suffered...but the purpose of awarding damages is still compensation and not punishment, and punitive damages are not appropriate....*”

¹²¹ Si veda in tal senso P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, ed. Giuffrè, 1996, p. 33.

americano, invece, riconosce alcuni casi in cui i *punitive damages* possono trovare applicazione anche in costanza di un illecito contrattuale.

2. LA TUTELA DEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ SODDISFA LA CAUSE OF ACTION TEST

Come anticipato, a seguito della pronuncia di Lord Devlin, con il *case law* **A.B. South West Water Services Ltd** fu richiesta, come ulteriore condizione per riconoscere i *punitive damages*, la dimostrazione da parte del *plaintiff* di un *action test* ovvero la prova che tale forma di risarcimento potesse essere richiesto anche prima del 1964, anno di emanazione della celebre sentenza **Rooke v. Barnard**.

Tale *action test* sembra poter essere validamente dimostrata proprio in costanza di illeciti quali *defamation*¹²², *trespass* and *malicious prosecution*.

2.1. DEFAMATION,

L'indagine diacronica consente di rilevare che, nei sistemi appartenenti alla tradizione di *common law*, il valore della reputazione personale da tempo rappresenta un valore fondamentale della persona.

Di conseguenza, allorquando taluno agisce con scritti o parole mettendo in dubbio la rispettabilità di un'altra persona, o influenzando negativamente il giudizio che si ha di essa, è necessario che il danneggiante sia sanzionato e

¹²² La *defamation* in *Broome v. Cassel*, cit, è stata definita “*as per excellence the tort when exemplary damages may be claimed.*”

il danneggiato ristorato per la lesione subita, concretizzandosi il tipico *tort* della *defamation*¹²³.

Anche per tale motivazione la *defamation* rappresenta l'illecito per eccellenza in costanza del quale sono riconosciuti i *punitive damages*. Tuttavia, il concetto di *defamation* non deve essere inteso in senso restrittivo. È stato rilevato, infatti, che “*the nature of the tort of defamation does provide a model for other wrongs for which exemplary damages have also regarded as particularly appropriate. This is because defamation is a personal wrong, representing one form of tortious protection from attacks on person or personality*”¹²⁴.

In particolare, il riferimento è a quelle forme di lesioni dei diritti della personalità che incidono in special modo sulla dignità, l'onore e la reputazione¹²⁵.

Al fine di poter ricevere tutela per la lesione di simili beni il *plaintiff* deve soddisfare la cd *action test*.

¹²³ Si veda sul punto P. GUARDA, *La diffamazione a mezzo stampa in common law: profili civilistici, in diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina della diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso a facoltà di Giurisprudenza di Trento il 18 marzo 2005, passim*, la quale evidenzia che nei sistemi di *common law* vi possono essere due tipi di *defamation*: “*in primo luogo il libel, che si riferisce a modalità di divulgazione con forma stabile, come ad esempio rappresentazioni teatrali o trasmissioni televisive; in secondo luogo, lo slander, che riguarda, invece, tutte quelle forme di diffusione delle notizie che hanno carattere transeunte (come ad esempio la conversazione)*”.

¹²⁴ Si veda LAW COMMISSION, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, p. 69, secondo al quale è stato infatti rilevato che “*the nature of the tort of defamation does provide a model for other wrongs for which exemplary damages have also regarded as particularly appropriate. This is because defamation is a personal wrong, representing one form of tortious protection from attacks on person or personality.*”

¹²⁵ Cfr. LAW COMMISSION, *op.*, ult., cit., p. 69 secondo la quale “*false imprisonment for instance involves not only a loss of liberty but also affects the plaintiff's reputation, particularly when committed by someone with apparent lawful authority such as the police. Malicious prosecution is also concerned with injury to reputation. And in the case of battery and assault the interest protected is not merely freedom from bodily harm, but also freedom from such form of insults as may be caused by interference with the plaintiff's person.*” Cfr. Salmond & Heuston on the law of torts, passim, 1992, p. 125.

Non ogni forma di diffamazione può ricevere un risarcimento a titolo di *punitive damages* ma solo quelle che sostanzialmente comportano un disfavore e un imbarazzo sociale.

Tale livello di *disregard* si ottiene non qualora vi sia stata una diffamazione orale ma quando questa è avvenuta tramite strumenti scritti.

Soltanto “*the writing and publishing of anything which renders a man ridiculous is actionable*¹²⁶.”

In un caso di diffamazione la corte deve verificare se quanto sostenuto in merito al *plaintiff* ha assunto valore sociale, poiché gran parte della società crede nelle affermazioni ingiustamente fatte sul suo conto¹²⁷.

La regola generale impone, pertanto, che il giudice non fondi la sua valutazione in base all'opinione di un limitato numero di persone. Nelle loro valutazioni gli interpreti, inoltre, non devono limitarsi ad indagare il senso letterale delle espressioni, ma devono altresì valutarsi se esse possono assumere un valore particolarmente offensivo.

Fondamentale, al fine di soddisfare la *cause of action*, è che si dimostri che il diffamato possa essere individuato nella persona del *claimant*.

Se si riescono a dimostrare siffatti requisiti è possibile attribuire un risarcimento per *punitive damages*, a meno che il *defendant* non dimostri con prove precise e concordanti che le sue affermazioni sono veritiere.

¹²⁶ M. LUNNEY E K. OLIPHANT, *Tort law, text and materials*, op.cit., p. 711

¹²⁷ M. LUNNEY E K. OLIPHANT, op., ult., cit., p. 715 in questo caso la domanda che deve essere posta è “*is whether the right-thinking person would construe the words in their ordinary meaning as lowering the reputation of claimant.*”

2.2. TRESPASS TO THE PERSON, TRESPASS TO LAND, TRESPASS TO CHATTELS

L'azione per *trespass* nel sistema inglese è posta a presidio di diritti fondamentali della persona.

In particolare, è possibile individuare tre differenti azioni per *trespass*: *trespass to person*¹²⁸, *trespass to land*, and *trespass to chattels*.

Con la prima tipologia di *trespass* ci si riferisce a quei comportamenti che ledono la persona umana e, in particolare:

- (i) l' *assault* ovvero l'illecito con il quale taluno “*intentionally causes another person to apprehend the infliction of immediate, unlawful, force on his person*”;
- (ii) *Battery*, ovvero “*the intentional infliction of unlawful force on another person*”, e;
- (iii) *False imprisonment* ovvero la “*unlawful imposition of constraint upon another's freedom of movement from a particular place*”.

Il *trespass to land*, invece, si configura allorquando taluno invade senza consenso e volontariamente la proprietà di un altro consociato.

Infine il *trespass to chattels* si realizza se un soggetto si impossessa indebitamente di un bene di un altro cittadino.

Tutte e tre le tipologie di illeciti, sono caratterizzati da elementi comuni. Essi, infatti, tutelano diritti fondamentali della persona umana, quali la libertà, la proprietà, la sicurezza, e tutti e tre le tipologie devono essere

¹²⁸ Nel *trespass to person* sono ricompresi i seguenti illeciti: *assault*, *battery*, *false imprisonment*, *defenses*.

caratterizzate dall'elemento soggettivo del dolo¹²⁹, in mancanza del quale si potrebbe configurare, eventualmente, il *tort of negligence*.

L'elemento soggettivo assume un ruolo fondamentale divenendo il dato discriminante per poter riconoscere un *punitive damages*, non riconoscendo, invero, il modello anglosassone tale forma di *award* in costanza di illeciti meramente colposi.

Solo ove è presente l'elemento del dolo è possibile anche soddisfare la *cause of action test*, ulteriore elemento per il riconoscimento dei *punitive damages*.

Tuttavia, al fine di vedersi riconosciuti i suoi interessi, il *plaintiff* ha l'onere di dimostrare accuratamente che l'azione del *defendant* è stata connotata da dolo; una prova non certa che lasci il ragionevole dubbio su un comportamento meramente colposo potrebbe determinare giudici e giurie a riconoscere un risarcimento a titolo compensativo.

L'analisi di tale forma di illeciti consente di rilevare che i *punitive damages* possono esplicitare la loro funzione sanzionatoria-deterrente prevalentemente in presenza di lesione di non *intangibile loss* proprio alla luce della considerazione che in tale ambito un risarcimento con funzione prettamente compensativa potrebbe non soddisfare le pretese dei consociati.

¹²⁹ L'elemento soggettivo sembra demarcare la linea di confine tra l'azione per *trespass* e quella per *negligence*, richiedendo la prima il dolo mentre per la seconda è sufficiente la colpa. Si veda sul punto il *case law* **Fowler v. Lanning** (1959) 1 QB 426, nel quale fu previsto che “*the modern distinction between the cause of action for trespass and negligence lies in the concept of intention. Intentional acts are remediable in trespass; negligent acts in negligence.*”

2.3. MALICIOUS PERSECUTION

Ulteriore ipotesi in cui è possibile riconoscere i *punitive damages* è il caso di *malicious persecution* che si verifica allorché taluno ha rivestito la parte di imputato in un processo penale o civile senza, tuttavia, che vi fosse un valido e concreto fondamento alla base della azione.

La *ratio* di tale azione si rinviene nell'esigenza da parte dell'ordinamento di scoraggiare inutili contenziosi, sia la fine di tutelare la parte "debole" sia per essere strumento di deflazione del contenzioso.

Il modello angloamericano, pertanto, riconosce all'imputato che ha dovuto subire un "ingiusto" processo, di convenire in giudizio gli autori del danno, solitamente rappresentati, nel modello anglo-americano, dalla pubblica accusa, al fine di intentare un'azione per *tort*.

Sull'attore del *tort per malicious persecution* incombe l'onere della prova, dovendo egli dimostrare che (1) ha vinto la causa, (2) che il convenuto è stato parte attiva nel processo (3) che alla base dell'azione giudiziaria non vi erano ragioni a sostegno.

Qualora egli adempia all'onere della prova, può richiedere il risarcimento per il danno sofferto, oltre al recupero delle spese giudiziarie e legali sostenute per la sua difesa, ai quali si aggiungono i danni punitivi.

**3. IL BREACH OF CONTRACT TO MARRY: È REALMENTE POSSIBILE
INTRAVEDERE UN CAMPO DI APPLICAZIONE PER I PUNITIVE DAMAGES.
CONFRONTO DIALETTICO TRA IL MODELLO AMERICANO E ITALIANO.**

A differenza del modello prettamente inglese, il sistema americano sembrerebbe ammettere il risarcimento dei *punitive damages* anche in alcune – e rare – ipotesi di *breach of contract*.

Sembra opportuno indagare se è realmente possibile tale forma di risarcimento anche nelle ipotesi di responsabilità contrattuale o se, invece, è possibile ricevere esclusivamente un *award* per il danno extracontrattuale derivante da un danno contrattuale, come potrebbe avvenire nell'ipotesi di inadempimento di una promessa di matrimonio.

Siffatta forma di illecito ha visto la luce con il *case law* **Coryell v. Collbough**, nel corso del quale la Corte ritenne che non ogni rottura ingiustificata della promessa di matrimonio potesse determinare un risarcimento a titolo di *punitive damages* ma esclusivamente quella generante nella donna un'umiliazione sociale tale da essere fonte di un profondo *distress*.

In tale ipotesi, quindi, la *ratio* fondante di tale *award* sembra rinvenirsi non in un inadempimento contrattuale ma soprattutto nel “danno morale” provocato alla parte lesa.

Essendo in presenza di non *pecuniary losses* – la cui quantificazione non è agevole – il rapporto contrattuale non è fonte del risarcimento, ma diviene strumento necessario per la quantificazione del danno.

Ad ulteriore dimostrazione che non si risarcisce un inadempimento contrattuale, gli studiosi americano affermano che per poter attribuire simile

forma di risarcimento è necessario che il danneggiante abbia avuto un atteggiamento connotato da dolo, laddove, invece, in caso di *breach of contract* è sufficiente l'elemento colposo.

Nel *case law Klitze v. Davis* un soldato ritornò in patria in seguito a una guerra e si rifiutò di sposare la promessa sposa, contraendo successivamente le nozze con un'altra donna¹³⁰.

La Suprema Corte accolse la richiesta di risarcimento del danno della prima donna e accordò un risarcimento anche a titolo di *punitive damages* fondandolo sulla profonda umiliazione causata alla donna “*nonché sull'affidamento generato nell'attrice tale da giustificare i suoi comportamenti*¹³¹”, e sulla circostanza “*che il convenuto avesse insistito perché la fidanzata gli rimanesse fedele durante il periodo di lontananza e la scarsa possibilità di contrarre un matrimonio*¹³².”

Nel corso dei secoli l'azione per ingiustificata rottura della promessa di matrimonio è stata progressivamente abrogata.

Tuttavia, l'indagine dell'istituto consente di rilevare che, almeno con riferimento a simile forma di illecito, non sembra veritiero poter affermare che nel sistema americano i *punitive damages* possono essere attribuiti anche in presenza di *breach of contract*, poichè in simile ipotesi sono tutelati la lesione di valori fondamentali della persona, quale la sua dignità.

D'altra parte sanzionare taluno per l'inadempimento di un contratto a titolo

¹³⁰ Si veda sul punto F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op. cit., p. 221: “*in particolare era ritenuta rilevante la circostanza che la parte avesse fatto la promessa, pur non avendo intenzione di adempiervi o che avesse ingannato la donna per convincerla a stipularla.*”

¹³¹ Testualmente F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op. cit., p. 222.

¹³² Si veda sul punto F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, op. cit., p. 222.

di *punitive damages* contrasterebbe con due principi fondamentali del sistema angloamericano, quali l'autonomia privata e l'*efficient breach*.

Con riferimento al primo, è vero che in presenza di un *breach of contract* la parte lesa merita un risarcimento ma questo deve essere limitato al mancato guadagno. Un risarcimento eccessivamente oneroso, invece, determinerebbe un limite per l'autonomia privata, la quale, invece, è particolarmente tutelata anche nella fase patologica del contratto.

Nel sistema statunitense, infatti, è consentito alle parti, mediante l'*efficient breach*, scegliere se adempiere o meno al contratto, potendo l'inadempimento mostrarsi più conveniente ed efficiente rispetto alla corretta esecuzione dell'*agreement*¹³³.

La previsione di *punitive damages* in campo contrattuale determinerebbe l'inibizione dei privati ad utilizzare lo strumento dell'*efficient breach* con conseguente lesione della loro autonomia privata.

Per tale motivazione giuridica sembra sconsigliabile consentire l'ingresso in questo settore a risarcimenti esemplari, non assolvendo essi, probabilmente, neanche la loro funzione sanzionatoria deterrente.

4. L'INADEMPIMENTO DEI PUBLIC CONTRACTS.

I *punitive damages* sembrano poter essere applicati anche nell'ipotesi di inadempimento dei cd *public services contract*, ovvero quella categoria di

¹³³ Sul punto si veda T.W.RYAN, *Do liquidated damages encourage efficient breach? A psychological experiment*, in *Law & Psychology*, *passim*. L'autore rileva che la teoria dell'*efficient breach* può avere seguito fino a quando all'interno del contratto non è prevista una clausola penale la quale rende maggiormente oneroso l'inadempimento. Tuttavia, sembra opportuno precisare che anche la scelta di prevedere una clausola penale è frutto dell'autonomia privata e non conseguenza di alcuna imposizione.

contratti stipulati tra soggetti privati e pubblici al fine di fornire alla collettività servizi di pubblica utilità quali, ad esempio, il trasporto, le telecomunicazioni, l'energia, etc.

Qualora l'impresa affidataria dell'esecuzione di un pubblico servizio non svolga correttamente il servizio, o decida per una qualsiasi causa – non riconducibile al caso fortuito o alla forza maggiore – di interrompere la sua erogazione, potrebbe essere condannata a un risarcimento del danno a titolo di *punitive damages*.

In una prospettiva comparativa tale situazione è simile a quanto si verifica nel sistema italiano, il quale prevede, anch'esso, in ipotesi di interruzione di un servizio di pubblica utilità, prevede il risarcimento del danno, oltre alle ammende e – nei casi più gravi – la reclusione penale.

Tuttavia, la differenza tra il sistema italiano e quello americano si rinviene nella forma di responsabilità: nel modello italiano la responsabilità è contrattuale e le sanzioni sono previste *ex lege*; nel sistema americano, invece, sebbene l'illecito rinvenga la sua fonte in un rapporto contrattuale, i giudici delle corti ritengono che l'inadempimento dovrebbe essere assimilato a un *tort* commesso con una condotta connotata da *malicious, fraudulent and oppressive comportaments*.

In effetti, è stato rilevato che “*la concessione dei punitive damages è giustificata dalla necessità di deterrenza e punizione dell'abuso economico e a tal fine sono considerati decisivi elementi come la disparità di potere economico e contrattuale e la tutela del consumatore.*”

L'ipotesi di inadempimento per *breach of public services* sembra generare dubbi in merito all'ammissibilità che i *punitive damages* nelle ipotesi di *breach of contract*.

Infatti, a differenza dell'ipotesi di inadempimento della promessa di matrimonio in cui sono tutelati valori della personalità, in tale fattispecie, invero, sembrerebbe sanzionato un comportamento doloso e riprovevole del danneggiante che lede un interesse pubblico.

Sebbene gli ermeneuti americani sembrino voler implicitamente negare simile estensione dei *punitive damages*, ciò nonostante ad essere sanzionato sembrerebbe essere proprio l'inadempimento contrattuale.

Ma tale estensione dell'ambito di applicazione dei *punitive damages* potrebbe rinvenire la sua giustificazione nell'esigenza fondamentale di salvaguardare principi fondamentali del sistema quale, ad esempio, l'obbligo di svolgere un pubblico servizio a tutela della collettività in maniera corretta ed efficiente.

5. I DANNI PUNITIVI NELL'IPOTESI DI ILLECITI AMMINISTRATIVI.

Nel sistema statunitense in ipotesi di violazione dei diritti dei cittadini da parte del *government* è possibile chiedere un risarcimento per *punitive damages*.

Nel sistema inglese si è evidenziato che solitamente a fronte dell'illecito compiuto da un agente governativo il *plaintiff* è potenziale titolare di un risarcimento per *punitive damages*.

Nel modello americano, invece, tale forma di risarcimento è corrisposta allorquando si verificano comportamenti illeciti quali ad esempio – usando una terminologia *civilian* - l'indebita occupazione della proprietà privata.

È stato rilevato, infatti, che “*an administrative penalty may be defined as a direct taking of private property without compensation, in response to the property owner’s violation of a legal standard*”¹³⁴.”

In effetti, nel sistema statunitense, al pari di quello italiano, è prevista la cd espropriazione per pubblica utilità, ma a condizione che a fronte di tale privazione il cittadino possa ottenere un equo indennizzo¹³⁵; in tutte le altre ipotesi, il legittimo proprietario privato del suo bene a seguito di un comportamento illecito di una pubblica amministrazione può esperire un’azione per risarcimento danni.

La corte, quindi, valutate le prove, può riconoscere una *fine*, ovvero una tipica ammenda amministrativa con funzione risarcitoria.

La particolarità consiste nella circostanza che il risarcimento del danno non assolve in alcun modo una funzione compensativa, ma esclusivamente punitiva.

¹³⁴ Testualmente E. L. RUBIN, *Punitive damages, reconceptualizing the runcible of common law*, in Wis. L. Rev., no 198, p. 131.

¹³⁵ Tale regola nel sistema americano come in quello italiano è stabilita a livello costituzionale. Anche nel modello italiano, infatti, si prevede che a fronte dell’espropriazione epr pubblica utilità è necessario corrispondere al proprietario u giusto indennizzo. Diversa è l’ipotesi dell’occupazione appropriativa ovvero una forma di occupazione del bene da parte delle pubblica amministrazione a seguito del quale, per il principio dell’accessione invertita, la p.a. diviene proprietario dell’intero immobile, ed eventualmente anche dell’area sul quale è edificato. A fronte di tale comportamento dichiarato a più riprese dalla Corte costituzionale illegittimo è necessario il pagamento di un indennizzo oltre la risarcimento del danno. In una recente pronunzia, corte costituzionale 349/2007, infatti, i giudici delle leggi hanno sostenuto che “*l’accessione invertita realizza un modo di acquisto della proprietà giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico e l’interesse privato, la cui correttezza costituzionale è ulteriormente confortata dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà. E tuttavia, essendo l’interesse pubblico già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del ben e della conservazione dell’opera pubblica, la misura della liquidazione del danno non può prescindere dalla adeguatezza della tutela risarcitoria che, nel quadro della conformazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, comportava la liquidazione del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma di denaro pari al valore venale del bene, con la rivalutazione per l’eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione....*”

Infatti, in queste e simili ipotesi, “*deterrence would appear to be the dominant one in the case of administrative remedies. Compensation and inducement to take legal action are essentially irrelevant, while punishment, a puissant but ambiguous idea, turns out to be little more than deterrence when it is factored into its component parts*¹³⁶.”

Tale funzione prettamente sanzionatoria della *administrative fine* si giustifica nella prospettiva che “*administrative penalties are generally retained by the government, not distributed to the private parties who have suffered losses*¹³⁷.”

6. LA RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE: LA TIPICA IPOTESI DI PUNITIVE DAMAGES

Il campo di maggiore applicazione dei *punitive damages* nel sistema americano sembra essere riconducibile alla responsabilità del produttore. Peculiarità di tale forma di responsabilità è che il soggetto può essere condannato a prescindere da un comportamento connotato da dolo o colpa, ma semplicemente “*per il mero fatto obiettivo di avere collocato sul mercato un prodotto dannoso o difettoso*¹³⁸.”

¹³⁶ Cfr. E. L. RUBIN, *Punitive damages, reconceptualizing the runcible of common law*, op.cit., p. 136.

¹³⁷ Cfr. E. L. RUBIN, op., ult.,cit., p. 136.

¹³⁸ Cfr. punto V. D'ACRÌ, *I danni punitivi, dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende e i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, op.cit., p. 59 secondo il quale “*l'esigenza che sta alla base di tale sistema è quello di far gravare sul produttore del bene difettoso tutti i costi di una determinata attività.*”

Tale forma di responsabilità, inquadrabile nella più ampia categoria della responsabilità di impresa, si è iniziata ad affacciare sul proscenio giuridico americano intorno agli anni settanta¹³⁹, con il *case law* **Grimshaw V. Ford Motor & Co**, nel quale la nota causa automobilistica fu condannata a risarcire dalla giuria 120 milioni di dollari, ridotti dai giudici a 3, 5 milioni. Il *case law* riguardava un incidente automobilistico che aveva causato la morte di tre persone a causa dell'esplosione della autovettura.

In seguito, era stato accertato che l'esplosione era la conseguenza di una scelta pericolosa della casa automobilistica del posizionamento del serbatoio della benzina. Essa, infatti, al fine di poter risparmiare nella produzione dell'autoveicolo, si era determinata a collocare il serbatoio nella parte posteriore dell'autovettura pur consapevole che una simile scelta avrebbe potuto determinare gravi danni o lesione a coloro che viaggiano all'interno dell'auto.

Di conseguenza, alla luce del comportamento della casa automobilistica, qualificato come *reckless*, la giuria dapprima, e i giudici successivamente, si determinarono ad attribuire i danni punitivi agli attori del giudizio.

La ragione che giustifica l'attribuzione di *punitive damages* in tale settore si rinviene sia nell'esigenza di attuare una politica dissuasiva sia di internalizzare i costi. Infatti, il risarcimento di tipo compensativo non sempre è idoneo a svolgere un'efficace funzione di deterrenza, considerando la sproporzione che potrebbe derivare dall'ammontare dell'obbligazione risarcitoria in relazione alle capacità patrimoniali dell'impresa.

¹³⁹ Si veda sul punto P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., p. 150, il quale definisce la responsabilità di impresa come quella che si configura "ogniqualevolta si sia in presenza di un danno estremamente diffuso, di comportamenti idonei a ledere moltissime persone anche a distanza di tempi o luoghi rispetto alla causa originaria del danno."

Inoltre, la *law in action* dimostra che non sempre a fronte di illeciti commessi dalla case produttrici i soggetti lesi intentano azione giudiziarie, scoraggiati, forse, della esose spese processuali.

Di conseguenza, gran parte delle lesioni derivanti da scelte produttive errate non è internalizzata, impedendo, a quest'ultima di effettuare una corretta analisi dei costi e dei benefici, non potendo valutare le conseguenze di eventuali suoi comportamenti dannosi.

Pertanto, “*se scopo della sanzione è quello di condurre ad una integrale internalizzazione del costo sociale prodotto dell’illecito, nei casi in cui il danno è molto diffuso o in cui le probabilità che il responsabile dell’illecito venga effettivamente chiamato a rispondere delle sue azioni è inferiore a uno, è possibile ottenere un adeguato effetto di deterrenza solo al costo sociale di ciascuna singola violazione; e questo proprio al fine di consentire una integrale internalizzazione del costo sociale prodotto dall’illecito*¹⁴⁰.”

Proprio in considerazione di tali osservazioni, nel sistema americano progressivamente si è assistito a un’incessante proliferazione dei danni punitivi, tale che lentamente si è “*passati a situazioni di eccessiva deterrenza con possibili effetti penalizzanti sull’attività dell’impresa*¹⁴¹”, tale da determinare una profonda crisi del settore economico americano.

Un uso eccessivo dei *punitive damages* ha comportato negli anni 80 la crisi del sistema delle assicurazione e la paura dei produttori di immettere nel sistema beni e prodotti diversi per paura che eventuali difetti potessero comportare danni ai consociati e conseguenti sanzioni elevate.

¹⁴⁰ Si veda P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., p. 151.

¹⁴¹ Cfr. P. GALLO, op., ult., cit., p. 152.

La responsabilità del produttore genera l'ulteriore problematica attinente all'elemento soggettivo.

Infatti, come anticipato i *punitive damages* possono essere riconosciuti solo in presenza di illeciti dolosi, mentre in questa ipotesi vi è una *strict liability*. Tuttavia, innanzi a simili tipologie di illeciti, l'esigenza sociale di tutela della collettività sembra prevalere sulla necessità di avere un comportamento doloso o quantomeno colposo per l'attribuzione dei *punitive damages*.

D'altra parte “*la forza espansiva dei punitive damages, specie nel settore della product's liability e la loro stesso assicurabilità, sono il risultato di un'evoluzione che ha progressivamente abbandonato i presupposti originari della penale, legati alla centralità della figura dell'illecito e che invece si è fondata sempre più pesantemente sullo stato soggettivo del danneggiante, che attualmente sembra costituire la costante premessa per l'irrogazione della condanna, specie per quanto riguarda l'ambito del breach of contracts. Quanto invece all'evoluzione della figura giuridica nel mondo della responsabilità dei prodotti la rilevanza dell'aspetto soggettivo viene fortemente messa in ombra. Rimane poco probabile che i mass tort of litigation che investono i prodotti, la responsabilità delle società possa essere costantemente ricostruita sulla base di un comportamento doloso o colposo e il successo dell'istituto potrebbe invece spiegarsi con l'evoluzione del regime di enterprise liability sempre più orientato nel senso di una maggiore assolutezza della responsabilità a completamento del regime di strict liability*¹⁴².”

¹⁴² Cfr. F. GIOVAGNOLI, *I punitive damages nell'esperienza statunitense, l'applicazione estensiva dell'istituto alle ipotesi di breach of contract e product's liability, passim*, p. 2.

CAPITOLO IV

DANNI PUNITIVI “MASCHERATI” NEL SISTEMA ITALIANO. PRINCIPI COSTITUZIONALI E DIFFICOLTA' DI RECEPIMENTO

Sommario: 1. Le pene private: un nuovo istituto si affaccia sul proscenio giuridico nazionale; 2. La lettura costituzionalmente orientata dei danni punitivi e la loro teorica inammissibilità; 3. Nuovi valori socio-giuridici. L'esigenza di rivedere antiche concezioni; 4. La funzione della responsabilità civile extracontrattuale nel modello italiano. Confronto con il modello romanistico; 5. L'articolo 2059 c.c: possibile eccezione alla funzione compensativa-riparatoria della responsabilità extracontrattuale? 6. Pene private in Italia? Il dibattuto caso del danno non patrimoniale. La tesi che nega la funzione di pena privata all'articolo 2059 c.c.; 7. La definitiva eliminazione dal sistema giuridico italiano del danno evento. Ulteriore ostacolo all'introduzione delle pene private; 8. Il danno non patrimoniale come ipotesi di pena privata; 9. Problemi di quantificazione del danno non patrimoniale. Strumento per consentire l'introduzione dei *punitive damages*.

1. LE PENE PRIVATE: UN NUOVO ISTITUTO SI AFFACCIA SUL PROSCENIO GIURIDICO NAZIONALE

Le società moderne sono incessantemente soggette a profonde modifiche socio economiche determinanti, talvolta, l'esigenza di rileggere principi, valori e regole sviluppatasi nel corso dei secoli.

Ignorare simile *legal process* potrebbe generare il rischio di rendere le disposizioni normative anacronistiche e non rispondenti alle esigenze che la *law in action* quotidianamente pone all'attenzione di legislatori, studiosi e interpreti.

In questa prospettiva ermeneutica si comprende allora il rinnovato interesse che dottrina e giurisprudenza mostrano verso istituti appartenenti per tradizione a sistemi diacronicamente e sincronicamente lontani, quali, ad esempio, quello romano e anglosassone.

Tra le singole figure che riemergono dal passato compaiono di nuovo, sul proscenio giuridico nazionale, le pene private.

Prima di addentrarci nell'indagine dell'istituto *de quo* si impone, tuttavia, una precisazione terminologica.

Le pene private non devono essere confuse con la funzione sanzionatoria di alcuni istituti di matrice civilistica.

È stato rilevato, infatti, dagli studiosi che mentre le cd. “*sanzioni civili non consistono infatti necessariamente in somme di danaro ma possono anche risultare nella decadenza da un diritto o dalla possibilità di farlo valere in giudizio (...)* le pene private in senso stretto consistono nell'imposizione di pagare somme di danaro comminate a titolo di sanzione¹⁴³.”

La differenza terminologica, quindi, reca in sé una profonda differenza ontologica che deve essere tenuta in considerazione al fine di evitare di incorrere in errori metodologici e di conseguenza giungere a risultati non veritieri.

E, infatti, non considerando questa profonda differenza si rischierebbe di considerare appartenenti al novero delle pene private figure giuridiche che in realtà hanno solo una funzione sanzionatoria, ma che non possono essere, invece, paragonate con l'istituto di matrice anglosassone dei *punitive damages*.

Non sono rari gli istituti nel nostro sistema giuridico con finalità sanzionatoria, quali, ad esempio, la decadenza dalla potestà genitoriale o l'impossibilità di proporre un'azione giurisdizionale per la decadenza dai cd termini processuali.

¹⁴³ Cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, ed. Giuffrè, 1996, p. 33.

Allo stesso modo, l'indagine sistematica del modello italiano potrebbe portare alla conclusione di evidenziare che, sebbene vi sia una forte resistenza di studiosi e interpreti, le pene private hanno già fatto il loro ingresso nell'orbita giuridico nazionale.

Se così è, allora, sorge spontaneo domandarsi il perché la dottrina maggioritaria e la più sensibile giurisprudenza sono contrarie e restie ad ammettere siffatta figura giuridica.

Da una parte, vi è il timore di rivalutare teorie e convinzioni che ormai sembrano essere incardinate, forse poiché le rivoluzioni comportano la rottura di equilibri che devono essere successivamente ricostruiti, dall'altra parte, invece, si teme probabilmente di innescare un meccanismo eccessivamente punitivo con ripercussioni economiche di non poco momento.

Eppur tuttavia, all'orizzonte si affacciano sempre di più istituti di tal fatta che potrebbero esser inquadrati in tre differenti categorie dogmatiche.

E' stato, infatti, evidenziato che l'istituto delle pene private *“può suddividersi in pene private negoziali, legislative e giudiziali. Le pene negoziali sono quelle in qualche modo riconducibili all'autonomia privata delle parti (...) le pene legislative sono quelle previste da specifiche disposizioni di legge (...) le pene giudiziali sono quelle comminate dai giudici a prescindere vuoi da una specifica disposizione legislativa che legittimi per l'appunto la comminazione di sanzioni private¹⁴⁴.”*

Nell'indagare le tre tipologie di pene private sembra opportuno, tuttavia, soffermare l'attenzione prevalentemente sulle pene private di stampo prettamente privatistico, essendo sostanzialmente la categoria che sembra

¹⁴⁴ Si veda P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., pp. 33 ss.

sollevare i maggiori dubbi in dottrina e giurisprudenza alla luce proprio di valori fondanti il nostro sistema giuridico.

Nello svolgere tale indagine la cartina di tornasole diviene la responsabilità *extra* contrattuale, istituto che da sempre si pone al limite tra una funzione prettamente compensativa-riparatoria e una funzione, invece, sanzionatoria-punitiva.

2. LA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEI DANNI PUNITIVI E LA LORO TEORICA INAMMISSIBILITÀ

Il formante dottrinario e giurisprudenziale sembrano orientati nel negare l'introduzione dei *punitive damages* nel nostro sistema giuridico, ostandovi principi e valori di matrice costituzionale.

Illustri Autori, infatti, hanno addotto a sostegno delle loro tesi l'esistenza dei valori enunciati dagli artt. 2, 3, 25, e 27 Cost, ovvero eguaglianza tra i consociati, solidarietà sociale, riserva di legge nella determinazione delle pena e personalità della responsabilità penale.

La parità sociale e l'uguaglianza tra cittadini, sostanzialmente, “*interdicono, quindi, la creazione di posizioni autoritarie del privato nei confronti dei privati*¹⁴⁵”, situazione che, invero, si verrebbe a determinare laddove fosse consentito al singolo individuo di imporre sanzioni a un altro consociato. Né è possibile riconoscere simile facoltà al formante giurisprudenziale, al

¹⁴⁵ Testualmente C.M.BIANCA, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, ed. Giuffrè, 2003, p. 225.

quale, per tradizione, è attribuita esclusivamente una funzione nomofilattica. Ciò non esclude, tuttavia, che l'autorità giurisdizionale possa estendere i confini funzionali del risarcimento del danno, tramite un processo di interpretazione estensiva delle disposizioni legislative.

E in effetti, nei modelli appartenenti alla tradizione di *civil law* sono presenti non pochi istituti risarcitori che, tramite una rilettura critico-costruttiva, sembrano assolvere una funzione ultronea rispetto a quella meramente compensativa che tradizionalmente li connota.

D'altra parte, nel prevedere il risarcimento del danno, il legislatore non ha individuato la funzione compensativa come l'unica e caratterizzante. Tuttavia, la successiva promulgazione della Carta costituzionale e dei valori fondamentali in essa previsti, hanno indotto dottrina e giurisprudenza ad escludere la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno.

In contrasto con simile interpretazione, infatti, oltre agli articoli 2 e 3 vi sono anche l'articolo 25 Cost, e il conseguente principio *nulla poena sine lege*, e l'articolo 27 Cost., in forza del quale la responsabilità penale è personale.

Tali valori sarebbero lesi laddove si consentisse di prevedere forme di sanzioni senza legge, o si punisse colui che materialmente non ha commesso il fatto come potrebbe avvenire in ipotesi di responsabilità oggettiva. Tuttavia, tali principi cardine appartenenti alla nostra tradizione non possono rimanere cristallizzati e non adeguarsi alle nuove esigenze derivanti dal dato socio economico, dalla globalizzazione e soprattutto dall'emersione e rilevanza di nuovi valori di pari rango.

In tale prospettiva ermeneutica, altra parte della dottrina ha ritenuto opportuno rileggere in maniera critico-costruttiva siffatti valori cercando di adeguarli alla nuova realtà sociale.

3. NUOVI VALORI SOCIO-GIURIDICI. L'ESIGENZA DI RIVEDERE ANTICHE CONCEZIONI

Nei moderni sistemi giuridici il valore uomo continua a essere il fulcro attorno al quale ruotano gli ordinamenti giuridici.

Da sempre esso, infatti, ha guidato studiosi e interpreti nell'individuazione di strumenti giuridici che garantissero una sua effettiva tutela.

Inizialmente, l'attenzione si è incentrata prevalentemente sul garantire effettiva tutela di beni fondamentali e imprescindibili quali la salute, l'integrità psico-fisica, la sofferenza morale; l'emersione di nuovi valori ed esigenze socio-economiche sembrerebbe, invero, determinare un rinnovato interesse per nuovi beni meritevoli di protezione, ovvero "*i beni generali e diffusi ovvero, più in generale, i beni-mezzo, costituiti dai beni patrimoniali e da quelli ultraindividuali che sono strumentali al soddisfacimento dei beni personali*"¹⁴⁶.

La persona umana, quindi, deve essere tutelata non solo allorché si verifichi una lesione dei suoi diritti fondamentali, ma anche quando sono lesi interessi patrimoniali, essendo questi ultimi, ormai, quasi equiparati a rango di valore fondamentale della persona umana.

¹⁴⁶ Si veda sul punto V. D'ACRÌ, *I danni punitivi, dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende e i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, op.cit., p. 8

Tuttavia, l'indagine sistematica consente di rilevare che la tutela di siffatta tipologia di "beni" consente all'ordinamento di soddisfare fini e scopi ulteriori, quali, *inter alia*, le ragioni dell'economia.

La libera iniziativa economica è, infatti, espressione della libertà degli uomini di potere realizzare i propri interessi patrimoniali nel rispetto della propria desiderata, ma, allo stesso tempo, è strumento che consente all'economia nazionale di progredire ed evolversi.

La tutela dei beni economici dell'individuo, in effetti, svolge un fine superiore; la libera iniziativa economica dei privati potrebbe portare all'estreme conseguenze di determinare danni anche all'economia nazionale, come, d'altra parte, sembra essersi accorto il Costituente elevando, all'interno dell'art. 41 Cost., tale bene a uno dei valori fondamentali e portanti dello Stato italiano.

Diacronicamente, infatti, emerge che la libertà economica ha determinato una rivoluzione nella struttura del Codice Civile Italiano del 1942 rispetto a quello del 1865. Il legislatore, infatti, ha ritenuto opportuno incentrare la sua attenzione non più sul valore proprietà, anche'esso bene fondamentale riconosciuto e tutelato dalla Carta Costituzionale, ma sul contratto, strumento giuridico per eccellenza in grado di consentire ai consociati di soddisfare le loro esigenze economiche¹⁴⁷.

Nel corso dei decenni, poi, è emersa una maggiore attenzione da parte di studiosi e interpreti sul valore di cui all'art. 41 Cost., i quali hanno cercato di aiutare il legislatore ad individuare, nel corso degli anni, strumenti, diversi e ulteriori rispetto a quelli *ab origine* previsti all'interno del codice

¹⁴⁷ Cfr. F. DE SIMONE, *Sistemi Giuridici. Principi fondamentali*, ed. Liguori, 2003, pp. 120.

civile, che consentissero un'effettiva e concreta tutela in caso di lesione di valori patrimoniali.

Tale interesse è stato ulteriormente rinnovato in seguito alla profonda globalizzazione che ha interessato l'economia mondiale, la quale non è più limitata entro i confini nazionali, e le transazioni economiche sono celeri ed efficienti.

Emerge, quindi, l'esigenza di ricercare strumenti che consentano una rapida e pronta tutela nel caso in cui vi siano inadempimenti, senza necessariamente dover attendere i tempi processuali.

In tale prospettiva ermeneutica, quindi, si giustificherebbe e comprenderebbe una nuova rilettura, costituzionalmente orientata, del risarcimento del danno contrattuale, il quale potrebbe divenire strumento non solo compensativo-riparatorio ma quantomeno deterrente al fine di scoraggiare i consociati dall'inadempire alle obbligazioni.

D'altra parte, l'indagine del modello italiano evidenzia – come si dimostrerà – che sono già presenti forme di *punitive damages*, seppur “mascherati”, giustificati, probabilmente dalla ulteriore circostanza che la lesione di simili beni determinerebbe un danno non solo al singolo ma all'intera economia.

4. LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE EXTRACONTRATTUALE NEL MODELLO ITALIANO. CONFRONTO CON IL MODELLO ROMANISTICO

Al pari del risarcimento contrattuale che, in considerazione delle nuove esigenze economiche, è soggetto, seppur in forma sommissa, ad una

rilettura critico-costruttiva, anche per la responsabilità extracontrattuale potrebbe individuarsi una funzione ultronea rispetto a quella prettamente compensativa-riparatoria, in considerazione dell'emersione di nuovi valori della persona umana e dell'incapacità talvolta della giustizia italiana di riuscire ad accordare un'effettiva tutela a colui che è stato danneggiato da un comportamento illecito.

Tali motivazioni logico-giuridiche sembrano determinare i moderni studiosi a rileggere in una prospettiva critico-costruttiva i principi costituzionali, che, da sempre, sono stati ritenuti in contrasto con l'introduzione delle pene private.

Con riferimento, ad esempio, agli artt. 25 e 27 Cost. essi hanno sostenuto che *“anche in Italia, al pari di quanto è avvenuto negli Stati Uniti, i penalisti sono però soliti limitare l'operare di queste garanzie costituzionali alle sole misure limitative della libertà personale. Può quindi ritenersi anche sotto questo profilo che le pene private possono sostanzialmente andare esenti da profili di illegittimità costituzionale anche in Italia¹⁴⁸.”*

Dottrina italiana, studiosi appartenenti alla tradizione *civilian*, e interpreti ritengono che la responsabilità civile assolva esclusivamente una funzione compensativa-riparatoria, ovvero *“mandare esente dal pregiudizio la vittima traslando il peso economico sul soggetto sul quale si ritiene più equo che esso debba gravare¹⁴⁹”*.

Nei sistemi di *civil law*, quindi, non sembrerebbe, in linea teorica, ammissibile e ipotizzabile una funzione sanzionatoria del risarcimento del danno.

¹⁴⁸ Cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., p.189.

¹⁴⁹ Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*, ed. Giuffrè, p. 737.

Diacronicamente, invece, si evince che nel modello romano la responsabilità civile ha svolto un ruolo sanzionatorio, rappresentando l'illecito aquiliano una conseguenza indiretta del reato penale.

Nell'antico sistema romano, infatti, la responsabilità extracontrattuale (o *obligationes* di responsabilità primaria), prevista dallo *ius civile* e dallo *ius honorarium*, era intesa come una forma di risarcimento conseguente alla commissione di un *delicta* (*furtum, injuria, damnum injuria datum, rapina*) o di un *quasi-delicta*¹⁵⁰. Gli elementi costitutivi di questa forma di responsabilità erano “a) la penalità; b) la nozialità; c) l'individualità; e) la cumulatività; f) la volontarietà della causa”, ovvero elementi che nei tempi recenti rappresentano il presupposto per il configurarsi della fattispecie giuridica penale.

Tale dato strutturale consente, quindi, di comprendere che nel periodo romano sembrava esserci una commistione tra illecito civile e illecito penale. E, infatti, il concetto di penalità inteso come uno degli elementi costitutivi della responsabilità civile “*stette a significare che le conseguenze furono poste a carico dell'autore dell'illecito (o di chi fosse comunque ritenuto responsabile di un fatto lesivo di un interesse privato) a titolo di espiazione, di castigo, di sofferenza (poena): sofferenza in origine fisica, ma poi ridottasi progressivamente all'obbligo di pagare una somma di danaro, una penale pecuniaria, alla vittima dell'atto antiggiuridico o comunque a chi ne chiedesse giudizialmente la persecuzione. Dall'illecito privatistico scaturiva perciò in ogni caso un actio poenali, e talvolta soltanto l'actio poenalis*¹⁵¹”:

¹⁵⁰ Si veda A. GUARINO, *Diritto privato romano*, ed. Jovene, Napoli 1997, pp. 995 ss.

¹⁵¹ Testualmente A. GUARINO, *Diritto privato romano*, op. cit., p. 998, il quale ritiene che, oltre all'*actio poenali*, il diritto romano conosceva anche “*l'actio reipersecutoria, intesa alla riparazione del pregiudizio economico subito.*”

la responsabilità civile assolveva a una funzione sanzionatoria che sostituiva il sistema di sanzioni penali “*in origini limitate al solo settore degli illeciti contro lo Stato o contro la pace nel Regno*¹⁵² .”

La funzione punitiva dell’illecito civile si tramandò, inizialmente, anche nei codici ottocenteschi, come si evince dal *Code Napoleon* e dal codice civile italiano del 1865¹⁵³. In quest’ultimo, l’articolo 1151, riprendendo quanto stabilito anche dall’articolo 1382, *Code Napoleon*, prevedeva, “*qualunque fatto dell’uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno.*”

Anche nel codice del 1865, quindi, la responsabilità civile, assolveva una funzione prettamente “punitiva¹⁵⁴”: la necessità non era compensare colui che aveva subito un danno ingiusto, ma punire l’autore del fatto illecito. Pertanto, elementi fondamentali dell’illecito erano la commissione di un fatto ingiusto e la presenza dell’elemento soggettivo (nelle sue forme di dolo o colpa), unico fondamento possibile della responsabilità¹⁵⁵: l’assenza di

¹⁵² P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op.cit., p. 40.

¹⁵³ Si veda V. ZENO –ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, in *Diritto privato comparato*, (a cura di) G.ALPA, M.J.BONELL, D. CORAPI, L.MOCCIA, V.ZENO-ZENCIVICH, A.ZOPPINI, Ed. Laterza, 2005, p. 276; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, op.cit., p. 535 secondo il quale “*nel codice civile del 1865 la responsabilità extracontrattuale aveva ormai perduto l’antico carattere penale della lex Aquilia ma l’illecito civile era ancora chiamato delitto, e questa denominazione sollecitava l’idea della riprovevolezza morale dell’illecito. L’idea era recepita dalla dottrina dominante che fondava la responsabilità sulla colpa dell’individuo, quale ragione soggettiva di riprovevolezza dell’atto.*”

¹⁵⁴ Si veda in tal senso S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Ingiustizia del danno e interessi meritevoli di tutela*, ed. ESI, Napoli, 2003, p. 9 secondo il quale “*le regole della responsabilità rappresentano la risposta punitiva dell’ordinamento alla violazione dei soli interessi che, per configurazione e natura, assurgono al rango di diritti soggettivi assoluti, tutelati erga omnes (...) in tal modo la regola della responsabilità viene svuotata di autonoma funzione e declassata al ruolo di norma meramente sanzionatoria...*” Nello stesso senso si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, op.cit., p. 535.

¹⁵⁵ Si veda in tal senso S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Ingiustizia del danno e interessi meritevoli di tutela, un confronto tra modelli*, op.cit., pp. 8 e 9. Secondo l’autore “*il principio laissez-faire (...) nel sistema della responsabilità si traduce nella massima “nessuna responsabilità senza colpa”: ogni danno non cagionato da un comportamento negligente o imprudente è da imputare a mera fatalità e deve restare a carico della vittima.*”

tale ultimo elemento determinava, inevitabilmente, l'impossibilità di attribuire il risarcimento del danno, non configurandosi la fattispecie giuridica¹⁵⁶.

La concezione sanzionatoria della responsabilità civile difficilmente fu abbandonata dai giureconsulti, anche successivamente all'entrata in vigore del nuovo articolo 2043, c.c., in quanto si riteneva che tale norma non rivestisse una funzione precettiva autonoma, ma, al contrario, avesse valenza di norma sanzionatoria, la cui funzione principale era punire i comportamenti contrari al principio immanente nel sistema giuridico italiano del *neminem laedere*¹⁵⁷.

Ma le impetuose incursioni del dato legislativo, sociale ed economico determinarono negli studiosi l'esigenza di rileggere tale concezione¹⁵⁸.

¹⁵⁶ La responsabilità civile (nella *sub specie* di responsabilità extracontrattuale) era intesa, quindi, come responsabilità da delitto e presupponeva, pertanto, il verificarsi di un illecito penale o comunque assimilabile e vicino a tale categoria, con la conseguenza che l'autore del danno meritava una sanzione da parte dell'ordinamento. Di conseguenza, alla luce della visione sanzionatoria della responsabilità civile, per attribuire un risarcimento del danno a titolo di sanzione era necessario oltre a un comportamento illecito, anche l'assenza di anti-giuridicità e la presenza quantomeno della colpevolezza, se non addirittura del dolo del danneggiante, rappresentando l'elemento soggettivo condizione fondamentale e imprescindibile per il configurarsi della responsabilità aquiliana.

¹⁵⁷ Testualmente F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, III, Il contratto*, op. cit., p. 730 ss. Si ricorda che all'epoca il principio del *neminem laedere* era inteso come una "formula generale riassuntiva di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri, ossia degli obblighi specifici previsti in altri settori dell'ordinamento a protezione dei soli diritti soggettivi assoluti (tutelati erga omnes). L'articolo 2043 c.c., al pari del vecchio articolo 1151 c.c., è inteso quindi alla stregua di norma sanzionatoria destinata a far corpo con tutte le altre preposizioni, che comandano o vietano determinati comportamenti."

¹⁵⁸ Si veda sul punto anche P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op.cit., p. 37, secondo il quale la funzione sanzionatoria della responsabilità civile era destinata progressivamente ad attenuarsi in considerazione della "progressiva espansione della sfera del penalmente rilevante." Alla lunga questo fenomeno doveva condurre a scindere nettamente l'aspetto civile del risarcimento del danno, e cioè della reintegrazione più esatta possibile della condizione patrimoniale antecedente la commissione dell'illecito, dal piano di un'eventuale responsabilità penale, sanzionata da misure detentive o pecuniarie a favore dello Stato. I fattori che hanno condotto a scindere nettamente il piano risarcitorio da quello punitivo, in conformità all'impostazione moderna, sono però molteplici. Da non trascurare l'influenza delle idee di giustizia commutativa (...)"

Sotto il profilo legislativo, la rilettura della funzione sanzionatoria fu la risultante di due nuovi fattori: il rispetto dei principi di matrice costituzionale e la nuova concezione dell'area del penalmente rilevante.

La Costituzione, infatti, è portatrice di valori quali l'uguaglianza e la parità tra i consociati (articolo 3, Cost.) o l'attribuzione della potestà punitiva alla competenza esclusiva del legislatore (articolo 27, Cost.). Nel rispetto di tali principi, quindi, non sembrava ipotizzabile che i consociati avessero il potere e la facoltà di infliggere sanzioni l'uno nei confronti dell'altro.

Allo stesso modo aveva subito un'evoluzione anche la funzione della responsabilità penale, la quale non era più rilegata a sanzionare illeciti contro lo Stato o l'ordine pubblico, ma divenne strumento di sanzione avverso qualsiasi comportamento lesivo della sfera giuridica altrui, purché tipizzato. Ne conseguiva, quindi, che gli aspetti più strettamente sanzionatori della responsabilità civile dovessero essere relegati nel settore del penalmente rilevante e che soltanto lo Stato potesse "punire" l'autore materiale di un fatto illecito.

Sotto un profilo economico, lo sviluppo di nuove relazioni commerciali e della società industriale offrirono l'occasione per il "*moltiplicarsi delle cause di pregiudizio a seguito del moltiplicarsi di prestazioni, prodotti e attività fatalmente rischiose che coinvolgono il grosso pubblico*¹⁵⁹", con la conseguente espansione esponenziale delle voci di danno.

A fronte del verificarsi di così numerosi illeciti il "*problema non era più quello di punire, funzione ormai completamente delegata agli organi dello Stato, ma esclusivamente quella di consentire la reintegrazione della*

¹⁵⁹ Testualmente, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, op.cit, p. 535: ai nuovi progressi sociali ed economici "*si accompagnava la massificazione dei danni.*"

*condizione patrimoniale della vittima nella situazione precedente la commissione dell'illecito*¹⁶⁰.”

Tali dati gius-economici determinarono inevitabilmente in studiosi e interpreti l'esigenza di spostare l'attenzione dal comportamento del danneggiato alle conseguenze negative eventualmente prodotte nella sfera giuridica del danneggiato e, quindi, di rivedere antiche concezioni. L'articolo 2043 c.c. non doveva essere interpretato più come “*norma punitiva della violazione di prescrizioni aliunde poste dall'ordinamento a tutela dei diritti soggettivi assoluti, ma prescrizione essa stessa attributiva di un nuovo e autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno in favore di chi subisce un'intrusione illecita*”¹⁶¹.”

La responsabilità civile cominciò a rivestire la funzione compensativa-riparatoria. Il passaggio dalla funzione sanzionatoria a quella riparatoria dell'illecito, comportava, di conseguenza, anche la rivisitazione del binomio ingiustizia-fatto, e del brocardo “*nessuna responsabilità senza colpa*”. La colpa, infatti, se *ab origine* costituiva elemento essenziale dell'illecito - la cui mancanza comportava l'impossibilità di “punire” il colpevole dell'illecito -, in seguito divenne elemento “*né necessario né sufficiente per addebitare l'obbligo risarcitorio: non è necessario nella misura in cui l'ordinamento prevede anche criteri di imputazione di stampo oggettivistici; non è sufficiente se si considera che un fatto colposo può non generare un danno ingiusto*”¹⁶².”

¹⁶⁰ Si veda sul punto anche P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op.cit., p. 42.

¹⁶¹ Si veda F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, II, Le obbligazioni*, op. cit., p. 731.

¹⁶² Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, II*, op. cit., p. 732.

5. L'ARTICOLO 2059 C.C.; POSSIBILE ECCEZIONE ALLA FUNZIONE COMPENSATIVA-RIPARATORIA DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE?

Il legislatore italiano, nel disciplinare la responsabilità civile, ha distinto tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale *ex* articolo 2059 c.c.

Studiosi e interpreti, alla luce di anche di una lettura costituzionalmente orientata della norme, ne hanno individuato la natura e funzione di istituti aventi una valenza compensativa-riparatoria.

Tuttavia, mentre tale ultima teoria sembra essere accreditata unanimemente con riferimento al danno patrimoniale, dubbi continuano a interessare la funzione del danno non patrimoniale, non escludendosi, *a priori*, una sua ipotetica e possibile funzione sanzionatoria.

Un'indagine diacronica e strutturale consente di comprendere la portata di tale affermazione.

La formulazione normativa dell'articolo 2059 c.c. prevede che il risarcimento del danno non patrimoniale possa essere accordato nei casi previsti dalla legge.

Inizialmente, dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che l'unica ipotesi prevista *ex lege* fosse quella ai sensi dell'articolo 185 c.p., legando, in tal modo, a doppio filo la disposizione civile e quella penale.

Il nodo gordiano creatosi tra l'illecito penale e il risarcimento del danno non patrimoniale ha determinato alcuni studiosi e interpreti a individuare, quindi, oltre ad una funzione compensativa riparatoria, anche una sanzionatoria. Tale teoria, tuttavia, comportò problematica in ordine all'individuazione

dell'elemento soggettivo, poiché *“il riferimento al reato, contenuto nell'articolo 185 c.p., dovesse essere inteso nel senso della ricorrenza in concreto di una fattispecie criminosa in tutti i suoi elementi costitutivi, anche di carattere soggettivo. Con la conseguente inoperatività, in tale ambito, della presunzione di legge destinata a supplire la prova, in ipotesi mancante, della colpa dell'autore della fattispecie criminosa¹⁶³.”*

Tuttavia, le previsioni legislative e l'emergere di nuove forme di responsabilità hanno determinato che talvolta tale forma di risarcimento fosse riconosciuto anche solo laddove la colpa era presunta, generando negli interpreti non pochi dubbi: essi ritenevano che i criteri presuntivi di accertamento della colpa potessero essere attribuiti solo in presenza di una responsabilità da danno patrimoniale.

Anche in questa ipotesi il dato socio-economico ha comportato negli interpreti la necessità di rivedere le loro iniziali posizioni, attribuendo nuova veste all'articolo 2059 c.c., e svincolandolo dalla sua concezione prettamente sanzionatoria.

Nelle ormai note e famosissime sentenze del 2003 i giudici di legittimità, al fine di risolvere le questioni interpretative della norma, hanno dovuto affrontare due aspetti diversi attinenti, l'uno, il rapporto tra processo civile e processo penale, l'altro, l'ambito di applicazione dell'articolo 2059 c.c.

Con riferimento al nodo gordiano tra processo civile e processo penale i giudici della Corte di Cassazione hanno sostenuto che *“sono mutati i rapporti tra il processo civile e quello penale a seguito dell'introduzione del*

¹⁶³ Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, II*, op. cit., p. 853 secondo il quale *“la Consulta (...) prende definitivamente atto del mutamento intervenuto nel diritto vivente a seguito sia dello ius superveniens legislativo sia delle recenti novità.”*

nuovo codice di procedura penale (entrato in vigore nell'ottobre del 1989) ed è venuta meno la preminenza della giurisdizione penale su quella civile, come affermazione, invece, dell'autonomia tra i due giudizi (...) Una volta affermata l'autonomia tra il giudizio civile e quello penale, il giudice civile deve accertare la fattispecie costitutiva della responsabilità aquiliana, con i mezzi suoi propri, e, quindi, con i mezzi di prova offerti al giudice dal rito civile per la sua decisione(...)"

In tal modo, quindi, gli ermellini superano la problematica attinente a quelle ipotesi di responsabilità oggettiva con colpa presunta, consentendo al giudice civile un'autonomia di accertamento dell'elemento soggettivo, con conseguente attribuzione del risarcimento del danno non patrimoniale ogni qual volta ciò sia richiesto.

La Corte di Cassazione non si limita, tuttavia, ad analizzare gli aspetti processuali, ma, al contrario, attribuisce una rinnovata dignità contenutistica alla nozione di danno non patrimoniale¹⁶⁴, consentendo, al contempo, il definitivo superamento dei limiti dell'art. 2059 c.c., e affermando la risarcibilità di ogni lesione, cagionata da illecito extracontrattuale, di un

¹⁶⁴ Sul punto P. RESCIGNO, *Il danno non patrimoniale*, cit.; F. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona*, cit.; M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, e. Giuffrè, 1995, *passim*; A. IANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, in Cendon-Ziviz, (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano, 2000. La nuova ricostruzione inaugurata dalla giurisprudenza del 2003 era stata sostenuta già da una parte della dottrina, la quale, espressasi in senso critico nei confronti del danno esistenziale e, più in generale, contraria all'ideazione di nuove figure risarcitorie finalizzate solo a consentire il ristoro, tramite l'art. 2043 c.c., di lesioni alla persona non economicamente valutabili, in modo da aggirare il rinvio ai "casi determinati dalla legge" di cui all'art. 2059 c.c., aveva affermato, viceversa, l'opportunità di una lettura costituzionalmente orientata di quest'ultima norma. Si era quindi sostenuta un'interpretazione evolutiva e adeguatrice dell'art. 2059 c.c. alla luce dei valori costituzionali, in grado di ampliare il contenuto della categoria del danno non patrimoniale, al fine di ricomprendervi la tutela di ogni diritto di rilevanza costituzionale facenti alla persona.

interesse costituzionalmente protetto inerente alla persona umana, al di là del mero danno morale da reato¹⁶⁵.

In particolare, i giudici di legittimità partono dal presupposto che nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione, e il cui art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, non esaurendosi esso nel danno morale soggettivo.

Ne consegue che l'art. 2059 c.c., nel disporre che il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi previsti dalla legge, non si riferisce esclusivamente all'art. 185 c.p., ma, al contrario, anche alle norme costituzionali che tutelano i valori fondamentali di ciascun individuo rappresentando previsioni di legge che soddisfano il rinvio richiesto dalla predetta norma. In altri termini, l'esplicito richiamo dell'articolo 2059 c.c. ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della Carta fondamentale, che, riconoscendo i diritti inviolabili inerenti alla persona, implicitamente, ne esige la tutela, e in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale.

Tale nuova lettura costituzionalmente orientata, allora, consente di svincolare l'articolo 2059 c.c. dall'articolo 185 c.p., determinando il superamento del riconoscimento della *“funzione sanzionatoria classica*

¹⁶⁵ Si è trattato di un fondamentale approdo dell'evoluzione giurisprudenziale che, pur avendo riguardato esclusivamente l'art. 2059 c.c., è espressione della tendenza in atto nel diritto moderno di riconoscere una tutela sempre più estesa delle situazioni giuridiche non patrimoniali.

proprio dell'articolo 2059 c.c. ormai volto semplicemente a tipizzare i singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale¹⁶⁶.”

Come è stato affermato dagli studiosi, infatti, le sentenze dei giudici di legittimità hanno comportato “*un incontrovertibile superamento avvenuto con riguardo alla visione afflittiva del ristoro del danno non patrimoniale. (...) la dissoluzione della finalità punitiva obbliga a spostarsi dal versante del danneggiante a quello della vittima¹⁶⁷”.*

Anche il danno non patrimoniale sembrerebbe rivestire, quindi, in seguito alle incursioni delle interpretazioni giurisprudenziali, una funzione compensativa-riparatoria a presidio e tutela dei valori della persona.

6. PENE PRIVATE IN ITALIA? IL DIBATTUTO CASO DEL DANNO NON PATRIMONIALE. LA TESI CHE NEGA LA FUNZIONE SANZIONATORIA ALL'ARTICOLO 2059 C.C.

La struttura e la funzione dell'articolo articolo 2059 c.c. è diventata, nei tempi, la cartina di tornasole per verificare la possibile ammissibilità nel nostro sistema giuridico delle cd. pene private.

L'indiretto collegamento con la norma di matrice penalistica ha determinato, infatti, alcuni Autori a ritenere che l'articolo 2059 c.c., sebbene non introduca una vera e propria pena privata “*quanto meno è un istituto di collaborazione, dato che coadiuva il raggiungimento del fine di giustizia*

¹⁶⁶ Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, II*, op. cit., p. 853 nota 5.

¹⁶⁷ Si veda P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, VII, Torino, 1998.

che è proprio dell'ordinamento, venendo ad assumere un fine comminatorio ed intimidativo¹⁶⁸.”

Tale funzione, tuttavia, non è condivisa dalla dottrina maggioritaria la quale ritiene che alla responsabilità civile non si possa attribuire connotazione sanzionatoria, ostandovi molteplici fattori, quali fra tutti il dettato costituzionale.

Le pene private, infatti, “*contrasterebbero apertamente col principio costituzionale di eguaglianza: principio che garantisce la parità giuridica delle persone di fronte alla legge e nei reciproci rapporti, vietando per ciò stesso la creazione di autorità private. Il precetto costituzionale dell'eguaglianza assurge a principio di ordine pubblico, ponendo un limite all'autonomia privata¹⁶⁹.”*

Sulla base di siffatta argomentazione, anche gli ermeneuti hanno rimarcato 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. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso*

¹⁶⁸ Testualmente G.MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, vol. I, 2008, p. 188; nello stesso senso si veda G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, p. 168. Gli autori sostengono che “è noto che sul terreno si fronteggiano due tesi una delle quali attribuisce una connotazione punitiva o afflittiva al risarcimento del danno non patrimoniale e l'altra che gli assegna una funzione satisfattiva compensativa. La prima configura il risarcimento di tal genere come pena privata vale a dire come un male che deve colpire il trasgressore della norma e che deve perciò essere proporzionato alla misura della colpa e alla situazione di fortuna dell'autore del fatto lesivo, sul presupposto di un'asserita connotazione penalistica del danno non patrimoniale, il cui risarcimento l'art. 2059 c.c. limita ai soli casi determinati dalla legge e, quindi, prevalentemente, ai casi di responsabilità civile da reato, quale prevista dall'articolo 185 c.p.”

¹⁶⁹ Testualmente C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, op.cit., 1994, p. 255.

il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive¹⁷⁰.”

Inoltre, riconoscere un ruolo sanzionatorio della responsabilità civile potrebbe determinare il rischio di un indebito arricchimento del danneggiato, dovendosi condannare l'autore del fatto illecito a corrispondere un risarcimento del danno superiore rispetto all'effettiva e concreta entità del danno causato¹⁷¹.

Ad ostare a una visione sanzionatoria della responsabilità civile sembrerebbe esservi anche il timore di non riuscire più a intendere in maniera unitaria il sistema di responsabilità. Ci si troverebbe, infatti, innanzi a una norma di responsabilità civile avente funzione compensativa-riparatoria e un'altra, invece, rivestente un ruolo sanzionatorio, mentre, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritaria, il sistema di responsabilità civile, invece, deve essere considerato in maniera unitaria.

Tale tesi sembrerebbe essere stata ulteriormente avvalorata dagli ermeneuti i quali, nel discernere in merito al rapporto tra responsabilità civile e

¹⁷⁰Cfr. Cassazione civile, sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Corriere Giuridico*, 4/2007. In particolare il caso riguardava la richiesta di una signora di nazionalità statunitense, la quale aveva “adito la Corte d'appello di Venezia per la delibazione della sentenza della Corte distrettuale della Contea di Jefferson (Alabama, Stati Uniti), con la quale la Fimez s.p.a. era stata condannata a pagarle la somma di 1.000.000 di dollari USA a titolo di risarcimento danni per la morte del figlio P.V. K. che, come ritenuto da tale sentenza, era stato sbalzato dal sellino della propria motocicletta a seguito dell'urto con un autoveicolo, aveva perduto il casco protettivo per difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura, prodotta dalla Fimez, e, cadendo a terra, aveva riportato lesioni gravissime al capo che ne avevano determinato il decesso. La Corte d'appello ha respinto la domanda ritenendo trattarsi di condanna a danno punitivo, in contrasto con l'ordine pubblico italiano.”

¹⁷¹ Cfr sul punto E. MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex articolo 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 9, 2010, p. 1837, secondo la quale “i danni punitivi vengono riconosciuti estranei al nostro ordinamento proprio perché – contrariamente alla predetta finalità del risarcimento del danno – paiono connotati da un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito.”

responsabilità penale *ex* articolo 185 c.p., hanno ritenuto che la lettura in base alla quale tale ultima norma sia legata a doppio filo esclusivamente con l'articolo 2059 c.c. non è veritiera poiché *“non teneva conto che le stesse espressioni sono riferite anche al danno patrimoniale, e che, per la sedes materiae, non potevano essere usate locuzioni diverse, in effetti, la predetta disposizione, laddove prevede che ogni reato obblighi il colpevole a risarcire il danneggiato, stabilisce che tale obbligo abbia per oggetto non già solo il danno non patrimoniale, ma altresì quello patrimoniale, sicché connotare di finalità punitiva la riparazione del primo, a differenza del secondo, in virtù di tale disposto, appare indubbiamente una forzatura¹⁷²”*.

Tali considerazioni logiche giuridiche, la lettura costituzionalmente orientata della disposizione, e il suo definitivo svincolamento dall'articolo 185 c.p., hanno inevitabilmente contribuito a determinare in studiosi e interpreti la convinzione che l'articolo 2059 c.c., al pari dell'articolo 2043 c.c., potesse avere esclusivamente una funzione compensativa-riparatoria¹⁷³. Inevitabilmente, i giudici delle leggi sono anch'essi ritornati sulle loro iniziali posizioni, ritenendo che *“il mutamento legislativo e giurisprudenziale venutosi in tal modo a realizzare ha fatto assumere all'articolo 2059 c.c. una funzione non più sanzionatoria, ma soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno patrimoniale¹⁷⁴”*.

Il *revirement* giurisprudenziale ha determinato che riemergessero *“i concetti di unitarietà del danno e di autonomia dell'illecito civile (...) e per converso,*

¹⁷² Cfr. Corte di Cassazione, 17 maggio 2003, n. 7282, *passim* e testualmente G.MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, op. cit., p. 189.

¹⁷³ Si veda a tal riguardo le sentenze gemelle ormai storiche dalla Corte di Cassazione, 31 maggio 2003, n. 8827 e 31 maggio 2003, n. 8828.

¹⁷⁴ Cfr. Corte costituzionale 11 luglio 2003, in in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1041.

inevitabilmente, tramontasse l'idea che il risarcimento del danno non patrimoniale potesse rivestire, nel nostro ordinamento, una funzione diversa rispetto a quella da attribuirsi al ristoro dei danni patrimoniali connotata da uno specifico carattere punitivo derivante da una coloritura penalistica dei casi determinati dalla legge per la sua risarcibilità¹⁷⁵". Ne è derivato l'accreditamento della teoria in base alla quale "è da ritenere inammissibile qualsiasi identificazione o anche solo parziale equiparazione del risarcimento del danno morale con l'istituto dei danni punitivi. Il danno morale corrisponde ad una lesione subita dal danneggiato e ad essa è ragguagliato l'ammontare del risarcimento. Nell'ipotesi del danno morale, infatti, l'accento è posto sulla sfera del danneggiato e non del danneggiante: la finalità perseguita è soprattutto quella di reintegrare la lesione, mentre nel caso dei punitive damages, come si è visto, non c'è alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subito. Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza

¹⁷⁵ Si veda G.MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, op. cit., p. 189.

determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa¹⁷⁶.”

Secondo questa dottrina, quindi, sarebbe un errore metodologico riconoscere alla responsabilità civile una funzione sanzionatoria, poiché il risarcimento del danno altro non è che il ristoro che l'ordinamento riconosce alla vittima dell'illecito, in una prospettiva che sposta l'attenzione dal danneggiante al danneggiato.

7. LA DEFINITIVA ELIMINAZIONE DAL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO DEL DANNO EVENTO. ULTERIORE OSTACOLO ALL'INTRODUZIONE DELLE PENE PRIVATE.

Antecedentemente alle note sentenze del 2003 della Corte di Cassazione, il risarcimento del danno, per lesione di un bene patrimoniale o anche non patrimoniale, poteva essere attribuito in seguito al configurarsi o di un danno evento o di un danno conseguenza.

Il primo si verificava ogni qual volta vi fosse la lesione di un bene giuridico o di un interesse giuridicamente rilevante, a prescindere dalla produzione nella sfera giuridica del danneggiato di un danno economico-patrimoniale.

Il danno conseguenza, invece, si configurava ogniqualvolta in cui, successivamente alla lesione di determinati interessi, il danneggiato ne dovesse subire anche conseguenze patrimoniale.

Il danno evento, proprio perché puniva l'atto illecito in sé, a prescindere dall'effettiva lesione prodotta nella sfera giuridica del danneggiato, è stato

¹⁷⁶Cfr. Cassazione civile, sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.

eliminato dal proscenio giuridico nazionale in forza del lavoro di ortopedia giuridica dei giudici della Corte di Cassazione¹⁷⁷.

Rilettura determinata, inoltre, dalla concezione secondo cui il risarcimento del danno può assolvere esclusivamente una funzione compensativa. Riconoscere il risarcimento del danno solo allorquando si sia verificato un evento lesivo, a prescindere dalla lesione causata al danneggiato, sembrerebbe sostanzialmente voler sanzionare l'autore dell'illecito per la mera commissione del fatto *contra ius*.

Pertanto, eccetto le ipotesi espressamente previste *ex lege*, interpreti e studiosi hanno ritenuto necessario espungere il cd danno evento dal nostro sistema giuridico¹⁷⁸.

Tale tesi trova un'ulteriore conferma nelle recentissime sentenze del 2008, con cui la Corte di Cassazione riaffronta il problema del rapporto tra gli articoli 2043 e 2059 c.c., attribuendo nuovo rilievo al danno non patrimoniale.

Gli ermellini, infatti, ritengono che *“il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato. Va*

¹⁷⁷ Cfr. sul punto, F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, vol. II, op. cit., p. 806, secondo cui *“il mero evento della lesione del bene giuridico, idoneo a concretare un danno patrimoniale in senso lato, a prescindere dalle ulteriori eventuali conseguenze economiche e personali.”* Gli autori precisano altresì che *“il danno risarcibile, nella nuova lettura resa dalla Cassazione, non si identifica nella lesione di un valore della persona costituzionalmente protetto (il cd danno evento), ma nelle conseguenze negative (il cd danno conseguenza) sul piano economico ed esistenziale, che quella lesione ha prodotto e che dovranno essere allegate e provate dalla parte che invoca la tutela risarcitoria.”*

¹⁷⁸ Si veda in questo senso F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, vol. II, op. cit., p. 805 secondo i quali *“ne risulta acquisito che, salvo i casi in cui la legislazione speciale, in una logica sanzionatoria, reputi risarcibile anche l'in sé dell'evento dannoso, la regola generale è quell'opposta secondo la quale, nel campo aquiliano come in quello contrattuale, in capo al danneggiato incombe la duplice prova della lesione del bene giuridico (danno evento) e delle relative conseguenze economiche o personali (danno conseguenza).”*

disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di danno-evento. La tesi enunciata dalla C. Cost. 184/1986 è stata, infatti, superata dalla successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle 2003. E del pari da respingere è la variante costituita dall'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe in re ipsa, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo¹⁷⁹.”

In tal senso, la Suprema Corte sembra confermare la sua resistenza e ostilità nel riconoscere un risarcimento del danno per il mero comportamento *contra ius* a prescindere dalla lesione di un bene giuridico.

Su questo punto non può non apprezzarsi la profonda differenza con il sistema anglofono, nel quale, invece, taluno è tenuto a risarcire il danneggiato semplicemente per aver posto in essere un comportamento *contra ius*.

È inevitabile, quindi, come non rilevare che alla base delle restrizioni che gli interpreti mostrano per l'introduzione delle pene private nel nostro sistema vi sia proprio una diversa concezione delle funzioni delle responsabilità civili rispetto, ad esempio, al modello anglosassone.

Mentre in quest'ultimo, il risarcimento del danno sembrerebbe assolvere l'ulteriore scopo di tutela dell'ordine pubblico, laddove cerca di scoraggiare i consociati dal commettere illeciti, nel sistema italiano, invece, tale funzione non sembrerebbe potere essere riconosciuta alla responsabilità

¹⁷⁹ Cfr. Corte di Cassazione Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *La responsabilità civile*, 1, gennaio 2009, op. cit., pp. 11 ss.

civile il cui fine sembrerebbe essere esclusivamente il ristoro del danneggiato.

Se così è allora si comprende la resistenza ad accreditare una funzione sanzionatoria-deterrente della responsabilità, come d'altra parte sembra essere confermato dalle pronunce degli ermellini secondo cui *“l'appiattimento nell'accertamento della sola lesione procede verso l'idea di un danno punitivo che, seppure non estraneo al nostro sistema, tuttavia non appartiene alla tradizione del danno alla persona.”*¹⁸⁰,

Di contro, però, non si può ignorare che l'indagine sistematica del modello italiano consente di far emergere che figure e istituti aventi una funzione punitiva, oltre che compensativa, sono in parte già presenti nel sistema italiano, talvolta palesemente e altre volte “mascherate”.

8. IL DANNO NON PATRIMONIALE COME IPOTESI DI PENA PRIVATA

L'impossibilità di attribuire all'articolo 2059 c.c. veste sanzionatoria, oltre che compensativa-riparatoria, non è unanimemente accreditata dalla dottrina italiana.

Alcuni Autori, infatti, ritengono che l'istituto delle pene private debba e possa avere ingresso nel nostro sistema giuridico, rinvenendo a giustificazione della loro tesi alcuni dati legislativi, tra cui, proprio, l'articolo 2059 c.c. e il suo implicito richiamo all'art. 185 c.p.

¹⁸⁰ Cfr., in questo senso, M. FRANZONI, *Cosa è successo al 2059 c.c.?*, in *La responsabilità civile*, 1, gennaio 2009, op. cit., p. 24.

Il danno non patrimoniale è, infatti, istituto che tutela “*la lesione di interessi che alla stregua della coscienza sociale sono insuscettibili di valutazione economica*”¹⁸¹.”

Tali beni hanno un rilievo costituzionale e assurgono a beni fondamentali appartenenti all’uomo: è necessario quindi assicurare e garantire in ogni modo la loro tutela.

Per questo secondo questi studiosi il legislatore ha ritenuto opportuno richiamare la norma penale poiché essa consente di “*tutelare valori sociali di rilevanza pubblica la cui violazione esige in favore della vittima una completa riparazione del danno prodotto, economico e non economico*”¹⁸².”

Pertanto, il connubio con l’istituto penalistico e la funzione assolta dall’art. 2059 c.c. hanno indotto parte della dottrina a ritenere che il risarcimento del danno non patrimoniale potesse rivestire i connotati della pena privata¹⁸³, come si evince, d’altronde, anche da alcune pronunce di legittimità secondo cui “*(...) nel caso di reato è più intensa l’offesa all’ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Dalle quali dichiarazioni si detrae che il danno non patrimoniale è un altro effetto dell’illecito (è danno - conseguenza, al pari di quello patrimoniale) e che il risarcimento dei danni non patrimoniali persegue scopi di più intensa repressione e prevenzione, certamente estranei al risarcimento degli altri tipi di danno (...) La scelta legislativa operata con l’emanazione dell’art. 2059 c.c. (tra le opposte tesi della totale irrisarcibilità del danno morale subiettivo e della risarcibilità, in ogni caso,*

¹⁸¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, op.cit., p. 166.

¹⁸² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, op.cit., p. 171.

¹⁸³ Si veda in questo senso G. BONILINI, *Danno morale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, V, Torino, 1989, p. 83;

del medesimo) discende dall'opportunità di sanzionare in modo adeguato chi si è comportato in maniera vietata dalla legge. Certo, ritenere che la responsabilità civile abbia carattere esclusivamente o prevalentemente sanzionatorio sarebbe oggi infondato oltretutto antistorico. Ma dopo l'attenta lettura della precitata relazione ministeriale al codice civile è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed "ulteriormente" alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori. Né può essere vietato al legislatore ordinario, ai fini ora indicati, prescrivere, anche a parità di effetto dannoso (danno morale subiettivo) il risarcimento soltanto in relazione a fatti illeciti particolarmente qualificati e, più di altri, da prevenire ed ulteriormente sanzionare. E per giungere a queste conclusioni non è neppure necessario aderire alla tesi che sostiene la natura di pena privata del risarcimento del danno non patrimoniale, essendo sufficiente sottolineare la non arbitrarietà d'una scelta discrezionalmente operata, nei casi più gravi, d'un particolare rafforzamento, attraverso la riparazione dei danni non patrimoniali, del carattere preventivo e sanzionatorio della responsabilità penale¹⁸⁴.”

La pronuncia dei giudici delle leggi sembrerebbe, quindi, consentire l'ammissione delle pene private a condizione di non ritenere il sistema della responsabilità civile un sistema unitario: *ex adverso* deve attribuirsi al

¹⁸⁴ Testualmente Corte Costituzionale n. 184 del 1986 in www.Consultaonline.it

risarcimento del danno patrimoniale funzione compensativa-riparatoria e al risarcimento del danno non patrimoniale (*i.e.*; morale) una funzione anche sanzionatoria.

A contribuire a determinare un rinnovato interesse per le pene private, rafforzando tale opinione nell'ultimo decennio, sono stati i nuovi fattori socio giuridici¹⁸⁵.

Il moltiplicarsi delle forme di lesione ai diritti della personalità, e la difficoltà spesso di quantificare il valore del danno subito, hanno determinato in studiosi e interpreti la convinzione che talvolta i sistemi di responsabilità civile e responsabilità penale non riescano a soddisfare integralmente l'esigenza di ristoro del danneggiato¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Testualmente V. D'ACRÌ, *I danni punitivi, dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende e i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, op.cit., p. 44.

¹⁸⁶ In tal senso si veda V. D'ACRÌ, *I danni punitivi, dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende e i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, op. cit., p. 44 secondo il quale "i motivi di questa riscoperta sono molteplici e in larga parte coincidono con quelli che puntano a una crescente rivalutazione del momento punitivo-deterrente della responsabilità civile. Dal primo punto di vista il crescente interesse per le pene private è dipeso da una situazione preoccupante di inflazione penalistica, che ha consigliato di valorizzare le altre sanzioni punitive previste in altri rami dell'ordinamento e, quindi, sia le sanzioni punitive amministrative che quelle civili. Dal punto di vista interno, il ricorso alle pene private è stato prospettato come necessario in alcuni settori del diritto civile (il riferimento primario è ai diritti della personalità), laddove i normali rimedi risarcitori previsti dalla responsabilità civile palesano la loro inadeguatezza. Di qui la necessità di ricorrere a strumenti più efficaci, quali le pene private".

¹⁸⁶ Si veda in tal senso V. D'ACRÌ, *I danni punitivi, dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende e i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, op. cit., p. 45 secondo il quale "la sanzione civile non può consistere soltanto in una reazione all'illecito. In primo luogo perché essa non sempre riesce a reintegrare il pregiudizio subito dal danneggiato: in secondo luogo, e soprattutto, perché se è solo una reazione non riesce ad agire con una reale efficacia deterrente, frustrando così uno dei suoi scopi principali, cioè la prevenzione dei fatti illeciti." Altra parte della dottrina E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza inglese e statunitense in materia di punitive damages*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1995, p. 2019 afferma, altresì, che "accanto al risarcimento per equivalente è auspicabile sviluppare (...) un insieme di strumenti di tutela diversificati, che esaltino la funzione di prevenzione."

Sembrerebbe, pertanto, opportuno individuare strumenti non solo riparatori ma soprattutto preventivi, onde evitare, *ab origine*, la commissione degli illeciti. Tale compito potrebbe essere assolto proprio dalla responsabilità civile, qualora, sulle orme dei sistemi angloamericani, le si riconoscesse una funzione quantomeno di deterrenza.

Né tantomeno a simile eventualità potrebbero ostare considerazioni quali, ad esempio, l'idea dell'unitarietà del sistema di responsabilità civile, non sembrando possibile, quantomeno sotto il profilo funzionale, ridurre a unità il sistema della responsabilità civile¹⁸⁷.

Ne consegue, secondo illustri Autori, che è necessario “*prender atto della inidoneità della funzione riparatoria a dare conto della pluralità dei criteri di imputazione, poiché se davvero quella riparatoria fosse la dimensione funzionale esclusiva dell'istituto aquiliano resterebbe da spiegare la ragione per la quale il danno non sempre sia risarcito*”¹⁸⁸.

Non sembrerebbe possibile, pertanto, escludere *a priori* una funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

È stato, infatti, rilevato che “*la finalità sanzionatoria è propria di tutte le norme dettate allo scopo di ripristinare l'ordine violato dall'illecito*”, ma tale funzione non deve essere confusa con quella “*punitiva tipica delle sole norme penali*”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Si veda in tal senso C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 12 secondo il quale “*la crisi della responsabilità civile è funzionale, da eccessi di input (...) punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il carico dei danni, ripartire le perdite ed i rischi, allocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive ed i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato e il valore primario della persona umana, sono compiti troppo numerosi e contraddittori non solo per il titolo IX del libro IV, ma per qualunque sistema positivo.*”

¹⁸⁸ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, n. 12, p. 2846.

¹⁸⁹ Si veda sul punto G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, op. cit., p. 189, secondo il quale “*la sanzione assume,*

Il tentativo di diversificare la funzione punitiva penale con quella sanzionatoria civile rischia di divenire soltanto un falso dilemma in considerazione della circostanza che in entrambe le ipotesi si impone comunque una “punizione” a colui che ha commesso un illecito, a prescindere dalla terminologia che si intende utilizzare.

Né tantomeno “*può essere disconosciuto che la riparazione del danno prevista dalla legge civile indubbiamente costituisca un deterrente e possieda già di per sé sola una funzione di prevenzione dell’illecito civile, non essendo suo compito, invece, quello di contribuire a prevenire la commissione dei reati*¹⁹⁰.”

Anche la giurisprudenza ha mostrato segni di apertura nei confronti delle pene private in Italia, in considerazione dell’emersione di nuovi istituti giuridici.

È stato, infatti, recentemente affermato che “*con la nuova previsione dell’articolo 96, comma 3, c.p.c viene introdotta una fattispecie a carattere sanzionatorio che prende le distanze dalla struttura tipica dell’illecito civile per confluire nelle cd condanne punitive, e con la quale il giudice può (e, invero, deve) responsabilizzare la parte ad una giustizia sana e funzionale (...)*¹⁹¹.”

Spinta, forse, dalle considerazioni dei precedenti giudici, o dalle nuove istanze che provengono dal tessuto sociale e normativo, recentemente i giudici della Corte di Cassazione hanno affermato che “*(...) né il diritto*

infatti, finalità e contenuti diversi nel sistema penale, orientato alla repressione dei reati e alle punizioni dei colpevoli, anch’esso volto a realizzare una finalità altrettanto unitaria e specifica, quali che siano gli interessi protetti in concreto lesi dall’illecito, come afferma lo stesso art. 185 c.p. quando fa appunto rinvio alle leggi civili per la disciplina del risarcimento del danno reato, sia patrimoniale che non patrimoniale.”

¹⁹⁰ G. MIOTTO, op., ult., cit., p. 191.

¹⁹¹ Testualmente Tribunale Varese, 23 gennaio 2010, in *Foro.it*, 7-8, p. 2229.

civile ignora la possibilità di carattere afflittivo destinate non soltanto a risarcire il danno subito dal creditore, ma a rafforzare l'obbligazione con funzione di deterrenza per scoraggiare l'inadempimento; è il caso della clausola penale (art. 1382 c.c.) e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) e, in certo modo, lo stesso risarcimento minimo di cinque mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto che deve essere corrisposto, indipendentemente dall'entità del danno effettivo, quando sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità di un licenziamento¹⁹².”

L'articolo 2059 c.c. sembra essere proprio il grimaldello sul quale fare leva per sostenere l'ammissibilità delle pene private nel nostro sistema giuridico. Infatti, a vantaggio di tale tesi si sostiene che risarcire un danno “non patrimoniale” reca in se insita una funzione sanzionatoria del risarcimento¹⁹³.

9. PROBLEMI DI QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE. STRUMENTO PER CONSENTIRE L'INTRODUZIONE DEI PUNITIVE DAMAGES

Al pari dei sistemi di *common law*, anche in quelli appartenenti alla tradizione di *civil law*, si pongono problemi di quantificazione del danno essendo lesi diritti della personalità che non hanno un corrispondente “valore di mercato¹⁹⁴.”

L'assenza di un preciso equivalente monetario determina che “*la quantificazione del danno avviene in base a criteri, più o meno razionali,*

¹⁹² Cfr. Corte di Cassazione, Sez. lavoro, 6 giugno 2008, n. 15067.

¹⁹³ Si veda L. VIOLA, *I danni punitivi nella responsabilità civile della p.a.*, in *Resp. civ.* 2008, I, p. 73 secondo il quale “*quanto più i beni, gli interessi e i diritti da proteggere presentano una connotazione non patrimoniale, tanto più spiccata si rileva la propensione del rimedio punitivo, incidente sull'assetto patrimoniale dell'autore della violazione, a svolgere la propria funzione preventivo-retributiva.*”

¹⁹⁴ Si veda sul punto P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., p. 83.

*più o meno generalizzati, che in qualche modo sono inadeguati a soddisfare il sentimento di giustizia delle persone nei vari contesti sociali e periodi storici*¹⁹⁵.”

Se è vero, quindi, che non vi sono criteri oggettivi per consentire una quantificazione del danno “viene a sfumare anche la distinzione tra risarcimento del danno in senso stretto e sanzione”¹⁹⁶.”

Tuttavia, proprio al fine di sopperire a tale rischio, secondo parte della dottrina, vi sarebbe il principio in base al quale l’ammontare del risarcimento del danno non deve oltrepassare la lesione subita dal danneggiato, onde evitare un indebito arricchimento di quest’ultimo¹⁹⁷.

Tale principio è stato alla base dell’elaborazione della *differenztheorie* come metodo di quantificazione del danno¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Testualmente P. GALLO, op. ult. cit., p. 83.

¹⁹⁶ Cfr. P. GALLO, op. ult. cit., p. 83, il quale si interroga su come è “possibile accertare che una data somma comminata in caso di lesione all’integrità psico-fisica della salute o dell’onore di una persona costituisce risarcimento del danno e non piuttosto sanzione o pena privata? Come è possibile stabilire il punto oltre al quale cessa di parlarsi di mero risarcimento del danno e si entra nel campo delle pene private in senso stretto?”

¹⁹⁷ Si veda sul punto C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, op. cit., p. 159 “il danneggiante deve risarcire tutto il danno che il danneggiato ha sofferto e niente più del danno; il risarcimento non deve servire di pena al danneggiante né di lucro al danneggiato.”

¹⁹⁸ Sulla base della *differenztheorie* si identifica il danno risarcibile con il danno patrimoniale differenziale: vale a dire con la differenza fra la situazione patrimoniale complessiva del danneggiato a seguito dell’illecito e la situazione patrimoniale che si sarebbe determinata in mancanza dell’illecito. Nell’originaria formulazione della *differenztheorie*, il danno patrimoniale si contrappone al danno reale, che a sua volta è frutto dell’evoluzione del concetto di danno materiale (o naturale). Il danno patrimoniale consente il risarcimento delle spese e del lucro cessante. Nell’opera di MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse (Beiträge zum Obligationenrecht)* vol. II, ed. Braunschweig, 1855, p. 3 ss., e di WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it., II, Torino, 1925, § 257, p. 36, la concezione reale del danno (*aestimatio rei*) è soppiantata da una concezione patrimoniale (*quanti interest*), che ha riguardo all’intero patrimonio del danneggiato. Questa evoluzione, per certi versi può essere considerata un recupero del significato originario dei termini: “*il quod interest*, ravvisato nel suo significato originario, allude ad una aspettativa protetta dal diritto ed esprime – mediante un raffronto fra due situazioni, l’una di carenza l’altra di appagamento – l’interesse di una persona al verificarsi dell’evento o dello stato di fatto cui si rivolge la sua aspettativa”: così E. BETTI, “*Id quod interest*” in *Nov. Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 133.

Tuttavia il principio dell'equivalenza tra il danno subito e il risarcimento da attribuire sembra che inizi a vacillare in considerazione della “*maggiore sensibilità per la sfera del danneggiato e delle nuove funzioni che si vogliono attribuire alla responsabilità civile*¹⁹⁹.”

Se si continuasse ad applicare la *differenztheorie*, si potrebbe incorrere nel rischio che l'istituto della responsabilità civile non assolva più la funzione di soddisfare le pretese del danneggiato.

Tuttavia, anche qualora non si volesse più accreditare la tradizionale *differenztheorie*, non sarebbe agevole sostenere che accanto alla funzione compensativa – riparatoria che caratterizza il risarcimento del danno si stia affiancando anche una funzione sanzionatoria-punitiva.

È stato, infatti, sostenuto che “*potrà iniziarsi a parlare di pene private solo quando le modalità di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria e/o sanzionatoria sono tali da lasciar chiaramente comprendere che si è usciti dal campo della responsabilità civile in senso stretto per entrare in quello delle pene private: il che avviene ogniqualvolta in sede di accertamento del quantum si faccia riferimento non solo alla gravità della lesione in sé e per sé considerata, ma anche di altre circostanze che a rigor di logica dovrebbero esulare da un problema di quantificazione del danno in senso stretto, come per esempio il grado della colpevolezza del soggetto agente, la sua situazione patrimoniale, o ancora l'arricchimento realizzato mediante il fatto ingiusto*²⁰⁰.”

Tali motivazioni, quindi, sembrano rendere particolarmente ostica l'ammissibilità delle pene private nell'ordito giuridico nazionale.

¹⁹⁹ Si veda sul punto S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La responsabilità civile*, 2, ed. Utet, 2009, p. 166.

²⁰⁰ Si veda P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., p. 86.

L'analisi sistematica dell'ordinamento, tuttavia, consente di rilevare che sul proscenio giuridico nazionale, anche nel settore dell'illecito extracontrattuale e non solo contrattuale, stanno emergendo forme di responsabilità civile che sebbene formalmente assolvano una funzione prettamente compensativa-riparatoria sostanzialmente mascherano anch'esse una funzione punitiva-sanzionatoria.

Alla luce di quanto sinora affermato, pertanto, sembra opportuno indagare i nuovi istituti, anche di matrice processuale, che progressivamente stanno contribuendo a scardinare la concezione che la responsabilità, sia essa contrattuale o extracontrattuale, possa assolvere una funzione esclusivamente e prettamente compensativa.

CAPITOLO V

FIGURE SINTOMATICHE DI PENE PRIVATE

SOMMARIO: 1. Le pene private giudiziali; 1.1. La condanna per lite temeraria. Istituto con funzione sanzionatoria?; 1.2. Un'innovativa sentenza dei giudici sembra aprire il varco alla figura dei danni punitivi; 1.3. l'introduzione delle *astreintes* nel codice di procedura civile: sono una nuova forma di sanzione privata?; 1.4. La mediazione civile obbligatoria; 2. La responsabilità pubblica: funzione sanzionatoria o compensativa?; 2.1. Istituti pubblicistici sembrano accreditare una funzione anche sanzionatoria della responsabilità civile: la condanna alle spese del giudizio nel nuovo codice del processo amministrativo; 2.2. La responsabilità amministrativa/erariale tra risarcimento e sanzione; 2.3. Il risarcimento per danno ambientale "maschera" un'ipotesi di danno punitivo; 3. Il problema delle pene private di natura privatistica; 3.1. La duplice funzione della clausola penale; 3.2 Il modello tedesco riconosce la funzione sanzionatoria della clausola penale; 3.3. La disciplina sulle transazioni commerciali. le *astreintes* entrano nel sistema italiano? 4. Alcune ipotesi di pene private legali; 5. I danni punitivi sono attualmente in contrasto con il principio di ordine pubblico? 6. I risultati della comparazione.

1. LE PENE PRIVATE GIUDIZIALI

1.1. LA CONDANNA PER LITE TEMERARIA: ISTITUTO CON FUNZIONE SANZIONATORIA?

La regola operativa rileva che là di là dei dibattiti dottrinari nel sistema giuridico, lentamente ma progressivamente, stanno facendo ingresso nuovi istituti privatistici e pubblicistici che sostanzialmente sembrano assolvere una funzione preventivo-sanzionatoria, tra i quali, ad esempio, la condanna al risarcimento del danno per lite temeraria *ex* articolo 96 c.p.c.

Tale istituto prevede la condanna di colui che nel corso di un processo ha agito o resistito con dolo o malafede²⁰¹.

²⁰¹ L'articolo 96, c.p.c., è stato modificato con la Legge 18 giugno 2009, n. 69, "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", il cui nuovo terzo comma prevede il risarcimento del danno a favore di una controparte quando "risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave." Secondo la dottrina E. MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex articolo 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione*

La struttura e la funzione hanno indotto taluni interpreti e studiosi a ritenere che con siffatto istituto avesse fatto ingresso nel nostro sistema l'istituto delle pene private prevedendosi la condanna al pagamento di un risarcimento del danno, oltre alle spese processuali, per la parte che non abbia agito con buona fede.

La dottrina ha ritenuto che *“con la nuova previsione dell'articolo 96, comma 3, c.p.c, viene introdotta una fattispecie a carattere sanzionatorio che prende le distanze dalla struttura tipica dell'illecito civile per confluire nelle cd condanne punitive, e con la quale il giudice può (e, invero, deve) responsabilizzare la parte ad una giustizia sana e funzionale (...)²⁰².”*

La *ratio* dell'istituto *de quo* si rinverrebbe nell'intento di sanzionare la *“slealtà processuale²⁰³.”*

Tale tesi non ha trovato il plauso di coloro che, invece, ritengono che in linea teorica le pene private non potrebbero avere ingresso nel nostro sistema.

Tuttavia, anche questa dottrina difficilmente riesce a collocare il risarcimento *ex* articolo 96 c.p.c all'interno del tradizionale istituto della

risarcitoria, in *Resp. civ. e prev.* 2010, n. 9, p. 1837, in base all'articolo 96 c.p.c. *“analogamente viene condannato al risarcimento dei danni, qualora vi sia una domanda in tal senso, l'attore o il creditore procedente che abbia agito senza la normale prudenza, se il giudice accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca catastale.”*

²⁰² Testualmente E. MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex articolo 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, op. cit., p. 1839.

²⁰³ Si veda P. CIRILLO, *Le Autorità amministrative indipendenti*, Cedma 2009, p. 17 secondo il quale *“chi agisce in giudizio infondatamente (e quindi sia soccombente) e senza gravi ed eccezionali ragioni deve pagare le spese del processo, ed eventualmente la sanzione accessoria ex art. 96 ult. co. c.p.c. (peraltro la legge non precisa i presupposti della condanna né quantifica tale sanzione) ed anche la pubblicazione della decisione assume connotati non solo risarcitori ma anche sanzionatori (grazie al riferimento all'art. 96 c.p.c; inoltre, in caso di colpa grave o mala fede deve pagare il risarcimento del danno alla parte vittoriosa.”*

responsabilità civile, non ravvisandosi una funzione prettamente compensativa.

Al fine di mitigare entrambe le teorie, è stato sostenuto che con l'istituto della lite temeraria potrebbe ipotizzarsi una sorte di *“funzione di pena accessoria di natura civile posta a presidio di un interesse pubblico, volta a reprimere forme di abuso del processo”²⁰⁴*.

Tale tesi muove dal presupposto che il processo assolve comunque *“una funzione pubblica”* e che il *“legislatore ha chiaramente inteso perseguire la funzione deterrente, scoraggiando il contenzioso fine a se stesso che (...) crea nocumento alle altre cause in trattazione, nonché agli interessi pubblici primari dello Stato”²⁰⁵*.

La particolarità della figura giuridica *ex* articolo 96 c.p.c. consisterebbe prevalentemente nelle modalità con le quali il legislatore persegue tale obiettivo di deflazione del contenzioso: ovvero demandare al privato il compito di richiedere al giudice di condannare a titolo di sanzione colui che ha instaurato un giudizio senza alcun valido presupposto. Sebbene tale modalità operativa possa sembrare insolita rispetto ai tradizionali istituti giuridici italiani, tuttavia, un'analisi dell'istituto consente di evidenziare che forse l'introduzione delle pene private non è sostanzialmente tanto inopinabile.

Infatti, una delle motivazioni che hanno spinto da sempre studiosi e interpreti a ritenere non ammissibile all'interno del nostro sistema giuridico l'istituto *de quo* consiste nell'osservazione che i privati cittadini non possono prevedere sanzioni a carico dei consociati essendo di competenza

²⁰⁴ Cfr. E. MORANO CINQUE, *op.ult. cit.*, p. 1840.

²⁰⁵ Testualmente E. MORANO CINQUE, *op.ult. cit.*, p.1840.

esclusiva dello Stato l'inflizione delle pene, ai sensi dell' articolo 25 Cost.. Tuttavia, allorché il cittadino richieda al giudice di valutare se disporre o meno simile sanzione, sostanzialmente demanda all'equità dell'interprete la valutazione in merito alla sua opportunità.

In tal modo, sebbene per il filtro della richiesta del privato, la sanzione sarebbe inflitta dal giudice, ovvero da colui che a livello costituzionale e legislativo è deputato a condannare i consociati. Inoltre, nell'ipotesi di cui all'articolo 96 c.p.c. si deve rilevare che l'inflizione della sanzione è *ex ante* prevista dalla legge; si applica allora il tradizionale meccanismo previsto anche a livello legislativo secondo cui le sanzioni possono essere previste solo dalla legge ed eventualmente applicate dal giudice.

Se tale analisi non è priva di fondamento, non s'intravede ragione per cui tale istituto non possa essere equiparato alle pene private di matrice anglosassone, laddove anche in quest'ultimo sistema i *punitive damages* sono applicati esclusivamente dall'autorità giurisdizionale che basa le sue decisioni su criteri prestabiliti da precedenti ormai consolidati della giurisprudenza.

Continuare a sostenere che la responsabilità civile possa assolvere solo una funzione riparatoria-compensativa potrebbe comportare allora il rischio di rimanere sostanzialmente ancorati a concezioni anacronistiche e non adeguate alla nuova realtà sociale, all'interno della quale le nuove esigenze e l'incessante proliferazione di nuovi dati socio-economici comportano la necessità di rivedere antichi dogmi al fine di evitare che il diritto non sia più in linea con i tempi.

1.2. UN'INNOVATIVA SENTENZA DEI GIUDICI SEMBRA APRIRE IL VARCO ALLA FIGURA DEI DANNI PUNITIVI.

L'articolo 96, 3 co, c.p.c è stato oggetto di continue interpretazioni ed evoluzioni ad opera di studiosi ed interpreti.

Proprio questi ultimi stanno progressivamente incidendo sulla natura della disposizione nel tentativo di provare a svincolarla da una concezione prettamente compensativa, come si evince da una particolare e innovativa sentenza dei giudici milanesi.

Il *case law* aveva ad oggetto una presunta negligenza medica la quale aveva dato corso al decesso di un bambino. A fronte di tale tragico evento, i genitori chiamarono in causa il personale medico e la struttura sanitaria i quali, a loro volta, chiamarono in causa quale terzo la compagnia di assicurazione. Quest'ultima invece di cercare di comporre la controversia in brevi tempi prolungarono ingiustificatamente il processo.

Innanzi a simile comportamento ostruzionistico il Tribunale di Milano affermò che *“la vicenda posta alla base del presente giudizio risulta connotata da devastante tragicità e da responsabilità nella gestione processuale (...) dal punto di vista della lealtà processuale malgrado i reiterati inviti alla formulazione di offerte risarcitorie in favore degli attori, malgrado il chiaro quadro fattuale posto alla base della vicenda e malgrado le risultanze istruttorie del processo, si è assistito ad un poco encomiabile balletto che ha impegnato tutti i protagonisti in acrobatici tentativi di scaricare la responsabilità dell'accaduto “sull'altro sé”, senza che nemmeno una parola di comprensione venisse spesa per la vicenda umana di cui gli attori sono stati loro malgrado protagonisti.”* Poiché i

giudici milanesi ritennero il comportamento degli imputati connotato da dolo, condannarono gli assicuratori a risarcire agli attori una somma pari a €100.000 a titolo di responsabilità per lite temeraria²⁰⁶.

Tale sentenza, tuttavia, è stata successivamente *overruled* dalla Corte di Appello di Milano, la quale, invero, ha dichiarato la sospensione dell'immediata esecuzione.

In seguito anche il Tribunale di Varese, nell'applicare la condanna per lite temeraria, ha ritenuto che *“attraverso la nuova previsione, viene introdotta una fattispecie a carattere sanzionatorio che prende le distanze dalla struttura tipica dell'illecito civile per confluire nelle cd. condanne punitive (natura giuridica che in questi termini è confermata dai lavori parlamentari e dalla relazione al primo disegno di Legge). Come ha autorevolmente osservato la dottrina, una previsione del genere «assume le foggie di una “pena privata” dal carattere inedito per il nostro ordinamento» (così ha scritto la dottrina, riferendosi all'art. 385, comma IV, c.p.c. da cui tratto l'art. 96, comma III, c.p.c. e di contenuto sostanzialmente identico²⁰⁷)”*.

Tali pronunce, tuttavia, non sembrano convincere la parte degli interpreti: la *law in action*, infatti, rileva che, sebbene la condanna per lite temeraria sia un istituto processual-civilistico previsto dal legislatore, difficilmente essa è riconosciuta anche innanzi a comportamenti talvolta palesemente scorretti, quasi a dimostrare che il sistema non è ancora pronto a recepire *de facto* istituti assimilabili ai danni punitivi.

²⁰⁶ Si veda sul punto M.A.MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, in *Fatto&diritto*, collana diretta da P.CENDOM, ed. Giuffrè p. 144, secondo il quale *“a giudizio della Corte meneghina il comportamento processuale degli assicuratori ha costretto i genitori del defunto all'ulteriore stress e dramma dello svolgimento del processo, pur a fronte di una chiara responsabilità degli assicuratori.”*

²⁰⁷ Tribunale Varese, 23 gennaio 2010, in *Foro.it*, 7-8, p. 2229.

1.3. L'INTRODUZIONE DELLE "ASTREINTES" NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE: SONO UNA NUOVA FORMA DI SANZIONE PRIVATE?

Recentemente il legislatore ha introdotto un nuovo istituto che potrebbe essere interpretato come una sanzione di natura processual-civlistica nei confronti dei privati.

L'articolo 49 della legge 6/2009, infatti, prevede *“che dopo l'articolo 614 (codice di procedura civile, ndr) è aggiunto il seguente art. 614-bis. - (Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare). - Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.”*

La disposizione è innovativa sotto molteplici profili, tra i quali la previsione di una forma di coercizione per i cd obblighi di fare, apparentemente in

contrasto con uno dei principi fondamentali governanti le obbligazioni, ovvero l'impossibilità di costringere taluno a un *facere*²⁰⁸.

Eppure, l'esigenza di garantire le posizioni creditorie, probabilmente al fine ultimo di dare maggiore certezza ai traffici giuridici, sta determinando il legislatore a rileggere non solo i singoli istituti giuridici ma anche alcune regole che ne costituiscono il fondamento.

In effetti, l'indagine del sistema dimostra che nel nostro ordinamento sono previste misure di tal fatta, quali, ad esempio, quelli in materia di brevetti industriali, tutela del lavoratore, dei consumatori e nei confronti della protezione del diritto d'autore²⁰⁹.

²⁰⁸Cfr., in tal senso, Cass., Sez. II, 24 agosto 1994, n. 7500; in dottrina M. FORNACIARI, *I limiti dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare*, passim. Tuttavia, progressivamente in giurisprudenza si è iniziato a sposare un differente orientamento in base al quale si riteneva che, in ogni caso, la sentenza di condanna sarebbe stata sempre idonea a produrre i suoi normali effetti mediante la volontaria esecuzione del debitore e che, inoltre, avrebbe potuto costituire il presupposto di ulteriori conseguenze giuridiche, come, per esempio, nel caso della successiva formulazione di una autonoma domanda di risarcimento. In tal senso Cass., Sez. I, 1 dicembre 2000, n. 15349; Cass., Sez. I, 17 luglio 1992, n. 8721. Il codice civile del 1942 aveva, infatti, stabilito un sistema in cui l'esecuzione forzata era garantita solo nelle ipotesi in cui la persona del debitore poteva essere sostituita nell'esecuzione da un terzo estraneo al rapporto giuridico azionato, mentre nei rimanenti casi, ove tale surrogazione non poteva realizzarsi, residuava per il creditore unicamente la possibilità di agire per il risarcimento del danno. Un così significativo *deficit* di tutela aveva persino indotto una parte della dottrina e della giurisprudenza a considerare l'eventualità che nel nostro ordinamento la condanna ad un *facere* infungibile fosse assolutamente preclusa. Si era, infatti, ritenuto che, essendo interdetta al debitore la facoltà di agire in via esecutiva, in simili ipotesi la sentenza espressa nei termini di una condanna dovesse reputarsi *inutiliter data*, in quanto non sarebbe mai stato possibile eseguirla coattivamente. L'azione avrebbe, dunque, dovuto essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse e l'attore avrebbe dovuto domandare sin dall'inizio soltanto il risarcimento del pregiudizio patito.

²⁰⁹Cfr. R. GIORDANO, A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, p. 467. L'art. 86, 1° comma, R.D. 29 giugno 1939 n. 1127, sui brevetti per invenzioni industriali e l'art. 66, 2° comma, R.D. 21 giugno 1942 n. 929 sui brevetti per marchi d'impresa, prevedono che il giudice provveda al risarcimento del danno, oltre che a fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza stessa. L'*astreinte* a tutela dei consumatori è prevista dall'art. 140, 7° comma Cod. Cons., che dispone: "con il provvedimento che definisce il giudizio il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti, e anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto."

Nell'introdurre l'istituto di cui all'articolo 649 *bis* cpc, il formante legislativo sembra essersi ispirato a esperienze allogene, ovvero le *zwangsstrafen* germaniche, che prevedono pene pecuniarie, arresto e cauzioni, il *contempt of Court* anglosassone e le *astreintes* del diritto francese²¹⁰.

L'indagine comparativa consente di giungere al risultato che proprio tale ultimo sistema è stato preso a modello, recependo l'istituto delle *astreintes*. *Les astreintes* rappresentano una figura giuridica di origine giurisprudenziale avente funzione di coercizione indiretta al fine di spingere un obbligato inadempiente alla coazione all'adempimento. In particolare, esse consistono in una somma da pagare da parte del debitore inadempiente qualora questo si rifiuti di ottemperare all'ordine del giudice di eseguire la prestazione dovuta. Si distinguono in *astreinte* provvisoria (*comminatoire*) qualora possa essere modificata successivamente dal giudice, o definitiva. La somma ingiunta non va valutata in base al danno subito dall'altro

²¹⁰Si veda A. PROTO PISANI, *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 627. "Il modello anglosassone del *Contempt of Court* prevede anche sanzioni penali come l'arresto o la reclusione, in caso di inosservanza dell'ordine del giudice. Anche il codice penale italiano prevede all'art. 388, 1° comma, il pagamento di una multa o la reclusione, per chi compie atti fraudolenti o simulati per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili derivanti da una sentenza di condanna, mentre il 2° comma del medesimo articolo punisce chi elude l'esecuzione del provvedimento del giudice che concerne l'affidamento dei minori o degli incapaci, oltre al caso di elusione delle misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito." Cfr. G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, vol. I, 3 ed. Bari, 2006, 36. Per le questioni interpretative riguardanti la circolazione delle misure coercitive all'interno della Comunità Europea si veda E. VULLO, op. cit., pp. 768 ss. A riguardo, si ricorda che nel 1980 il Professor Morel Storme of Ghent University cercò di elaborare un *European judicial code*, pervenendo alla fine dei lavori a specifiche proposte di armonizzazione che possono rinvenirsi nella *Draft Directive* che, all'art. 13, comma 1 prevede: "subject to national law imposing sanctions for the non performance of any order of the Court, the Court may, on the request of a party, order any other party who fails to comply with the order of the Court to pay a sum of money known as *astreinte*. The order for the payment of an *astreinte* shall be without prejudice to any liability in damages incurred by the party who fails to comply with the order of the Court. Liability to pay an *astreinte* cannot be incurred until after notification to the party affected of the judgment by which such liability is imposed."

obbligato, bensì dalla capacità patrimoniale dell'inadempiente ed eventualmente da altri parametri come il grado di colpa.

La *ratio* di tale meccanismo si rinviene nella circostanza che l'*astreinte* non è una forma riparatoria-risarcitoria, bensì una forma di coercizione affinché quella prestazione venga effettuata.

Analizzando, infatti, l'istituto di matrice italiana si evince che anche quest'ultimo prevede che il giudice, con il provvedimento di condanna, fissi su istanza di parte una penalità di mora per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, e che valuti “ *l'ammontare della somma (...) tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.*”

Discussa è la natura del nuovo istituto processual-civilistico: secondo alcuni la natura della penalità di mora è puramente sanzionatoria e come tale non può essere confusa con finalità di carattere indennitario, che sono assolutamente estranee all'istituto così come finora conosciuto.

Altri studiosi, invece, valorizzano maggiormente il testo dell'art. 614-*bis* c.p.c., laddove l'entità del danno *patito e patiendi* è inserita espressamente tra i criteri di determinazione della penalità.

Alla luce di tale dato, ritengono, pertanto, che la somma imposta quale condanna accessoria disponga di una insopprimibile componente indennitaria, circostanza da reputarsi incompatibile con un integrale risarcimento del danno²¹¹.

²¹¹ Cfr. A. LOMBARDI, *Il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Giust. proc. civ.*, 2010, p. 477.

Qualora fosse accreditabile la natura sanzionatoria dell'istituto *ex* articolo 614 *bis* cpc, non può non evidenziarsi come sempre maggiormente ipotesi di sanzioni civilistiche non solo entrano a far parte del sistema giuridico nazionale ma ricevano anche una forma di tipizzazione dal legislatore.

Tali forme di sanzioni sembrano rivestire il carattere di pene private, essendo imposte nel caso di inadempimento o fatto illecito commesso da taluno e riconosciute a vantaggio della parte lesa.

A dimostrazione si può addurre che l'istituto previsto dall'articolo 614 *bis*, cpc, consente l'attribuzione della "*poenalitas*" solo allorché sia avanzata una richiesta dell'attore in tal senso e non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Come si rileverà nel corso dell'indagine, in effetti, tale meccanismo di condanna è simile al metodo con il quale sono attribuiti i *punitive damages* nei sistemi di *common law*, nei quali non si deve incorrere nell'errore di ritenere che i privati possano "condannare" taluno a una particolare ed elevata forma di risarcimento senza l'intermediazione della competente autorità giurisdizionale.

La tipizzazione di forme di sanzioni private consentirebbe anche di contrastare quanti ritengono che l'istituto delle pene private non possa fare ingresso nel nostro sistema perché, nel rispetto degli articoli 25 e 27 Cost., la potestà punitiva è di competenza esclusiva dello Stato e le ipotesi di sanzioni devono essere espressamente previste dal legislatore.

1.4. LA MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA

L'incidenza che le fonti comunitarie esercitano naturalmente sul sistema italiano determina il legislatore a dover introdurre nel nostro ordinamento

giuridico istituti e fattispecie nuove, e, talvolta, sconosciute alla nostra tradizione.

Tra queste attualmente oggetto di particolare attenzione, e anche critiche, è l'istituto della mediazione civile e commerciale recepito nel sistema italiano con il Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28, in attuazione della direttiva 2008/52/CE, il cui obiettivo è facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie.

La *ratio* determinante tale riforma a livello comunitario e nazionale sembrerebbe rinvenirsi nell'esigenza di deflazionare il contenzioso. Per tale motivo, il legislatore accanto alla tradizionale mediazione volontaria ha previsto anche quella obbligatoria.

In particolare, la disposizione normativa prevede che la mediazione debba essere preventivamente esperita in presenza di determinate controversie, pena l'improcedibilità del processo²¹². La condizione di improcedibilità dell'azione giudiziaria sembrerebbe rappresentare una "sanzione" per la parte processuale che ha preferito adire le vie giudiziarie anziché ritrovare una soluzione amichevole della controversia.

Sebbene non siano mancate pronunce giurisdizionali che hanno messo in dubbio la costituzionalità di tale previsione²¹³, tale "sanzione" sembrerebbe

²¹² Si precisa che i giudizi per i quali è previsto il tentativo di conciliazione obbligatorio riguarda in particolare controversie attinenti a: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità, e contratti assicurativi, bancari e finanziari.

²¹³ Il riferimento è all'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del TAR Lazio-Roma, Sez. I, 12/04/2011, n. 3202 in *Giur. Merito 2011*, n. 7-8, p. 1944 ha sollevato questione di legittimità costituzionale. In particolare i giudici amministrativi hanno affermato che "è rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli art. 24 e 77 cost., la q.l.c. dell'art. 5, comma 1, d.lg. n. 28 del 2010, nella parte in cui, in materia di mediazione civile, introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione,

essere stata avvalorata anche dai giudici delle leggi secondo cui con la condizione di improcedibilità si differisce solo in un secondo momento la possibilità di esperire *ex novo* l'azione giudiziale, non ledendo, quindi, il costituzionale e legittimo diritto di difesa²¹⁴.

Tuttavia, *la law in action* ha evidenziato che tale condizione non era sufficiente a convincere i consociati a esperire dapprima la conciliazione e successivamente intentare un'azione giudiziale.

Alla luce, quindi, di tale dato il legislatore è tornato nuovamente a disciplinare la materia prevedendo che in caso di mancato tentativo di conciliazione la “sanzione” sia non solo l'improcedibilità del ricorso ma anche il versamento di una somma il cui importo sia equivalente al contributo unificato che si deve versare per instaurare il giudizio²¹⁵.

relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate, l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione; prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale; dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice. In particolare, le predette disposizioni risultano in contrasto con l'art. 24 cost. nella misura in cui determinano, nelle considerate materie, una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce e dall'altro eccedono dai criteri fissati dalla legge delega n. 69 del 2009, atteso il silenzio serbato dal legislatore delegante in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale indeterminate materie risultando quindi in contrasto con l'art. 77 Cost.” Per completezza si rileva che la Corte Costituzionale ad oggi non si è ancora pronunciata sul ricorso di cui sopra.

²¹⁴ Si veda sul punto la relazione tecnica illustrativa al progetto di legge del D.Lgs 28/2010, sub art. 8, secondo cui l'improcedibilità del ricorso è “una misura deflattiva la quale senza impedire o limitare oltremodo l'accesso alla giurisdizione, si limita a differirne l'esperimento, imponendo alle parti oneri non gravosi e volti anzi a dare soddisfazione alle loro pretese in termini più celeri e meno dispendiosi.” Si veda in tal senso Corte Costituzionale, 13 luglio 2000, n. 276.

²¹⁵ Il nuovo articolo 8, comma 5, D.Lgs 28/2010, come modificato dall'art. 2, comma 35 *sexies*, della manovra fiscale approvata ad agosto, recita “all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo. Il mediatore

Nell'imposizione della sanzione pecuniaria il giudice ha il compito di valutare se la parte non ha esperito il tentativo di conciliazione per giustificato motivo. In tale ambito, essendo, in effetti, il concetto di giustificato motivo indeterminabile, il giudice gode di una certa discrezionalità.

Tuttavia, laddove si determini che non vi era un giustificato motivo non potrà che applicare la sanzione pecuniaria secondo il *quantum* prestabilito dal legislatore.

Ulteriore peculiarità riguardante la sanzione *de qua* attiene alla rilevabilità d'ufficio: non sembrerebbe necessaria né possibile alcuna forma di domanda di parte essendo sufficiente l'accertamento ad opera del giudice per la sua irrogazione.

La "sanzione" pecuniaria prevista in caso di mancato tentativo di conciliazione potrebbe essere inquadrata tra le cd pene legali: è, infatti, prevista *ex lege* ed è applicata d'ufficio e non su istanza di parte.

Tuttavia, in attesa di future pronunce giurisprudenziali, sembra opportuno rilevare che il legislatore sta consentendo l'ingresso nel nostro sistema di "*strumenti di coercizione*" della volontà privata inusuali e diversi dalla nostra tradizione.

si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia. Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento dell'entrata del bilancio dello Stato di una somma di entrata corrispondente al contributo unificato per il giudizio dovuto."

Nel gioco del bilanciamento degli interessi i nuovi istituti di matrice processual-civilistici si giustificano alla luce dell'esigenza di garantire, da un lato, il diritto di difesa dei consociati ai sensi dell'articolo 24 Cost., e, dall'altro lato, di deflazionare il contenzioso anche al fine di una più celere risoluzione delle controversie, oltre che rispettare le direttive europee.

2. LA RESPONSABILITÀ PUBBLICA: FUNZIONE SANZIONATORIA O COMPENSATIVA?

2.1. ISTITUTI PUBBLICISTICI SEMBRANO ACCREDITARE UNA FUNZIONE ANCHE SANZIONATORIA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: LA CONDANNA ALLE SPESE DEL GIUDIZIO NEL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

Al fine di raggiungere risultati veritieri è necessario svolgere un'indagine sistematica del sistema italiano non limitandosi esclusivamente al settore prettamente privatistico.

L'ampliamento della visuale anche alla branca pubblicistica consente di evidenziare che in tale area stanno emergendo nuove figure giuridiche la cui funzione sembra essere tipicamente sanzionatoria.

Il riferimento è alla condanna per lite temeraria prevista dal D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e al nuovo istituto del pagamento delle spese processuali trasposto dal codice del processo civile nel nuovo codice del processo amministrativo²¹⁶.

²¹⁶ Si ricorda che il nuovo codice del processo amministrativo è stato emanato con Decreto Legge 2 luglio 2010, n. 104. Nello specifico l'articolo 26, comma 2, del codice prevede che *“il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche di ufficio, la parte*

In considerazione della profonda somiglianza esistente tra l'istituto privatistico e quello amministrativo, la dottrina ne ha individuato immediatamente la funzione sanzionatoria.

In effetti, da tempo, gli studiosi ritengono che sia necessario individuare la funzione sanzionatoria della responsabilità civile della p.a., non soltanto per "punire" il singolo consociato che commette un illecito, ma soprattutto al fine di introdurre uno strumento di deterrenza che consenta di limitare i comportamenti scorretti delle amministrazioni pubbliche.

Una delle funzioni principali che assolvono le pene private, infatti, è dissuadere i soggetti (pubblici o privati che siano) dalla commissione di illeciti, poiché, come dimostra l'analisi del diritto, *"un soggetto rinuncerà ad intraprendere una determinata attività ove ritenga che da questa possono derivargli più svantaggi che benefici"*²¹⁷.

Se è vera come è vera tale tesi, allora, a fronte del timore di dovere pagare un'eventuale condanna per risarcimento del danno particolarmente esosa, la pubblica amministrazione potrebbe evitare di commettere illeciti quali, ad esempio, un diniego di accesso ai documenti amministrativi o la mancata motivazione del provvedimento amministrativo²¹⁸.

Ma soprattutto la dottrina, sull'esempio del sistema inglese, ha proposto, a più riprese, l'introduzione dei danni punitivi nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione leda i diritti fondamentali dei cittadini, come ad esempio un'ingiusta espropriazione in violazione del diritto di proprietà.

soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati".

²¹⁷ Testualmente L. VIOLA, *I danni punitivi nella responsabilità civile della p.a.*, op.cit., p. 73; V. D'ACRI, *I danni punitivi*, op. cit., pp. 47 e 49;

²¹⁸ Si veda in questo senso L. VIOLA, *I danni punitivi nella responsabilità civile della p.a. dopo il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Resp. Civ.*, 12, 2010, p. 807.

Tale risultato sembrerebbe evidenziare un'analogia con il modello inglese, laddove, anche in questo sistema, una delle ipotesi in cui è possibile concedere i *punitive damages* è proprio la lesione da parte della p.a. di valori fondamentali per i consociati.

Dal punto di vista dei privati, invece, la condanna alle spese processuali funge da deterrente nell'intentare azioni giudiziarie prive di fondamento²¹⁹. In tale ipotesi *“la conseguente sanzione e la sua entità sarebbero svincolate dal pregiudizio effettivamente subito dalla vittima, per essere collegate al comportamento riprovevole tenuto in giudizio dalla parte scorretta”*²²⁰.

Tale forma di risarcimento sembra, quindi, svincolarsi da criteri predeterminati che individuano il *quantum* da attribuire al “danneggiato”, per essere oggetto di determinazione equitativa del giudice.

In tal senso la dottrina ha rilevato che tale meccanismo di quantificazione del risarcimento necessiterebbe di una rilettura poiché *“la previsione non è del tutto ambientata nel nostro ordinamento ed è ancora lontana da raggiungere una stabile sistematizzazione”*²²¹.

Tuttavia, secondo gli studiosi, propensi a riconoscere i *punitive damages* anche nel nostro ordinamento giuridico, ritengono che le disposizioni processuali recentemente introdotte realmente sembrerebbe aprire le porte all'ingresso del nuovo istituto giuridico.

²¹⁹ Si rileva che in questa ipotesi sembra evidenziarsi un'analogia con il modello americano. È stato infatti rilevato G. SPOTO, *I danni punitivi e il risarcimento del danno, passim*, in tale ultimo sistema i danni punitivi sono strumento per *“coprire i costi delle spese giudiziarie sostenute dal danneggiato.”*

²²⁰ Testualmente L. VIOLA, *I danni punitivi nella responsabilità civile della p.a. dopo il nuovo codice del processo amministrativo*, op. cit., p. 807.

²²¹ Cfr. L. VIOLA, op. ult. cit., p. 809; nello stesso senso G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18.06.2009, n. 69)*, in www.Juducium.it.

Il problema della qualificazione di tale forma di risarcimento sarebbe soltanto terminologico, poiché, come è stato rilevato, *“l'utilizzazione della definizione di danni punitivi sarebbe, infatti, preclusa non da qualche forma di incompatibilità tra danni con funzione sanzionatoria e principi fondamentali del nostro ordinamento, ma dalla mera opportunità di evitare la confusione concettuale che potrebbe derivare dall'utilizzazione di terminologie formatesi all'interno di ordinamenti giuridici diversi”²²².*”

2.2.LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA/ERARIALE TRA RISARCIMENTO E SANZIONE

L'analisi sistematica del modello italiano evidenzia che sono state introdotte, sia nel campo civilistico sia in quello pubblicistico, figure giuridiche di dubbia qualificazione.

La loro struttura e funzione, infatti, hanno determinato alcuni Autori a ritenere che tali istituti assolvano un ruolo sanzionatorio e non solo compensativa-riparatoria.

Tra queste possono essere individuate, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, l'istituto della clausola penale, delle transazioni commerciali, il danno ambientale e il danno erariale che ricomprende ormai al suo interno forme di responsabilità amministrativa tipizzate che non sembrano potersi inquadrare nell'ambito di una responsabilità con funzione prettamente compensativa²²³.

²²² Si veda L. VIOLA, *I danni punitivi nella responsabilità civile della p.a.*, op. cit.

²²³ Si veda sul punto Corte dei Conti, Sezione riunite, 27 dicembre 2007, n. 12/QM/2007, secondo alcune fattispecie di responsabilità *“si inquadrano in quel sistema tipizzato di fattispecie di responsabilità sanzionatoria che si è venuto delineando, negli ultimi anni, mediante la previsione, sul piano legislativo, di fattispecie tipizzate di illecito*

A tal ultimo riguardo, sembra opportuno precisare, sin da subito, che il danno erariale si configura ogni qual volta o un dipendente “*a causa di inosservanza dolosa o gravemente colposa dei propri obblighi di servizio cagioni un pregiudizio alla p.a.*”²²⁴, o taluno con un comportamento non lecito determini un’ingente lesione alle casse erariali.

Studiosi e interpreti si sono a lungo interrogati sulla natura di siffatta forma di responsabilità, sostenendo, talvolta, la sua funzione compensativa-riparatoria e altre volte quella sanzionatoria, in considerazione anche della struttura di tale forma di illecito. E, infatti, la cd responsabilità amministrativa/contabile si diversifica non poco dalla tradizionale strutturale dell’illecito civile poiché è addebitabile esclusivamente se il fatto dannoso è caratterizzato dall’elemento psicologico del dolo o della colpa grave, è personale e non trasmissibile agli eredi²²⁵, la prescrizione è quinquennale, non è solidale, e coloro che hanno assunto decisioni in buona fede e hanno manifestato il loro dissenso non possono in alcun modo essere ritenuti responsabili²²⁶.

amministrativo-contabili, che si aggiungono alle tradizionali fattispecie di responsabilità sanzionatoria già conosciute dall’ordinamento e rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti (...) che stanno dando luogo ad un vero e proprio sistema sanzionatori contabile che sia affianca nella tutela delle risorse pubbliche al sistema tradizionale della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio basato sulla clausola generale del risarcimento del danno.”

²²⁴ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, Roma, 2008, p. 1131.

²²⁵ A tale ultima regola deroga l’ipotesi in cui vi sia stata un indebito arricchimento del *de cuius* e di conseguenza un loro successivo arricchimento. In questa circostanza, infatti, gli eredi non risponderebbero *iure hereditatis* ma *iure proprio* avendo tratto un vantaggio personale da un pregresso illecito nei confronti della p.a. Sul punto si veda N. LEONE, *La responsabilità amministrativa –contabile e il danno erariale nei contratti pubblici di servizi e forniture*, intervento al Convegno “*Dall’opera omnia dei contratti pubblici alle responsabilità della figura professionale del provveditore economo*”, Arbatax, 9 maggio 2008.

²²⁶ Si veda N. LEONE, *La responsabilità amministrativa –contabile e il danno erariale nei contratti pubblici di servizi e forniture*, op. cit. Si veda sul punto anche T. MIELE, *Le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa*,

Nonostante la natura atipica della responsabilità erariale, gli interpreti hanno sostenuto che tali peculiari “*caratteristiche non sono tali da snaturare l’istituto che tradizionalmente appartiene al novero delle responsabilità patrimoniali, per avvicinarsi al genere delle situazioni afflittive di tipo sanzionatorio. Esso resta pur sempre responsabilità patrimoniale derivante da fatto illecito (...) la responsabilità per danno erariale si fonda sulla costruzione di un fatto dannoso per la pubblica finanza e la sua funzione non sta, quindi, nell’erogazione di una sanzione, bensì nella reintegrazione del patrimonio dell’ente danneggiato*”²²⁷.” Questi stessi studiosi ritengono di dover necessariamente escludere la natura sanzionatoria dell’illecito erariale in quanto, in caso contrario, si potrebbe addivenire a profili di incostituzionalità, ostando, *in primis*, il dato costituzionale.

L’articolo 25 Cost., infatti, prevede il principio di stretta legalità della pena, con la conseguenza che tutte le sanzioni devono essere tipizzate dal legislatore²²⁸.

passim, p. 2, secondo il quale ulteriore elemento di differenza tra la responsabilità civile e quella erariale consiste “*negli indubbi elementi pubblicistici rilevabili nella sua disciplina (officialità dell’azione, intestazione al pubblico ministero contabile della relativa azione di responsabilità, potere di riduzione dell’addebito) etc...*”

²²⁷ Cfr. Corte dei Conti Sezioni Riunite, 1 marzo 1996, n. 26/QM, *passim*. È opportuno precisare che la dottrina si è interrogata anche sulla qualificazione nell’ambito della responsabilità civile di tale forma di illecito giungendo alla conclusione che si tratti di una forma di responsabilità contrattuale. In proposito si veda V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio, passim*, secondo il quale “*fino agli anni 40 la responsabilità amministrativa era assimilata dalla giurisprudenza a quella civile da fatto illecito, consistendo nella violazione del neminem laedere, e la dottrina appariva uniforme nel ritenere questa responsabilità come responsabilità aquiliana degli amministratori e degli impiegati pubblici (...) negli anni 50 si ebbe il mutamento di indirizzo giurisprudenziale – con il consenso della dottrina – in favore della natura contrattuale (...) in definitiva si affermava che il fatto colposo si configurasse quale violazione di vincoli e obblighi precostituiti di servizio, ovvero semplicemente del rapporto contabile e la fonte dell’obbligazione che ne scaturiva era riconducibile non al fatto illecito previsto dal diritto comune negli artt. 2043 ss ma nella violazione degli obblighi contrattuali al rapporto di impiego e di servizio*”

²²⁸ Sul punto si veda T. MIELE, *Le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa, passim*, secondo il quale “*è appena il caso di rilevare, infatti, che qualora si volesse anche solo ipotizzare una generale natura sanzionatoria*

Tale tesi, tuttavia, non ha convinto altra parte di studiosi e interpreti, i quali, invece, sempre più insistentemente propendono per la funzione sanzionatoria dell'illecito *de quo*. Si afferma, infatti, a riguardo che proprio gli elementi strutturali dell'illecito depongono per una responsabilità di tipo afflittivo e non riparatoria. *“Il dato centrale attorno al quale ruota la concezione sanzionatoria-pubblicistica è rappresentato dall'elemento della colpevolezza, che viene posto in primo piano, assegnando alla colpa, inteso come atteggiamento antidoveroso della volontà, un ruolo centrale e dominante rispetto a tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità (...) La finalità sanzionatoria è perfettamente compatibile con il risarcimento del danno, in quanto il risarcimento del danno costituisce soltanto lo strumento tecnico mediante il quale si determina la sanzione, che consiste nel risarcimento non integrale, ma solo della parte di danno fissata dal giudice nella sentenza di condanna²²⁹.”*

Anche recente giurisprudenza sembra aver sposato le teorie dottrinarie confermando la natura sanzionatoria della responsabilità civile.

della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti – come pure da taluni è stato ipotizzato, seppure sul piano meramente teorico e dottrinario – la questione riguarderebbe, invero, anche eventuali profili di costituzionalità della stessa responsabilità amministrativa in relazione al principio di stretta legalità di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione (Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso), nella molteplice accezione della tipicità, della tassatività e della determinatezza dell'intera fattispecie sanzionatoria, e cioè, sia con riferimento al precetto che alla sanzione, attesa la atipicità delle fattispecie in relazione alle quali essa si configura.”

²²⁹ Ad ulteriore sostegno della natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa si sostiene V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, op. cit., “si fa leva soprattutto sull'esistenza di un potere riduttivo, sulla attribuzione della giurisdizione ad un giudice speciale (Corte dei conti) e sull'officialità dell'azione, nonché inoltre sulle novità introdotte dalle riforme degli anni 90 (personalità, in trasmissibilità, parziarietà, accentuazione del grado della colpa, irresponsabilità delle scelte politiche), affermandosi che il profilo sanzionatorio e la finalità di prevenzione sono prevalenti e caratterizzanti nella responsabilità amministrativa e meramente accessori e secondari in quella civile, in cui prevale il profilo della restaurazione del patrimonio.”

Una prima pronuncia in tal senso è stata registrata nel 2007 quando la Sezione Umbra della Corte dei Conti ha affermato che *“al riguardo, giova ricordare anzitutto, sul piano giurisprudenziale, come la Corte costituzionale, nel sottolineare che la responsabilità amministrativo-contabile ha ricevuto una “nuova conformazione” a seguito delle riforme richiamate poc’anzi, ha individuato in relazione a tale nuova conformazione, anche una nuova e più qualificante funzione di “deterrenza” della responsabilità stessa, rispetto alle finalità di salvaguardia delle risorse pubbliche. Funzione che, ha precisato la Corte costituzionale, si affianca a quella “restitutoria” tradizionale e si “combina” con essa, “nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere la prospettiva della (ridetta) responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo”²³⁰”*.

E in effetti, come sostenuto anche dai giudici della contabilità, la tesi di una natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa contabile sembra essere avvalorata anche da alcuni interventi legislativi che hanno tipizzato alcune figure di illecito, attribuendogli altresì una funzione sanzionatoria²³¹.

²³⁰ Cfr. sul punto Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale regionale dell’Umbria, Sentenza n. 128/2007; Corte Costituzionale, sentenza 20 novembre 1998 secondo la quale *“l’istituto della responsabilità amministrativa è contraddistinto dalla combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, in una prospettiva di maggiore valorizzazione anche dei risultati dell’azione amministrativa alla luce degli obiettivi di efficienza e di rigore di gestione”* e sentenza 12 maggio 2007, n. 183.

²³¹ Si veda Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale regionale dell’Umbria, Sentenza n. 128/2007, secondo la quale *“accanto alle sanzioni – sugli atti e sugli amministratori – di cui all’art. 30 qui all’esame, si richiamano anche tutti gli altri interventi considerati da parte attrice a pagg. 20 e ss. della citazione, tra i quali, essenzialmente: l’ipotesi di cui all’art. 36, comma 2, del d.lg.vo n°165/2001, in tema di violazione delle disposizioni riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni; l’ipotesi di cui all’art. 56, comma 6, del d.lg.vo n°165/2001, in materia di responsabilità del dirigente che ha disposto l’assegnazione di un dipendente a mansioni superiore; l’ipotesi di cui all’art. 24, comma 4, della l. n°289/2002 (e successive modificazioni, fino all’art. 1, commi 4, 9 e 10, della l. n°191/2004), in materia di nullità degli atti e per l’acquisizione di beni e servizi. Da segnalare, inoltre, la particolarissima sanzione interdittiva prevista dall’art. 248, comma 5, del d. l.vo n°267/2000, conseguente alla “dichiarazione di dissesto”, pure considerata da parte attrice, che –a mo’ di “pena*

La pronuncia della Sezione giurisdizionale dell'Umbria sembra essere stata ulteriormente confermata da una nuova pronuncia dei giudici contabili, i quali, seppur indirettamente, analizzando la struttura della responsabilità amministrativa/erariale, e il principio della non solidarietà del debito, sembrano avvalorare la sua natura sanzionatoria.

La vicenda interessava una società la quale, tramite i propri amministratori aveva commesso una grave violazione delle norme comunitarie e nazionali sulla libera concorrenza, comportando l'irrogazione di una sanzione. L'Autorità giurisdizionale adita ha ritenuto, dunque, gli amministratori quali autori materiali del fatto illecito. Per quanto riguarda, poi, i sindaci, tenuti per legge a vigilare sull'operato dell'organo amministrativo, nella veste di garanti della legalità della gestione societaria, avendo questi adottato nella fattispecie in esame un comportamento omissivo, sono anch'essi stati condannati in via diretta al risarcimento dei danni sofferti.

Tuttavia al contempo, la Corte dei Conti si è interessata di precisare che la responsabilità dei co-autori del fatto illecito non è solidale ma al massimo sussidiaria²³², personale *“ed è limitata ai fatti ed alle omissioni compiute*

accessoria”– vieta l’assunzione di alcune cariche pubbliche agli “amministratori che la Corte dei conti ha riconosciuto responsabili di danni da loro prodotti nei cinque anni precedenti il verificarsi del dissesto finanziario” .

²³² Per esigenza di chiarezza sembra opportuno riportare alcuni passaggi salienti della pronuncia della Corte dei Conti, Sezioni riunite, 20 febbraio 2011, n. 1990, secondo la quale *“la conferma dell’inoperatività nella responsabilità amministrativa del principio della solidarietà fra condebitori, ad esclusione di coloro che abbiano conseguito un illecito arricchimento o agito con dolo faceva riaffacciare il problema, da un lato, dell’equa ripartizione dell’addebito fra soggetti diversamente responsabili sotto il profilo psicologico (dolo o colpa grave) del danno erariale e, dall’altro, della garanzia dell’integrale ristoro del danno erariale. In particolare, la Corte si preoccupava del fatto di non poter imputare l’intera misura del danno all’autore dell’azione dolosa e di una parte dello stesso all’autore dell’azione colposa (perché avrebbe riconosciuto all’amministrazione un risarcimento superiore al pregiudizio patrimoniale effettivamente sofferto), ma, nello stesso tempo, non riteneva equo condannare l’autore del comportamento doloso a una misura inferiore all’intero danno o lasciare indenne l’autore della condotta colposa. Fu così introdotta la nozione di “responsabilità sussidiaria” addebitando al soggetto responsabile*

con dolo o colpa grave”, ribadendo sostanzialmente la natura peculiare della responsabilità amministrativa tali da auspicare una “*rivisitazione della giurisprudenza prevalente che, forzando il testo della legge, sembra*

a titolo di colpa (anteriamente alla l.n. 20/94 anche lieve) una quota del ristoro del danno erariale (“fino alla concorrenza di...”), la cui effettività risarcitoria avrebbe potuto essere attivata solo in executivis nell’ipotesi in cui il credito erariale non avesse trovato piena soddisfazione nell’azione esecutiva esperita nei confronti del responsabile principale. Tali preoccupazioni, che scaturivano dal definitivo abbandono dell’operatività del principio di solidarietà, sia pure rivisitato dalla sua risalente giurisprudenza, convincevano la Corte ad adire il Giudice delle leggi per contrasto della norma in esame (art.1, comma quinquies, l.n. 20/94) sotto diversi profili, ma soprattutto quello dell’art. 3 Cost., atteso che nella responsabilità civile disciplinata dal codice civile il principio di solidarietà fra condebitori costituiva solido istituto giuridico. La Corte costituzionale, però, con sentenza n. 453/98 respingeva le doglianze del giudice remittente (Sez. giurisdizionale Lombardia) riconoscendo al legislatore la piena discrezionalità di scelte diverse (e nella specie non irrazionali) per situazioni giuridiche non completamente sovrapponibili, quali sono quelle disciplinate dagli istituti della ordinaria responsabilità civile e quella amministrativa; quanto alle preoccupazioni applicative della responsabilità parziaria paventata dal giudice remittente, le stesse potevano essere superate proprio dal ricorso a quella giurisprudenza della Corte dei conti che aveva affermato che “l’agente il quale, a titolo di colpa, risponde soltanto per una quota del danno, resta obbligato solo in via eventuale dopo l’infruttuosa escussione di coloro che abbiano agito con dolo”. Il suddetto obiter dictum della Corte costituzionale - unito alla coeva pronuncia delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 4/99/QM chiamata a dirimere il contrasto giurisprudenziale che in materia si era formato - portava all’affermazione definitiva secondo la quale “...nel caso di danno erariale prodotto da più soggetti in concorso tra di loro, la responsabilità di chi ha agito con dolo o ha conseguito un illecito arricchimento è principale, mentre la responsabilità di coloro che hanno agito con colpa grave è sussidiaria: tali responsabilità vanno perseguite secondo un ordine di escussione per cui la sentenza di condanna deve essere eseguita prima nei confronti del debitore principale e, poi, solo in caso di mancata realizzazione del credito erariale, nei confronti del debitore sussidiario nei limiti della somma al pagamento della quale questi è stato condannato” (SS.RR. n.4/99/QM citata). Tale principio è rimasto tuttora dominante nella giurisprudenza delle Sezioni giurisdizionali della Corte (cfr., fra le ultime, Sez. I Appello n. 191/10, Sez. III Appello n.493/10, Sez. Lazio n.1402/10, Sez. Lombardia n.50/10), con qualche eccezione (cfr., per esempio Sez. I Appello n. 324/03). Quest’ultima pronuncia contiene dei passaggi motivazionali che sembrano più aderenti al dettato legislativo: “In proposito - si legge nella sentenza n. 324/03 - l’art. 1, comma quater, della l.n. 20/94 ha previsto, in via di principio, la parziarietà dell’obbligazione risarcitoria. L’art. 1, comma quinquies, ad integrazione, sancendo la più grave responsabilità di concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo, ha previsto che questi soggetti rispondano comunque in solido per l’intero”. E, più avanti, la Sezione I ribatte che: “quanto alla tesi che l’obbligazione del responsabile per dolo sia principale e quella del responsabile per colpa grave sia sussidiaria, va precisato che siffatta affermazione è in contrasto con il diritto positivo. Qualificare come sussidiaria la responsabilità di un soggetto convenuto nel giudizio di responsabilità amministrativa contabile contrasta con le norme positive dettate dalla l.n. 20/94. Infatti, ai sensi dell’art. 1, comma 1, l.n. 20/94.”

fortemente condizionata dalla finalità di offrire una interpretazione più garantista del ristoro del danno erariale”.

2.3. IL RISARCIMENTO PER DANNO AMBIENTALE “MASCHERA” UNA IPOTESI DI DANNO PUNITIVO.

Il danno ambientale configura una particolare ipotesi di risarcimento la cui funzione è al confine tra quella compensativa-riparatoria e quella sanzionatoria.

L’istituto è stato introdotto con l’art. 18, L. n. 349/86²³³, in adempimento al principio di matrice comunitaria “chi inquina paga”, ed è stato successivamente trasfuso nell’articolo 300 del Codice dell’Ambiente²³⁴.

²³³ Si tratta della legge 8 luglio 1986, n. 349, “Istituzione del Ministero dell’ambiente e norme in materia di danno ambientale”.

²³⁴ Il codice dell’ambiente è stato introdotto con il Decreto Legislativo 3 aprile 2006 n. 152, il quale recepisce i principi stabiliti dalla Direttiva comunitaria 2004/35/CE. Il primo considerando della direttiva evidenzia l’importanza che l’ambiente riveste per l’uomo affermando altresì che “*visto che nella comunità esistono attualmente molti siti contaminati, che comportano rischi significativi per la salute, negli ultimi decenni vi è stata una forte accelerazione della perdita della biodiversità, il non intervento potrebbe provocare in futuro ulteriori contaminazioni dei siti e una perdita di biodiversità ancora maggiore. La prevenzione e la riparazione, nella misura del possibile, del danno ambientale contribuisce a realizzare gli obiettivi e i principi della politica ambientale comunitaria, stabiliti nel trattato.*” Con specifico riguardo alla responsabilità per danno ambientale, il Codice dell’Ambiente, all’art. 311, comma 2, stabilisce che “*chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all’ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato*”. Come si evince dall’art. 311 del Codice, il titolare del potere d’azione in caso d’accertata responsabilità per danno ambientale è solo il Ministro dell’ambiente il quale ha l’alternativa di procedere in via amministrativa con l’adozione di una specifica ordinanza impugnabile dinanzi al Tar o con l’ordinaria azione civile anche in sede penale. Tuttavia, con riferimento alla legittimazione ad agire, si deve rilevare che la giurisprudenza, seppur lentamente, progressivamente inizia ad orientarsi nel senso di escludere l’esclusiva competenza dello Stato, potendo anche

Al fine di rispettare i principi comunitari, e in considerazione della rilevanza costituzionale dell'interesse alla tutela dell'ambiente, quale uno dei diritti fondamentali dell'uomo²³⁵, il legislatore italiano si è determinato ad

soggetti di natura privata quantomeno costituirsi come parte civile di un processo, al fine di ottenere il risarcimento, laddove l'illecito ambientale avesse comportato la configurazione di un illecito penale. Si veda sul punto Suprema Corte di Cassazione, sentenza n. 25039/2011, depositata il 22 giugno. La pronuncia nasce dal gravame avverso la sentenza con la quale il Tribunale di Venezia ha condannato gli imputati in ordine al reato di deposito di terre da scavo da qualificarsi come rifiuti (art. 256, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 152/06), statuendo altresì l'obbligo di risarcimento dei danni, da liquidarsi in separata sede, in favore delle costituite parti civili WWF Italia e Legambiente Volontariato Veneto.

Nello specifico, la difesa degli imputati lamentava la carenza di legittimazione delle associazioni costituite, sottolineando come - a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 152/06 - la titolarità del diritto al risarcimento del danno ambientale spetterebbe unicamente allo Stato, e non anche agli enti territoriali minori.

La Suprema Corte ha stabilito che gli enti e le associazioni possono costituirsi parte civile nel processo penale, qualora abbiano subito un danno riferibile a un interesse proprio. Occorre cioè che l'interesse leso dal reato coincida con un diritto soggettivo del sodalizio. Tale assunto trova fondamento sia nell'immedesimazione fra l'ente esponenziale e l'interesse diffuso perseguito, sia nell'incorporazione fra i soci e l'associazione: è necessario in altri termini che, per l'*affectio societatis* verso l'interesse tutelato dall'ente, e per il danno a questo arrecato, l'associazione subisca un'offesa e (come ritenuto nel caso di specie) un danno non patrimoniale da reato (Cass. pen., sez. VI, n. 59/1990).

Perciò se l'associazione è anche la persona offesa, allora può costituirsi parte civile. La Corte di legittimità non si discosta dal consolidato orientamento giurisprudenziale sopra richiamato.

In particolare, la S.C. conferma che le associazioni ambientaliste sono legittimate a costituirsi parti civili nei processi penali per reati ambientali *iure proprio*, e che a ciò non osta il disposto che riserva allo Stato la possibilità di costituirsi parte civile in materia di danno ambientale, con abrogazione delle norme in materia di potere surrogatorio degli enti territoriali da parte delle associazioni ambientaliste (art. 311, comma 2, d.lgs. n. 152/06).

Tale norma non impedisce, infatti, l'applicabilità delle regole generali in materia di risarcimento del danno da reato e di costituzione di parte civile: ne consegue che, nell'ipotesi di reato commesso direttamente in danno dell'associazione ambientalista, quest'ultima assume qualità di persona offesa e può anche costituirsi parte civile, nel rispetto dei presupposti di cui al citato art. 91 c.p.p. (primo fra tutti, la preesistenza, rispetto al fatto-reato, della rappresentatività dell'interesse diffuso alla tutela ambientale). Si veda sul punto, D. GALASSO, *Via libera alla costituzione di parte civile delle associazioni ambientaliste nel processo penale*, in *Diritto e Giustizia* 2011, 0, p. 178.

²³⁵ Per una corretta definizione di ambiente si veda Corte Costituzionale, Sentenza n. 641 del 30.12.1987, secondo la quale l'ambiente è inteso ambiente come "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". A livello normativo, l'art. 5 D.P.C.M. 27.12.1988 (norme tecniche per la redazione degli studi di impatto ambientale ai sensi dell'art. 6 della Legge 349/86) e dell'allegato I al citato D.P.C.M., che al punto 2, espressamente prevede: "Le componenti e i fattori ambientali sono così intesi: atmosfera, ovvero qualità dell'aria e caratterizzazione meteorologica; ambiente idrico inteso come acque sotterranee e superficiali (dolci, salmastre, marine) considerate come campionamenti, come ambienti e come risorse; suolo e sottosuolo intesi sotto il profilo geologico, geomorfologico e podologico, nel quadro

attribuire a tale forma di responsabilità una peculiare funzione sanzionatoria/punitiva, sebbene mascherata sotto forma di responsabilità riparatoria-compensativa, a condizione, tuttavia, che si realizzino l'elemento oggettivo e soggettivo dell'illecito ambientale²³⁶.

Tuttavia, in considerazione della rilevanza dell'interesse tutelato, il legislatore, determinato anche dalle indicazioni del formante legislativo comunitario, ha individuato una forma di responsabilità civile²³⁷. Ne consegue che il danneggiato non deve dimostrare la colpa del danneggiante, potendo beneficiare di un onere probatorio attenuato e non dovendo provare tutti i danni provocati dal danneggiante²³⁸.

Tuttavia, come rilevato dalla dottrina, se tale criterio di imputazione *“facilita la prova del danno ambientale, rimane comunque molto difficoltosa la quantificazione di quest'ultimo anche a fini assicurativi”*

dell'ambiente in esame, ed anche come risorse non rinnovabili; vegetazione, flora, fauna ossia formazioni vegetali ed associazioni animali, emergenze più significative, specie protette ed equilibri naturali; ecosistemi ovvero complessi di componenti e fattori fisici, chimici e biologici tra loro interagenti ed interdipendenti, che formano un sistema unitario ed identificabile (quali un lago, un bosco, un fiume, il mare) per proprie strutture, funzionamento ed evoluzione temporale; salute pubblica degli individui e della comunità; rumore e vibrazioni considerati in rapporto all'ambiente sia naturale che umano; radiazioni ionizzanti e non ionizzanti considerate in rapporto all'ambiente sia naturale che umano; paesaggio: aspetti morfologici e culturali del paesaggio, identità delle comunità umane interessate e relativi beni culturali.”

²³⁶ Il legislatore italiano, infatti, all'articolo 18 l. 349 /1986 ha previsto che per configurarsi un danno è necessario che si realizzi la perdita definitiva di una qualità posseduta dalla risorsa. Allo stesso modo diventano rilevanti ai fini di tale forma l'alterazione dell'ambiente intesa come modificazione dello stesso anche se non necessariamente peggiorativa, il deterioramento, anche quando non è necessariamente irreversibile, la distruzione, a condizione che sia irrimediabile e definitiva. Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, invero, il danno deve derivare da fatti commissivi o omissivi, dolosi o colposi, in violazione della legge o di provvedimenti adottati in base ad essa.

²³⁷ Con riferimento ai criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale, la Direttiva 2004/35/CE, al considerando n. 13 ha implicitamente indicato la necessità di prevedere un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità non basato sulla colpa laddove afferma che il sistema della responsabilità civile "tradizionale" non risolve questioni riguardanti la presenza di uno o più inquinanti, di un danno che non è concreto e quantificabile, del nesso causale e delle conseguenze del danno che possono venire alla luce dopo molto tempo.

²³⁸ Si veda sul punto Corte di Cassazione Sez. III 25.05.94

poichè, da un lato, il legislatore ha individuato, *a priori*, criteri di determinazione ²³⁹, dall'altro lato, il giudice utilizza per la sua quantificazione criteri peculiari, oltre “*ad essere complicato individuare il momento in cui ha avuto inizio l'azione dannosa*” o individuare il tempo in cui si è prolungata l'azione, potendo configurarsi un illecito permanente²⁴⁰. Infatti, nel determinare il “tradizionale” risarcimento per equivalente l'interprete deve considerare il *quantum* del danno procurato e la *deminutio* patrimoniale apportata nel patrimonio del danneggiato.

Invero, allorquando si configura un illecito ambientale assumono rilevanza non solo il profitto dell'autore materiale dell'illecito, ma altresì quello ottenuto dall'ente per il quale si è agito, oltre all'esigenza di ristorare la collettività per la perdita, alterazione o distruzione ambientale arrecata. La peculiarità di tale forma di danno, infatti, consiste nella circostanza che il tradizionale risarcimento avente funzione riparatoria si cumula con il cd risarcimento per equivalente.

Pertanto, l'autore dell'illecito, da un lato, deve risarcire monetariamente lo Stato e, dall'altro lato, deve ripristinare, ove possibile, lo *status quo ante*. Tale criterio cumulativo, e non alternativo, di quantificazione del danno sembra palesare la sua natura “sanzionatoria”, la quale potrebbe giustificarsi

²³⁹ L'articolo 314, Testo Unico in materia ambientale, prevede che: “*il danno per equivalente, si presume fino a prova contraria, di ammontare non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa (le regioni, le altre province autonome e gli altri enti devono comunicarle al Ministero) oppure alla sanzione penale, in concreto applicata. Se sia stata erogata una pena detentiva, al fine della quantificazione del danno di cui al presente articolo, il ragguaglio fra la stessa e la somma da addebitare a titolo di risarcimento del danno ha luogo calcolando 400 € per ciascun giorno di pena detentiva (sarà la cancelleria del giudice a trasmettere copia della sentenza al Ministero)*”.

²⁴⁰ Testualmente L.VILLANI, *Il danno ambientale e le recenti modifiche del Codice dell'Ambiente (D.Lgs n. 152 del 3 aprile 2006) nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, n. 10, p. 2173.

alla luce della considerazione che la potestà punitiva è attribuita allo Stato e che tale forma di risarcimento rinviene il suo fondamento in espresse previsioni normative.

In tal modo l'ordinamento soddisfa la sua pretesa di punire coloro che ledono un bene di rango costituzionale e fondamentale, rinvenendo tuttavia un fondamento normativo alla sanzione imposta all'autore dell'illecito.

3. IL PROBLEMA DELLE PENE PRIVATE DI NATURA PRIVATISTICA.

3.1. LA DUPLICE FUNZIONE DELLA CLAUSOLA PENALE

La clausola penale è istituto che rappresenta una cartina di tornasole per indagare il possibile riconoscimento, all'interno dell'ordito nazionale giuridico, dell'istituto delle pene private.

La sua peculiare struttura, infatti, da tempo, non può non generare in studiosi e interpreti profondi dubbi, poiché mediante tale istituto si *“determina in via preventiva e forfettaria il risarcimento del danno per il ritardo o per l'inadempimento dell'obbligazione²⁴¹.”*

Il creditore, a fronte di un inadempimento contrattuale, può richiedere il risarcimento del danno convenzionalmente pattuito senza necessità di allegare l'onere della prova subito.

Proprio tale ultimo elemento ha aperto un profondo e intenso dibattito tra studiosi e interpreti.

²⁴¹ Si veda sul punto C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, op. cit., p. 221.

Alcuni ritengono che la clausola penale abbia esclusivamente funzione di “liquidazione forfettaria e preventiva del danno”²⁴², altri, invece, individuano una funzione sanzionatoria che si affianca – e non esclude – quella compensativa.

A favore della tesi che individua una funzione esclusivamente risarcitoria della clausola militano numerosi argomenti, tra i quali – ad esempio - il potere del giudice di ridurre ad equità una penale eccessivamente onerosa ex art. 1384 c.c. Tale potere, infatti, “servirebbe proprio a ricondurre entro la funzione risarcitoria una penale che per la sua esorbitanza rischi di trasformarsi in vera e propria sanzione”²⁴³.

Né tantomeno il creditore potrebbe mai richiedere che “la clausola penale sia fissata in aggiunta al diritto del risarcimento del danno” ostandovi in tale evenienza principi fondamentali quali l’ordine pubblico e l’eguaglianza tra i consociati: in caso contrario la clausola sarebbe nulla imponendo al debitore una sanzione²⁴⁴.

Tali argomentazioni, tuttavia, non hanno convinto altra parte della dottrina la quale ritiene che la clausola penale, oltre alla funzione di liquidazione forfettaria e preventiva del danno, assolve altresì a una funzione sanzionatoria, o una funzione di pena privata.

²⁴² Cfr. C.M. BIANCA, op. ult. cit., p. 222 secondo cui la clausola penale “è diretta a fissare preventivamente e vincolativamente l’ammontare del risarcimento del danno.”

²⁴³ Si veda Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, III, il contratto*, op. cit., p. 49.

²⁴⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, op. cit., p. 225. L’Autore ritiene, altresì, che “la liceità delle pene private non può essere desunta dalla previsione normativa della clausola penale. Quella che la norma prevede è, infatti, una clausola che attiene al risarcimento del danno, il cui effetto è quello di limitare il risarcimento nella misura della prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (...) d’altra parte il dubbio che la legge abbia qui concesso alle parti il potere di comminare sanzioni punitive a carico dell’inadempiente dev’essere superata privilegiando l’interpretazione non contrastante con i principi costituzionali.”

L'indagine a livello strutturale dell'istituto, e il suo raffronto con il tipico risarcimento del danno, evidenziano, infatti, la profonda differenza che esiste tra le due figure giuridiche, tale da non poter attribuire alla clausola penale una funzione prettamente risarcitoria. Infatti, mentre il risarcimento del danno per sua natura è attribuito solo in seguito al verificarsi di una lesione subita, effettiva e concreta, per il riconoscimento della clausola penale è indifferente il configurarsi di un danno²⁴⁵.

Gli ermeneuti hanno ritenuto recentemente che tramite l'istituto *de quo* “*si commina una sanzione per l'inadempimento consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all'altro indipendentemente dal danno da quest'ultimo sofferto*”²⁴⁶.

Ad ulteriore sostegno di tale tesi, parte dottrina confuta punto per punto la teoria di quanti, invero, ritengono che la clausola penale possa rivestire solo una funzione risarcitoria, rilevando che il potere del giudice di ridurre ad equità una clausola penale eccessivamente onerosa “*non comporta necessariamente una corrispondenza della penale con l'entità del danno effettivamente verificatosi, ma una riconduzione della stessa all'interesse patrimoniale del creditore all'adempimento*”²⁴⁷.

La possibilità per il privato, quindi, di richiedere un risarcimento superiore rispetto a un danno effettivamente subito – seppur tale risarcimento possa

²⁴⁵ Cfr. Cfr. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, III, il contratto*, op. cit., p. 49, secondo cui “*l'esistenza di un danno giuridicamente rilevante è irrilevante ai fini della debenza della penale*”. Nello stesso senso MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. al Cod. civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano 1999, p. 159.

²⁴⁶ Sul punto Corte di Cassazione civile, III Sezione, 26 giugno 2002, n. 9295, *passim*.

²⁴⁷ Testualmente A. GALLARATI, *La clausola penale: funzione deterrente e risarcitoria*, *passim*.

essere ridotto ad equità dal giudice – sarebbe il sintomo del “*persistente carattere punitivo posseduto dall’obbligazione in questione*”²⁴⁸.”

D’altra parte, si rileva che una valutazione seconda equità da parte del giudice comporta che gli interessi da considerare non sono solamente prettamente patrimoniale ma coinvolgono anche gli interessi indiretti del creditore che sono stati lesi a causa di un non corretto adempimento della prestazione, confermandosi ulteriormente il carattere punitivo della clausola penale.

Invero, la regola operativa sembra evidenziare una natura camaleontica della clausola penale.

L’indagine strutturale e funzionale della clausola penale sembra evidenziare, quindi, che non può escludersi *a priori* una sua funzione sanzionatoria che si affianca, e non esclude, quella compensativa. Simile evenienza non necessariamente contrasterebbe con i principi cardine del nostro sistema giuridico poiché a tutela dei consociati l’ordinamento ha riconosciuto al giudice la possibilità di ridurre *ex officio* una clausola eccessivamente onerosa, assurgendolo quasi a un garante dei privati onde evitare che si possa realmente addivenire a una disegualianza tra i consociati ²⁴⁹.

²⁴⁸ Si veda G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990, p. 1 e ss; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 33 e ss.

²⁴⁹ Si veda A. CECCHINI, M. COSTANZA, M. FRANZONI, A. GENTILI, F. ROSELLI, G. VETTORI, *Gli effetti del contratto*, vol. V, in *Trattato di diritto privato* diretto da MARIO BESSONE, ed. Giappichelli, 2002, p. 578, secondo i quali “*Riprendendo la tesi di Gorla, si è recentemente e in definitiva osservato che la clausola può esercitare funzioni diverse, sì che è vano lo sforzo di individuare la funzione tipica (...) per creare una sanzione, fissando una penale superiore al danno prevedibile: possono limitare il risarcimento determinandola in misura inferiore ed escludendo il risarcimento del danno ulteriore; possono infine voler evitare le controversie sulla misura del risarcimento, anche relativamente ad una sola voce di danno. Né può escludersi che esse diano vita alla clausola per salvaguardare un interesse non patrimoniale del creditore (cfr. art. 1174 c.c.), che altrimenti rimarrebbe irrimediabilmente sacrificato dall’inadempimento; la clausola potrebbe così servire anche a superare l’irrisarcibilità del danno non patrimoniale stabilita dall’art. 2059 c.c.*”²⁴⁹.”

3.2. IL MODELLO TEDESCO RICONOSCE LA FUNZIONE SANZIONATORIA DELLA CLAUSOLA PENALE.

Nel modello italiano il potere del giudice di ridurre *ex officio* ad equità la clausola penale è elemento per studiosi e interpreti ora per avvalorare la sua funzione compensativa ora la sua funzione sanzionatoria.

Nel modello tedesco, invero, il giudice non ha tale potere: dottrina e giurisprudenza utilizzano tale dato per confermare la natura sanzionatoria della clausola penale.

Tale tesi sembra altresì avvalorata dalla struttura della clausola e dai suoi risvolti processualistici.

L'istituto italiano rinviene il suo corrispondente nel §§ 339-345 *BgB*, il quale disciplina l'istituto della *Vertragsstrafe*, ovvero della cd pena contrattuale che può essere prevista come rimedio sia a fronte di un inadempimento sia a fronte di un ritardo imputabile al debitore.

In particolare, “*se il debitore promette, che in caso di inadempimento o di adempimento inesatto pagherà una somma di denaro a titolo di penale, allora il creditore, ove il debitore versi in mora potrà scegliere se richiedere l'adempimento o pretendere la somma di denaro, nel quale caso non potrà più agire per l'adempimento*²⁵⁰. *Se invece la penale è stabilita per il ritardo, potrà chiedere il pagamento della penale ed insieme l'adempimento.*”

²⁵⁰ Testualmente E.BATTELLI, *Riduzione della penale: profili compartistici*, in *I Contratti*, 2009, n. 4, pp. 405 ss.

Il dato normativo evidenzia l'ulteriore differenza con il modello italiano: in quest'ultimo la clausola penale è alternativa all'ulteriore risarcimento del danno, ed, anzi, ha una funzione limitativa dello stesso; nel sistema tedesco, invece, la corresponsione della penale non esclude la possibilità per il debitore di richiedere l'ulteriore risarcimento del danno²⁵¹.

A fronte di una penale eccessivamente onerosa su istanza del debitore il giudice può ridurla ad equità. Nel determinare il *quantum* l'autorità giurisdizionale deve valutare qualsivoglia forma di interesse del creditore, non dovendosi limitare a considerare esclusivamente il danno patrimoniale. In considerazione della struttura e del procedimento necessario per ridurla ad equità, gli interpreti ritengono che la clausola penale se da una parte assolve la funzione di tecnica anticipata di risarcimento del danno, dall'altra, riveste anche una funzione di coazione indiretta dell'adempimento e di conseguente sanzione nell'ipotesi in cui vi sia, invece, un inadempimento.

3.3. LA DISCIPLINA SULLE TRANSAZIONI COMMERCIALI. LE ASTREINTES ENTRANO NEL SISTEMA ITALIANO?

L'economia moderna è incentrata prevalentemente su scambi commerciali celeri ed efficaci che necessitano di forme di tutele adeguate.

In tale prospettiva si comprende l'interesse che i legislatori dei singoli sistemi dimostrano nei confronti di nuovi istituti giuridici in grado di

²⁵¹ Si veda sul punto E.BATTELLI, op.ult.cit., p. 407, secondo il quale le parti possono anche concordare una prestazione diversa dal pagamento in denaro. *“In tal caso, tuttavia, l'esecuzione di tale prestazione esclude un ulteriore risarcimento e, se la promessa di tale prestazione è invalida, allora lo sarà anche la clausola penale.”*

soddisfare le pretese e le esigenze di coloro che contribuiscono allo sviluppo dell'economia nazionale.

Una nuova figura giuridica ispirata a tale esigenza è la disciplina per il ritardo nell'adempimento delle transazioni commerciali contenuta D.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 pubblicato in G.U. n. 249 del 23 ottobre 2002, emanato in attuazione della direttiva dell'Unione Europea 2000/35/CE .

La *ratio* ispiratrice della Direttiva era il presupposto che una lotta efficace contro il problema dei ritardati pagamenti potesse avvenire soltanto a livello comunitario, al fine di evitare che gli strumenti elaborati dalle differenti legislazioni nazionali alterassero la concorrenza, ostacolando il mercato unico.

La direttiva comunitaria prevede di utilizzare la tecnica della mora ex re allo scopo di tutelare il creditore contro il ritardato pagamento da parte del debitore.

Nel recepire la direttiva, il legislatore italiano ha previsto una complessa disciplina prescrivendo: a) la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, senza bisogno di un atto scritto di messa in mora (art. 4 D. lgs. cit.); b) la previsione di un termine di adempimento *ex lege* in mancanza di accordo delle parti; c) la determinazione legale degli interessi moratori (in una misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE, applicato calla sua più recente operazione di rifinanziamento principale, effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione maggiorato di 8 punti percentuali) salvo patto contrario; d) il risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte, salva la prova del maggior danno.

Ad ulteriore garanzia dell'adempimento, il legislatore italiano ha previsto: e) la limitazione del potere delle parti di derogare alla disciplina legale prevedendo la nullità di un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento che risulti gravemente iniquo per il creditore; f) il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità dell'accordo di cui al punto e) e di modificare (sempre d'ufficio secondo la lettera della legge) il contenuto del contratto applicando i termini legali o riconducendolo ad equità, avendo riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle circostanze previste.

La normativa di cui al D.Lgs. 231/2002, sostanzialmente inasprisce le conseguenze derivanti dalla mora del debitore, al fine di avvantaggiare le imprese e consentire loro di evitare di sopportare le conseguenze negative, anche processuali, determinate dall'inadempimento.

Per soddisfare le nuove esigenze economiche, il legislatore ha dovuto introdurre, quindi, uno strumento particolarmente coercitivo che sembra paragonabile a una "punizione" che si impone a colui che ritarda le transazioni commerciali.

All'occhio del comparatista non può sfuggire la palese similitudine che esiste tra l'istituto di matrice italiana e la figura delle *astreintes* di origine cisalpina frutto della elaborazione dapprima giurisprudenziale e successivamente legislativa.

La figura giuridica delle *astreintes* consente all'autorità giudiziaria di condannare il debitore all'adempimento e, contestualmente, a corrispondere al creditore una determinata somma di danaro, per ogni giorno di ritardo nell'adempimento.

In tal modo l'ordinamento francese prevede una forma di "coazione indiretta all'adempimento", in quanto, a fronte del cumulo delle condanne il debitore psicologicamente sarà indotto al tempestivo adempimento.

Tuttavia, l'indagine comparativa consente di rilevare differenze strutturali tra l'istituto italiano e quello francese che potrebbe evidenziare differenze anche a livello funzionale.

Nel modello francese l'*astreinte* rappresenta un plus rispetto al risarcimento del danno in quanto il creditore beneficia di una somma di denaro superiore rispetto al danno patrimoniale effettivamente subito.

Sulla spinta della giurisprudenza, l'ordinamento francese ne ha accreditato definitivamente la funzione sanzionatoria.

Invero, l'impossibilità nel modello italiano di riconoscere al creditore una somma superiore rispetto al danno subito, onde evitare un suo indebito arricchimento, non sembrerebbe consentire di equiparare l'istituto italiano a quello francese.

Tuttavia, anche nel sistema italiano si prevede con il D.Lgs 231/2002 che a fronte dell'inadempimento del debitore questi è tenuto a versare al creditore per ogni giorno di ritardo una somma il cui valore varia tra 500 e 1100 euro. Non può inoltre sottacersi che nella relazione preliminare alla legge il legislatore sembra richiamare espressamente l'istituto delle *astreintes* e ipotizzare una somiglianza a livello strutturale e funzionale tra i due istituti con la conseguenza che anche la disciplina prevista dal D.Lgs 231/2002 sembrerebbe rivestire la funzione di misura coercitiva-sanzionatoria.

4. ALCUNE IPOTESI DI PENE PRIVATE LEGALI

Il sistema italiano conosce numerosi ipotesi di pene private legislative, specialmente nel settore successorio e familiare.

Con riferimento al primo ambito di applicazione emerge, *inter alia*, l'istituto dell'indegnità a succedere, con il quale un soggetto, astrattamente idoneo ad assumere la qualità di erede, viene escluso *ex lege* dalla successione – testamentaria o legittima - in virtù di incompatibilità morale²⁵².

In considerazione della peculiarità dell'istituto, il legislatore ha previsto cause di indegnità tipiche e non suscettibili di estensione analogica²⁵³. Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate in merito alla natura dell'istituto, ipotizzando ora una sanzione di natura penale, ora di natura privatistica e infine di natura civilistica.

Autorevole dottrina, tuttavia, ritiene che l'indegnità a succedere “*prescinde da una condanna penale e non può essere considerata come pena accessoria di questa, tenuto anche conto che sopravvive all'estinzione del reato. Neanche può sostenersi un fondamento di natura privatistica, che consisterebbe in una presunta volontà del de cuius di escludere l'indegno dalla successione, perché, a tacer d'altro, l'indegno è escluso non solo*”

²⁵²Sul punto si veda G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, ed. Giuffrè, 1982, pp. 121 ss. L'indegnità a succedere, le cui cause sono riportate dall'art. 463 c.c. si distingue dall'incapacità a succedere, prevista dall'art. 462 c.c. la quale consiste nell' inidoneità di un soggetto a subentrare nei rapporti facenti capo al defunto. L'azione volta ad ottenere la pronuncia di indegnità si prescrive nel termine di dieci anni, che decorrono dall'apertura della successione (Cass. civ. 17.7.1974, n. 2145) ovvero - secondo una diversa opinione, che pare da preferirsi - dal momento in cui venga accertata la causa di indegnità.

²⁵³Recentemente alle tipiche ipotesi di indegnità è stata aggiunta dalla legge 8.7.2005 n. 137 una nuova causa di indegnità: ai sensi dell'art. 463 n. 3) bis c.c. introdotto dall'art. un., l. 137/2005, è escluso dalla successione - come indegno - “*chi essendo decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'art. 330 c.c. non è stato reintegrato nella potestà alla data di apertura della successione della medesima*”.

dalla successione testamentaria ma anche da quella legittima, nella quale non vi è alcuna partecipazione della volontà del de cuius²⁵⁴.”

Sembra difficile anche accreditare la funzione di sanzione di stampo prettamente privatistico potendo l'indegno essere escluso non solo dalla successione testamentaria, ma anche da quella legittima, quindi al di fuori di un ambito della disponibilità dell'autonomia privata.

Alla luce di tali osservazioni, pertanto, dottrina e giurisprudenza maggioritaria sembrano attribuire all'istituto *de quo* funzione di sanzione civile con fondamento pubblicistico, configurandosi un'ingiustizia sociale laddove si consentisse ad un soggetto autore di un illecito di conseguire un vantaggio patrimoniale²⁵⁵.

L'ordinamento, pertanto, ritiene opportuno sanzionare anche civilisticamente l'autore di un fatto illecito.

In ambito familiare, invece, parte della dottrina considera ipotesi di “sanzione morale” la perdita della potestà genitoriale riconosciuta dal giudice, allorquando un genitore trascura i propri doveri riguardanti la prole. Interpretando la previsione legislativa, i giudici della Corte di cassazione hanno sostenuto che con “*la decadenza della potestà dei figli, ai sensi dell'art. 330 c.c. il giudice civile pronuncia nei confronti del genitore, che viola o trascura i doveri a essa inerenti, o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio, un provvedimento di natura sanzionatoria che,*

²⁵⁴ Testualmente G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, op.cit., p. 122 ss.

²⁵⁵ Cfr. G. CAPOZZI, *op.ult.cit.*, pp. 122, secondo cui “è socialmente ingiusto il conseguimento di un vantaggio patrimoniale nei confronti del soggetto passivo di un fatto illecito che, nella maggior parte dei casi, costituisce reato”; nello stesso senso F. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, Milano, 1961, L. FERRI, *Successioni in generale, Artt. 456-511*, in *Comm. Cod. civ.* (a cura di) SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1980. ss.

fondato sui medesimi presupposti, opera sul piano civilistico, con la sottrazione al genitore inadempiente dei poteri di rappresentanza e di amministrazione dei beni del figlio nonché dell'usufrutto legale sui beni stessi, finalizzato alla sua educazione e l'istruzione, parallelamente alle sanzioni previste dal codice penale che l'art. 570 c.p. riconduce testualmente a chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori. Ne deriva che la pronuncia della decadenza della potestà genitoriale lascia inalterati i doveri di assistenza del genitore decaduto, penalmente sanzionati, sicché il provvedimento non incide sulla responsabilità penale e, pertanto, non preclude la commissione del reato di cui all'art. 570, commi primo e secondo, cod. pen. e non ne fa venire meno la permanenza²⁵⁶."

Tali e altri istituti evidenziano, quindi, che istituti con finalità punitive non sono sconosciuti al nostro sistema giuridico.

E in effetti, le recenti modifiche socio-economiche hanno determinato anche una rilettura di principi cardini governanti il nostro sistema – quali ad esempio il principio di ordine pubblico e di parità sociale – tale forse da consentire di riconoscere l'ammissibilità delle sanzioni private.

²⁵⁶ Cfr. Corte di Cassazione sentenza 43822/2009

5. I DANNI PUNITIVI SONO ATTUALMENTE IN CONTRASTO CON IL PRINCIPIO DI ORDINE PUBBLICO?

L'indagine sistematica del modello di responsabilità civile e di alcune figure appartenenti al sistema italiano che sembrano mascherare, in parte, una funzione sanzionatoria consente di interrogarsi se sia ancora valida l'opinione di coloro che ritengono che un eventuale ingresso dei danni punitivi nel nostro sistema contrasterebbe con il principio di ordine pubblico. In tale ultimo senso si è espressa a più riprese la giurisprudenza le cui tesi sono state sposate anche dalla dottrina.

In recenti pronunce, infatti, gli ermeneuti hanno ritenuto che l'indagine comparativa tra i *punitive damages* di matrice angloamericana, e le regole governanti il sistema di responsabilità civile, non consentono di giungere alla conclusione di un'ammissibilità di tale istituto nel nostro ordinamento anche in considerazione del contrasto con principi fondamentali che governano l'intero sistema, quali, ad esempio, l'ordine pubblico²⁵⁷.

La funzione sanzionatoria e di deterrenza che caratterizza i *punitive damages*, infatti, sembrerebbe contrastare apertamente con l'articolo 3 della Carta costituzionale il quale, enunciando il principio di uguaglianza tra consociati, comporta che il risarcimento del danno civilistico debba svolgere solo una funzione compensativa poiché le “*sanzioni che provvedono a*

²⁵⁷ In giurisprudenza si veda sul punto Corte di cassazione civ., sezione III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Responsabilità civile*, 2007, p. 497 ss; Corte di Appello di Trento, Sezione distaccata di Bolzano, 16 agosto 2008, n. 1515, in *Responsabilità civile*, 2009, n. 92, p. 523 ss. E' stato rilevato P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Responsabilità civile*, 2009, n. 4., p. 525, che “secondo i giudici trentini, in particolare, il principio compensativo, attuando i valori della giustizia commutativa che informa il diritto al risarcimento del danno, troverebbe giustificazione nei principi costituzionali di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità.”

*soddisfare la punizione e l'ammonimento – dunque la tutela dell'ordinamento giuridico in generale – rientrano, secondo la visione italiana, fondamentalmente nel monopolio penale dello Stato (...)*²⁵⁸.”

D'altronde, riconoscere al risarcimento del danno una funzione sanzionatoria rischierebbe di far fare un “tuffo nel passato” riportando *in auge* concezioni e teorie appartenenti ad epoche diverse²⁵⁹.

L'evoluzione sociale, economica e giuridica determinano, invero, l'impossibilità di recepire istituti appartenenti a sistemi diacronicamente lontani senza necessariamente dovere rivedere, al contempo, principi e regole che governano il sistema²⁶⁰.

Allo stesso modo, però, l'emersione di nuovi istituti giuridici, che sembrano assolvere una funzione sanzionatoria, non possono lasciare indifferenti dottrina e giurisprudenza i quali hanno dovuto iniziare a rileggere il

²⁵⁸ Testualmente Corte di Appello di Trento, Sezione distaccata di Bolzano, 16 agosto 2008, n. 1515, cit., la quale nell'esaminare le ragioni che ostano al riconoscimento dei *punitive damages* nel nostro sistema si pone anche problemi di ordine di diritto internazionale. I giudici, infatti, affermano che “*dal punto di vista italiano i motivi contrari al diritto civile e la mancanza di limitazioni sufficientemente determinate e attendibili nel caso del riconoscimento di tali circostanze sarebbero idonei a dissolvere tutti i criteri interni sulla responsabilità. I creditori stranieri potrebbero attaccare il patrimonio del debitore all'interno del paese assai più facilmente sulla base di un simile titolo rispetto ai creditori del paese stesso che hanno sostanzialmente sofferto danni maggiori in determinate circostanze, così che anche da questo punto di vista si realizzerebbe una violazione dell'articolo 3 della Costituzione.*” Nel commentare la decisione dei giudici di merito, parte della dottrina sostiene che “*i principi giuridici che regolano i danni punitivi contrastano con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, in quanto la corresponsione di una somma a titolo di punitive damages in aggiunta ai danni compensativi effettivi pari al doppio di questi ultimi è da ricondurre esclusivamente agli interessi generali di tipo penale e di ammonizione e, pertanto, contrasta con i principi di ordine e con quelli costituzionali.*”

²⁵⁹ In questo senso P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, op. cit., p. 529.

²⁶⁰ In quest'ultimo senso P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, op. cit., p. 529 secondo il quale “*le scelte di politica legislativa e giudiziaria dovrebbero essere orientate verso la preminente salvaguardia dei valori e degli interessi della persona umana, che, come enuncia il preambolo del Trattato di Lisbona del dicembre 2007, dovrebbe essere al centro delle politiche dell'unione Europea.*”

contrasto tra danni punitivi e principio di ordine pubblico, al fine di verificarne l'esistenza.

Non sono mancate, allora, pronunce e opinioni che hanno mostrato la valenza dei danni punitivi e il loro non necessario contrasto con il principio di ordine pubblico. La Corte di Cassazione ha rilevato, infatti, che *“nel disciplinare l'istituto della clausola penale 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, 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, e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio, di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private²⁶¹.”*

Anche gli studiosi, svolgendo un'indagine tassonomica del modello civilistico italiano hanno evidenziato come molteplici istituti sostanzialmente assolvano a un compito punitivo²⁶².

Se così è allora potrebbe essere anche superata quella critica dottrina secondo la quale non è possibile ipotizzare le pene private nel nostro

²⁶¹ Cfr. Corte di cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro It.*, 2005, I, p. 2985.

²⁶² Cfr. in merito A. RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno, passim*, il quale ritiene che la clausola penale *“ha anche una funzione sanzionatoria ed afflittiva, sia pure nei limiti del principio di proporzionalità (...) l'articolo 125 del codice della proprietà industriale (...) la legge di protezione del diritto di autore e degli altri diritti connessi al suo esercizio (...) l'articolo 709 c.p.c. rubricato Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni (...)”* evidenziano che nel nostro ordinamento non si possono più ritenere le pene private istituti in contrasto con l'ordine pubblico interno.

ordinamento giuridico poiché i valori costituzionali impongono che le sanzioni siano espressamente previste dalla legge: il legislatore, infatti, introducendo tali figure sostanzialmente sembrerebbe avere legalizzato e tipizzato ipotesi di *punitive damages*.

Su questi presupposti parte della recente dottrina sostiene che “*le nuove disposizioni confermano, infatti, l’esistenza nel nostro ordinamento di figure che pongono l’accento sulla condotta del danneggiante e che concedono il risarcimento del danno non tanto per il fatto che esso sia sofferto dalla vittima (cd funzione compensativa-riparatoria) quanto per la necessità di punire e sanzionare una condotta del danneggiante che abbia superato una certa soglia di antigiuridicità (cd funzione sanzionatoria-punitiva). Non può ritenersi quindi in contrasto con l’ordine pubblico interno la condanna ai cd danni punitivi, dato che lo stesso ordinamento interno ammette i cd danni punitivi*²⁶³.”

Forse è bene interrogarsi proprio sul nuovo concetto di ordine pubblico e vagliare se in una società in cui il valore uomo assume un rilievo essenziale e le ragioni economiche determinano il legislatore ad adottare nuovi provvedimenti non sia opportuno anche sradicarsi da interpretazioni degli elementi determinanti che rischiano di divenire anacronistiche.

D’altra parte, proprio la previsione di forme di sanzioni legali sembrerebbe consentire di superare le obiezioni di coloro che rinvengono un contrasto tra ordine pubblico e danni punitivi.

²⁶³ Si veda A. RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l’ordine pubblico interno*, op. cit., p. 881; G. PONZANELLI, *Danni punitivi*, in *Nuova giur.civ.*, 2008, II, p. 25.

6. I RISULTATI DELLA COMPARAZIONE

L'indagine comparativa, e il confronto dialettico tra modelli, sembrerebbe avere rilevato la struttura e la funzione dei *punitive damages* nel sistema inglese e in quello americano, rilevando profonde differenze fra i due sistemi.

Il modello inglese, infatti, sebbene patria d'origine dell'istituto, al fine di bilanciare i molteplici interessi in gioco, quali le esigenze punitive - deterrenti dello Stato e quelle economiche, ha preferito continuare a conservare l'istituto dei *punitive damages* ma limitarne la loro espansione e il loro ambito di applicazione.

Come precedente affermato, infatti, i *punitive damages* nel modello prettamente anglosassone possono essere riconosciuti in tre tipiche ipotesi: il comportamento non *iure* degli ufficiali governativi, l'illecito condotto nella consapevolezza che si stava violando un espresso divieto, e un'espressa previsione degli *statute law*.

I giudici inglesi, inoltre, hanno statuito che al fine di riconoscere i *punitive damages* è necessario che il comportamento dell'agente sia connotato da dolo e giammai da *negligence*.

Nel tipizzare le fattispecie in cui è possibile riconoscere i *punitive damages*, il sistema inglese sembra avere individuato un'eccezione alla sua tradizionale regola della "atipicità".

In costanza del *tort of negligence*, infatti, studiosi o interpreti continuano a dibattere in merito alla loro tipicità o atipicità, non riuscendo sostanzialmente a inquadrare la fattispecie.

Un modello che si caratterizza per la prevalenza di fonti giurisprudenziali e dei precedenti, rispetto alle previsioni degli *statute law*, difficilmente potrebbe avere istituti prettamente tipici, secondo le categorie alle quali sono abituati gli studiosi *civilian*. Eppure, laddove il risarcimento è a titolo di *punitive damages* sembra possibile affermare la “stretta tipicità” delle ipotesi in cui sono consentiti, tanto che la giurisprudenza moderna, nonostante i numerosi tentativi, difficilmente riesce a scardinare regole e principi ormai consolidati.

In contrapposizione con il modello inglese, invece, si colloca quello statunitense, che sebbene abbia ricercato soluzioni in grado di limitare l’espansione dei *punitive damages*, tuttavia, *de facto*, ne riconosce la loro applicazione e non impone limiti effettivi. La conseguenza è che in questo modello vi è un’incondizionata proliferazione di tali tipologie di *award* e non sembra in alcun modo possibile ipotizzarne la loro tipicità. Indubbiamente tale ultimo sistema difficilmente potrebbe essere recepito dal modello italiano, il quale, invece, per tradizione rifiuta che il risarcimento del danno possa avere anche una funzione punitiva-deterrente oltre che compensativa.

Ma tale teoria sembra iniziare ad essere scalfita in considerazione dell’emergere di nuovi istituti giuridici la cui elaborazione è determinata dalle nuove esigenze sociali ed economiche, come dimostrano gli istituti sopra analizzati.

Tuttavia, il sistema italiano non sembra ancora pronto a recepire palesemente istituti con funzione punitiva-sanzionatoria.

Ciò non esclude che un raffronto fra sistemi sembrerebbe consentire di rilevare somiglianze tra gli istituti di matrice anglosassoni e quelli italiani.

In entrambi i modelli, infatti, sono ammesse forme di “sanzioni” allorché gli agenti governativi, o la pubblica amministrazione, ledano i diritti dei consociati. In entrambi i sistemi, sono ammesse pene private se sono espressamente previste dalla legge.

E, probabilmente, in entrambi i sistemi l'elemento soggettivo esercita un'influenza nella determinazione del *quantum* del risarcimento. Né si può non rilevare che seppur in via sottaciuta e mascherata, le pene private stiano progressivamente entrando a far parte del nostro sistema.

Sarebbe quindi anacronistico, e forse anche non corretto, continuare ad affermare che il nostro modello rifiuta *in toto* tale forma di risarcimento. Né tantomeno è possibile affermare che alla loro ammissione continuano ad esserci limiti costituzionali quali l'eguaglianza tra i consociati o che le pene devono essere espressamente previste dalla legge.

Le pene private, infatti, anche se si ritengono essere imposti dai singoli concittadini sembrano sostanzialmente rinvenire la loro fonte in espresse previsioni legislative: la clausola penale ha il suo fondamento nel codice civile, il danno da lite temeraria in quello di procedura civile o nel codice degli appalti di diritto amministrativo.

Inoltre, con riferimento all'impossibilità dei singoli cittadini di imporre sanzioni privati, onde evitare diseguaglianza tra gli stessi, si rileva che anche qualora questo fosse vero l'ordinamento giuridico, comunque, fornisce numerosi strumenti a tutela dei propri diritti.

Prendendo a riferimento proprio la clausola penale, anche qualora il *quantum* imposto dal singolo fosse eccessivamente onerosa, la controparte può adire le vie giurisdizionali richiedendo al giudice una riduzione ad equità dell'ammontare della clausola.

Se quanto affermato potrebbe essere ritenuto valido, allora si potrebbe anche considerare che il sistema italiano potrebbe forse recepire l'istituto delle pene private di matrice inglese, e non statunitensi essendo effettivamente quest'ultimo troppo lontano dalla nostra tradizione, ferma restando comunque l'esigenza di adeguare i nuovi istituti ai principi e alle regole che governano e sostengono l'ordito giuridico nazionale.