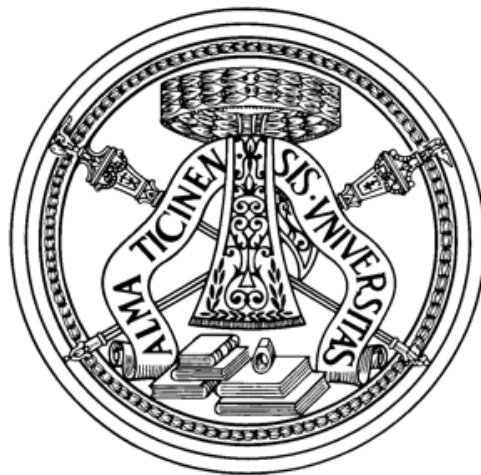


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PRIVATO, DIRITTO
ROMANO E CULTURA GURIDICA EUROPEA
XXIX CICLO



LA QUESTIONE DEI « DANNI PUNITIVI »

UNO STUDIO SULLA DIMENSIONE SANZIONATORIA DEL DIRITTO
PRIVATO

Tutor:

Chiar.mo Prof. Carlo Granelli

Tesi di dottorato di
Carlotta De Menech

Sarebbe un grandissimo aiuto per la mente se si potessero trovare pochi pensieri, dai quali sorgessero con ordine tutti gli infiniti altri, allo stesso modo che, presi i pochi numeri che vanno dall'unità al dieci, si possono derivare con ordine tutti gli altri numeri.

(G. W. LEIBNIZ, *Characteristica verbalis*, trad. it. di M. Mugnai, 1679, 157)

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

Considerazioni preliminari

La questione dei « danni punitivi »: un tentativo di (re)inquadramento

1. La circolazione dei modelli giuridici: il caso dei <i>punitive damages</i>	6
2. (Continua) I <i>punitive damages</i> all'attenzione del giurista italiano.	15
3. Individuazione dell'ambito della ricerca: ragioni della tradizionale esclusione dei <i>punitive damages for breach of contract</i> e loro confutazione.	24
4. (Continua) Il contributo offerto dall'analisi economica del diritto alla definizione dell'ambito di applicazione dei <i>punitive damages</i> . Critica.	31
5. Le difficoltà insite nella traduzione del sintagma ' <i>punitive damages</i> '	39
6. L'usuale riconduzione della questione dei danni punitivi alla tematica della responsabilità civile per danni.	45
7. Gli spunti emergenti dal panorama comparatistico per un (re)inquadramento della questione dei danni punitivi.	53

CAPITOLO II

Le pene pecuniarie private: struttura e funzioni

1. Ai confini del risarcimento del danno: obbligazioni pecuniarie non risarcitorie. Occasione, itinerario e scopi dell'indagine.	63
2. Obbligazioni pecuniarie da <i>atto lecito dannoso</i>	68
3. Obbligazioni pecuniarie da <i>atto illecito non dannoso</i> : un primo censimento. ..	77
4. La natura giuridica delle obbligazioni pecuniarie da <i>atto illecito non dannoso</i> . ..	88
5. (Continua) Spunti critici intorno alla funzione di punizione e di deterrenza nell'ambito del diritto privato.	98
6. Rassegna delle figure normative che condividono la natura giuridica delle obbligazioni pecuniarie da <i>atto illecito non dannoso</i>	108
7. (Continua) Misura di coercizione indiretta e misure coercitive a carattere di specialità	110
8. (Continua) Clausola penale ed obbligazioni penali a carattere di specialità ...	117
9. (Continua) Caparra confirmatoria e caparre a carattere di specialità.	129
10. Pene pecuniarie private, pene pecuniarie civili e pene private.	136

CAPITOLO III

Le pene pecuniarie private: confronto con altri modelli punitivi

1. <i>Caveat</i> preliminari: il contributo del presente capitolo nel quadro dell'opera.	143
2. Confronto tra pene pecuniarie private e pena in senso stretto. In particolare: il differente ruolo dell'art. 25, comma 2, Cost. nella configurazione legislativa delle rispettive fattispecie	147
3. (<i>Continua</i>) Ricostruzione della portata attuale dell'art. 25, comma 2, Cost. e correlativa verifica della legittimità costituzionale delle disposizioni che contemplano pene pecuniarie private.	153
4. Confronto tra pene pecuniarie private e <i>punitive damages</i> . Tra punti di contatto e profili differenziali alcune conclusioni (soltanto) provvisorie.	159
5. Primo profilo differenziale. La relazione a distanza tra inadempimento e danni punitivi.	172
6. Secondo profilo differenziale. L'inammissibilità di danni punitivi oltre le pene pecuniarie private.	185
7. Il problema della riconoscibilità di sentenze straniere comminatorie di <i>punitive damages</i> : soluzioni possibili e riflessi eventuali.	196

CAPITOLO IV

Le pene pecuniarie private: regime giuridico

1. Metodo e partizione del presente capitolo.	204
2. L'oggetto delle pene pecuniarie private: contenuto omogeneo e tratti di difformità. I procedimenti di applicazione della pena	208
3. (<i>Continua</i>) Le tecniche di calcolo della pena.	217
4. (<i>Continua</i>) Le modalità di liquidazione della pena: quantificazione legale e commisurazione giudiziale della pena.	223
5. (<i>Continua</i>) Commisurazione negoziale della pena	235
6. I profili soggettivi delle pene pecuniarie private. Il tema dell'imputabilità. ...	244
7. (<i>Continua</i>) Il problema del concorso di più soggetti responsabili del medesimo fatto.	252
8. Relazioni ed interferenze tra pena pecuniaria privata e risarcimento del danno per equivalente.	255
9. Rapporti tra pena pecuniaria privata ed "altre" pene.	261

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI 267

CAPITOLO I

Considerazioni preliminari

La questione dei « danni punitivi »: un tentativo di (re)inquadramento

SOMMARIO: 1. – La circolazione dei modelli giuridici: il caso dei *punitive damages*. 2. – (Continua) I *punitive damages* all’attenzione del giurista italiano. 3. – Individuazione dell’ambito della ricerca: ragioni della tradizionale esclusione dei *punitive damages for breach of contract* e loro confutazione. 4. – (Continua) Il contributo offerto dall’analisi economica del diritto alla definizione dell’ambito di applicazione dei *punitive damages*. Critica. 5. – Le difficoltà insite nella traduzione del sintagma ‘*punitive damages*’. 6. – L’usuale riconduzione della questione dei danni punitivi alla tematica della responsabilità civile per danni. 7. – Gli spunti emergenti dal panorama comparatistico per un (re)inquadramento della questione dei danni punitivi.

1. – Il modello giuridico *punitive damages* affonda le proprie radici nell’Inghilterra del XVIII secolo tra le pieghe di un sistema giudiziario del tutto peculiare fondato sulle c.d. *Assizes*¹, corti di diretta emanazione regia, che di tanto in tanto si allontanavano da Londra per recarsi ad amministrare la giustizia in sede locale. Trasferendosi solo occasionalmente nelle periferie del regno, gli *assize commissioners* incontravano

¹ L’introduzione delle *Assizes* o *Assize Court* risale al regno di Enrico II: con una serie di provvedimenti emanati nella seconda metà del XII secolo, egli escogitò questo singolare espediente giudiziario, che permetteva alla giurisdizione regia di accaparrarsi le controversie insorte nelle contee a scapito delle autorità giurisdizionali locali; il tutto con un evidente tornaconto economico, se si pensa che a quei tempi la giustizia veniva amministrata soltanto a pagamento. In Inghilterra le *Assizes* hanno avuto lunga vita: infatti, la loro soppressione è avvenuta solo nel 1971 con il *Courts Act*, che ha realizzato una semplificazione del sistema giudiziario inglese eliminando un cospicuo numero di corti locali. Su questi temi si veda *amplius* A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. I, rist., Giuffrè, Milano, 1982, 500 ss.

difficoltà pressoché insormontabili nella ricostruzione dei fatti rilevanti per la decisione della causa; pertanto, al fine di aggirare un simile ostacolo nell'attività di investigazione e definizione della c.d. *issue of fact*, i giudici itineranti potevano avvalersi della collaborazione di un gruppo di dodici persone del posto, noto con il nome di giuria. Segnatamente, nell'ambito dei *torts*, alla gente del luogo era assegnato il fondamentale e per nulla agevole compito di determinare le conseguenze risarcitorie dell'illecito. In origine, questo potere dei giurati non soggiaceva ad alcun limite; cosicché, mentre effettuavano l'*assessment* dei *damages*, essi ebbero buon gioco nell'esprimere la propria riprovazione nei confronti di condotte particolarmente gravi, liquidando danni c.d. esemplari (i.e. punitivi), accanto e in aggiunta ai danni meramente compensativi².

La concessione di *punitive damages* era dunque in voga già da tempo in sede locale, quando nel 1763 una corte centrale ebbe modo per la prima volta di affermarne espressamente la legittimità³: nel corso di quello stesso anno, la *Court of Common Pleas* fu chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dei danni punitivi in ben due occasioni; ed è a questa data che la letteratura giuridica anglosassone fa tradizionalmente riferimento, quando si tratta di individuare l'origine dell'istituto⁴. Da quel momento in poi i *punitive damages* hanno riscosso un enorme successo: non soltanto la liquidazione di danni

² Secondo G. TREITEL, *The Law of Contract*, 13th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011, 1000, sarebbe stato questo lo scopo tradizionale dei *punitive damages*.

³ A quanto consta, prima del 1763 la questione dell'ammissibilità dei *punitive damages* non era mai stata affrontata dalle corti regie. Secondo DORSEY D. ELLIS, JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 45 *Southern Cal. L. Rev.* (1982), 12, la tardiva emersione del problema va posta in correlazione con l'impiego del c.d. *writ of attain*, ovvero sia – secondo la definizione che ne dà T. EDLYNE TOMLINS, *The Law dictionary: Explaining the Rise, Progress, and Present State of the English Law*, Fry and Kammerer Printers, New York-Philadelphia, 1811, 165 ss. – un “*writ that lieth to enquire whether a jury of twelve men gave a false verdict; that so the judgement, following there upon, may be reversed*”. Il *writ of attain* ha rappresentato a lungo l'unico strumento a disposizione del *defendant* al fine di ottenere una revisione dell'*assessment* dei *damages* da parte dei giudici di Londra. Una volta che i giurati hanno smesso di essere *witnesses of fact* e sono divenuti *evaluators of evidence*, le corti di *equity* e di *common law* hanno finalmente avvocato a sé il potere di controllare qualsiasi liquidazione eccessiva dei *damages*.

⁴ I casi giunti all'attenzione del *Common Pleas* sono *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (Court of Common Pleas, 1763). e *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep. 768 (Court of Common Pleas, 1763). Ambedue le decisioni traevano origine dalla medesima vicenda, riguardante la pubblicazione di un *pamphlet* diffamatorio nei confronti di re Giorgio III sul *North Briton*, giornale dichiaratamente antimonarchico: il libello rimproverava aspramente il discorso, con cui il re aveva tentato di difendere le condizioni del Trattato firmato dagli inglesi a Parigi alla fine della guerra dei sette anni. Indispettito dalle critiche, re Giorgio aveva anzitutto fatto perquisire illegalmente la sede del *North Briton*, legittimando di conseguenza l'editore del giornale John Wilkes a chiedere ed ottenere i danni compensativi ed altresì un'ulteriore somma a titolo di danni esemplari. E, in un secondo momento, il sovrano aveva arbitrariamente ordinato l'arresto del tipografo del giornale, Mr Huckle; sicché anche quest'ultimo era riuscito a farsi liquidare i *punitive damages*. Sebbene questi due precedenti segnino la nascita ufficiale dei danni punitivi, così come li conosciamo, è interessante notare che l'antica legislazione anglosassone contemplava già qualcosa di simile nella forma dei c.d. *multiple damages*: ad esempio, uno *statute* del 1275 di Edoardo I prevedeva che « *tresspassers against religious persons, shall yield double damages* ».

punitivi è divenuta via via più frequente in seno alle corti inglesi⁵; ma l'agire congiunto di forze politiche, culturali ed economiche ha favorito la loro diffusione su scala addirittura globale; e, all'esito di questo percorso, tale modello appartenente alla tradizione giuridica anglosassone ha attirato verso di sé anche le attenzioni del giurista italiano.

La ricognizione, sia pure inevitabilmente sommaria, delle vie seguite dai danni punitivi nel corso della loro intensa espansione non presenta il mero interesse di qualsiasi narrazione storica. Al contrario, la cronaca della progressiva diffusione dei *punitive damages* consente in special modo di mettere in luce come – proprio attraverso e per effetto della loro circolazione – essi siano progressivamente divenuti oggetto di diverse discipline giuridiche; sì da rappresentare, al termine di questo percorso, un momento di riflessione comune a vari settori del diritto, ivi compreso il diritto privato.

Procedendo con ordine, va detto che almeno inizialmente il giurista continentale ha trattato i *punitive damages* come un istituto “alieno”⁶: infatti, nella mente dello studioso di cultura *civilian*, i danni punitivi hanno in principio rappresentato un argomento quasi esotico verso cui poteva nutrirsi, al più, un interesse di natura comparatistica⁷.

La curiosità del comparatista verso i danni punitivi è stata stimolata, se non altro, dalla particolare attitudine a circolare, che questo modello giuridico ha da subito

⁵ In Inghilterra, l'impiego dei *punitive damages* è stato piuttosto frequente sino al brusco ridimensionamento avvenuto nel 1964, a seguito del famoso caso *Rookes v. Barnard*, 1 All. ER 367 (Court of Appeal, 1964). Secondo la celebre *opinion* di Lord Devlin gli *exemplary damages* rappresentano un fenomeno del tutto eccezionale all'interno della *Law of damages*, solitamente improntata alla semplice compensazione della vittima dell'illecito; conseguentemente, la loro concessione deve ritenersi legittima solo in alcune ipotesi tassative, ovverosia nei casi di: i) *oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government*; ii) *wrongful conduct which has been calculated by the defendant to make profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff*; iii) *when such an award is expressly authorised by statute*; con l'ulteriore precisazione che la loro liquidazione è ammessa solo nel caso in cui i danni compensativi siano inadeguati a punire il *defendant* (c.d. *if, but only if test*). Un'ulteriore restrizione alla liquidazione dei danni punitivi è stata poi fissata dalla decisione resa in relazione al caso *AB v. South West Service Ltd*, 1 All. ER 609 (Court of Appeal, 1993): in quest'occasione la Court of Appeal ha introdotto il c.d. *cause of action test*, in base a cui l'attore l'attore avrebbe potuto ottenere gli *exemplary damages* solo ove fosse riuscito a dimostrare che il *tort*, da lui subito, rientrava nelle categorie fissate nel caso *Rookes* ed inoltre che esso era sanzionato con i danni punitivi anche prima del 1964.

⁶ L'aggettivo “alieno” è tratto da autori, che ancora in tempi recenti hanno sottolineato l'estraneità dell'istituto alla cultura giuridica continentale: in tal senso si veda G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 27; e P. SALVADOR CODERCH, *Punitive damages*, in P. PANTALÉON FERNANDO, *La responsabilidad en el derecho*, ed. Universidad Autónoma y Boe, Madrid, 2001, 139.

⁷ Da noi i primi studi in tema di danni punitivi sono quelli di G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss. e di Z. ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari nordamericani*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 375 ss.: entrambi i lavori hanno un'impostazione comparatistica.

dimostrato: infatti, appena un ventennio dopo i *leading cases* della *Court of Common Pleas*, il formante⁸ giurisprudenziale nordamericano imitava il modello creato dall'omologo formante inglese⁹; e si trattava soltanto del primo degli innumerevoli *legal transplants*¹⁰, che da allora in poi hanno caratterizzato la storia dei *punitive damages*.

Impiegando categorie elaborate dal diritto comparato, si può provare ad individuare le cause della progressiva diffusione dei danni punitivi e tentare così una razionalizzazione delle molteplici imitazioni di questo modello. Ora – secondo la migliore dottrina comparatistica – la circolazione di un istituto giuridico è talora sospinta dal potere dell'ordinamento cui esso appartiene, sicché la sua imitazione non è frutto di un'assimilazione consapevole e spontanea, bensì più propriamente il risultato di una conquista; altre volte, l'imitazione di un modello scaturisce invece « dal desiderio di appropriarsi le attribuzioni altrui, quando queste attribuzioni siano caricate di una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome prestigio »¹¹. Questi due fondamenti eziologici sono alla base della chiara distinzione, rinvenibile nella letteratura tedesca, tra *oktroyerete Rezeption* e *Rezeption* pura e semplice¹². Se il discorso appare piuttosto lineare su un piano prettamente teorico, va però detto che le due tipologie di recezione non sempre sono distinguibili in modo netto nella prassi. Non di rado, imposizione e imitazione spontanea hanno operato congiuntamente; e ciò è

⁸ Come è noto la nozione di formante è frutto di una proposta di Rodolfo Sacco.

⁹ La lettura impiegata nel testo non deve apparire inficiata da una preferenza per la spiegazione c.d. diffusionista delle mutazioni giuridiche. Come ben evidenziato da A. SOMMA, *Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in C. AMATO e G. PONZANELLI, *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006, 120 s., all'interno dello studio comparatistico si contrappongono due spiegazioni dei cambiamenti di un ordinamento: secondo una prima teoria – c.d. diffusionista – la quasi totalità dei cambiamenti non sarebbe frutto di intuizioni originali di un legislatore isolato, bensì il risultato di successive imitazioni di modelli giuridici affatto nuovi; secondo un'altra tesi – c.d. evoluzionista – l'ordinamento muterebbe invece esclusivamente per effetto di innovazioni, ovvero attraverso soluzioni originali elaborate da legislatori continuamente costretti a confrontarsi con problemi da risolvere. Entrambe le ricostruzioni si pongono in una prospettiva generale ed astratta e tentano di cogliere la tendenza dominante, al fine di elevarla a tesi universale. Ma se si passa dalla teoria alla prassi, è in ogni caso corretto affermare che l'introduzione di un determinato modello giuridico in un ordinamento è ora il risultato di innovazione, ora frutto di un'imitazione; e che quasi sempre un modello inventato viene poi imitato: e ciò è puntualmente avvenuto nel caso dei *punitive damages*.

¹⁰ Questa celebre locuzione è stata coniata negli anni settanta dallo scozzese A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, traduzione italiana a cura di J. MORLEY e L. LONARDO, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, Esi, Napoli, 1984.

¹¹ Così R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, 5^a ed., Utet, Torino, 1992, 48.

¹² M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Beck, München, 1987, 124 ss.

tanto più vero nei casi in cui oggetto di recezione siano stati modelli appartenenti alla tradizione giuridica inglese. Infatti, l'intrinseca razionalità di quest'ultima, accanto ad un'intensa opera di proselitismo ideologico hanno accresciuto grandemente il prestigio del sistema di *common law*, sicché i paesi dominati hanno spesso importato di buon grado istituzioni ed istituti, che solo formalmente venivano loro imposti¹³.

Alla luce di queste brevi premesse e non senza qualche inevitabile semplificazione, si può descrivere la circolazione del modello giuridico *punitive damages* parlando di *oktroyerte Rezeption*, in relazione alle imitazioni dell'istituto dei danni punitivi da parte di paesi, in cui la cultura giuridica inglese è stata introdotta ai tempi e per il tramite della dominazione politica; e riservando l'appellativo di *Rezeption* alle sole imitazioni operate del tutto indipendentemente da qualsivoglia condizionamento imperialistico pregresso.

Così, ad esempio, la forza militare e la prolungata egemonia dell'impero britannico costituiscono ragioni pressoché esclusive del trapianto dei *punitive damages* avvenuto all'interno dell'ordinamento neozelandese¹⁴ o di quello australiano¹⁵: a questi ultimi la madrepatria inglese ha imposto unilateralmente la recezione di tutta la sua cultura giuridica, ivi compresa pertanto l'idea della legittimità di condanne punitive o esemplari in aggiunta all'applicazione dei danni compensativi. Il periodo passato sotto la dominazione britannica e la correlata imposizione della *law of England* sono altresì all'origine della più recente importazione dei *punitive damages* da parte dell'India indipendente¹⁶. Pur avendo raggiunto l'autonomia politica, l'ex colonia inglese non si è del tutto liberata del condizionamento culturale subito durante l'epoca imperiale; di conseguenza, per i giudici indiani è stato del tutto naturale fare impiego dei danni punitivi, al momento in cui si sono dovuti confrontare con problemi già risolti dalla ex

¹³ U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2004, 242

¹⁴ Dal 1840 la Nuova Zelanda fu assoggettata alla sovranità britannica e, conseguentemente, a tutte le leggi inglesi, tra cui la *law of torts*. Anche dopo aver raggiunto l'indipendenza, la Nuova Zelanda ha continuato a seguire l'esempio dell'ex dominatrice, adeguando periodicamente il proprio diritto alle novità contenute negli *statutes* britannici; tant'è che secondo WATSON, *op. cit.*, 64 « la Nuova Zelanda è sempre stato il più inglese dei paesi britannici oltremare ».

¹⁵ La dominazione inglese in terra australiana risale al XVIII secolo; è con l'*Australian Courts Act* del 1828 che la legislazione inglese fu resa vincolante in questa colonia.

¹⁶ Il caso dell'India è solo uno tra tanti: di recente recezione ottrita dei danni punitivi si può infatti parlare anche in relazione all'esperienza di paesi africani quali Zambia, Zimbabwe ed Uganda, un tempo sottoposti alla dominazione britannica.

madrepatria, utilizzando quell'istituto¹⁷. Tuttavia, il fenomeno più rilevante di *oktroierte Rezeption* dei *punitive damages* è senz'altro quello rappresentato dall'importazione dell'istituto da parte degli Stati Uniti d'America¹⁸: nel 1784, un giudice del South Carolina seguiva le orme dei precedenti inglesi, pronunciando la prima di una lunghissima serie di condanne americane ai *punitive damages*¹⁹. E' nell'ordinamento statunitense che tale modello giuridico ha conosciuto la sua miglior fortuna e raggiunto la sua più ampia espansione. Inoltre, l'intensa esperienza nordamericana dei danni punitivi è divenuta a sua volta veicolo di diffusione dell'istituto²⁰: talora in via di recezione ottriata, talaltra in via di recezione pura e semplice. Quanto alla prima, è paradigmatico il caso delle Filippine: nel 1949, dopo oltre quarant'anni di dominio americano e ad appena tre anni dalla raggiunta indipendenza, la neonata Repubblica delle Filippine si dotava di un nuovo codice civile, i cui artt. 2229 ss. contengono una disciplina espressa e dettagliata degli *exemplary o corrective damages* (i.e. *punitive damages*)²¹. Ma soprattutto il modello statunitense è divenuto punto di riferimento di fenomeni di *Rezeption* spontanea del modello giuridico

¹⁷ Il primo caso in cui sono stati ammessi i *punitive damages* è *Shiv Sagar Tiwari v. Union of India & others*, 9 SCALE 680 (Supreme Court of India, 1996). In quell'occasione la Corte Suprema indiana ha condannato un ministro del governo indiano, ritenuto responsabile di *arbitrary and high-handed actions*, al pagamento di centomila dollari a titolo di danni esemplari. La motivazione della corte indiana cita la giurisprudenza di tutto il mondo (Canada, Giamaica, Sri Lanka); ma è di tutta evidenza l'assonanza con i precedenti inglesi, che sin dal 1763 comminano danni esemplari in relazione a condotte offensive ed arbitrarie tenute da pubblici ufficiali.

¹⁸ E' pur vero che nel 1784 gli USA si erano già resi indipendenti dall'Inghilterra già da qualche anno. Purtuttavia, la pronta imitazione dei *punitive damages* è senz'altro frutto del condizionamento ideologico perpetrato dalla madrepatria inglese durante l'epoca coloniale; e – come spiegato poco sopra nel testo – tanto basta a giustificare la spiegazione dell'imitazione in termini di ricezione ottriata. A tale proposito, sono significative le parole dell'*American Tort Reform Association* nel *Brief as amicus curiae in support of petitioner* relativo al caso *Philip Morris Usa v. Mayola Williams*: « *the remedy soon spread across the Atlantic to the American colonies and States, where from the time of ratification of the Constitution and after, was used to achieve vindication in cases of torts [...]* ».

¹⁹ Il *leading case* statunitense è *Genay v. Norris*, 1 Bay 6 (Supreme Court of South Carolina, 1784), in cui una corte statale concesse per la prima volta i c.d. *vindictive damages* (i.e. *punitive damages*) allo scopo di punire un medico responsabile di avere causato la morte per avvelenamento di un paziente, somministrandogli una medicina di cui, in considerazione della professione esercitata, non poteva ignorare i potenziali effetti negativi.

²⁰ Seppure riferita ai *punitive damages*, l'affermazione vale in realtà per l'intero modello di *common law*: infatti, il diritto statunitense è presto divenuto veicolo formidabile di consolidamento e diffusione della tradizione giuridica di matrice anglosassone. Le ragioni che hanno reso quel modello particolarmente idoneo all'esportazione sono ben descritte da MATTEI, *op. cit.*, 246 ss.

²¹ Nella Repubblica delle Filippine i danni punitivi sono ammessi *in addition to the moral, temperate, liquidated and compensatory damages*, in relazione a delitti, quasi-delitti, contratti e quasi contratti. Di particolare interesse sono le previsioni contenute negli artt. 2233 e 2235: la prima norma precisa che i danni punitivi non formano oggetto di un diritto del danneggiato, ma la loro concessione è rimessa alla discrezionalità del giudice; la seconda commina la nullità di qualsiasi *stipulation whereby exemplary damages are renounced*.

dei danni punitivi. Infatti, il crescente prestigio dell'ordinamento nordamericano ha fatto assumere alla cultura giuridica statunitense un ruolo trainante nella formazione di giuristi di tutto il mondo. E per tale via, l'idea dell'opportunità e dell'ammissibilità di condanne civili punitive è confluita all'interno di altri sistemi, ponendo le basi per la recezione dei *punitive damages* da parte di ordinamenti di matrice anglosassone e non²²: così, sulla scorta del prestigioso modello nordamericano, i danni punitivi sono stati ammessi dai giudici e dal legislatore israeliano²³, liquidati con sempre maggior frequenza dalle corti canadesi²⁴ e, in tempi piuttosto recenti, sono stati altresì ripresi dal legislatore argentino²⁵ e addirittura da quello cinese²⁶.

Giunti a questo punto, è bene fare chiarezza sul significato del lemma "*legal transplant*", impiegato dal diritto comparato al fine di descrivere la circolazione di modelli giuridici. Questa locuzione potrebbe infatti ingenerare l'idea che l'imitazione consista nella trasposizione meccanica di un istituto straniero all'interno di un sistema, che lo recepisce passivamente senza alterarne i tratti originari. Di contro, le riflessioni della letteratura comparatistica hanno ampiamente svelato la fallacia di una simile impressione²⁷. Il *legal transplant* di un modello proprio di un determinato ordinamento

²² In tal senso significativa è l'affermazione riferita proprio alla cultura giuridica americana di W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, in *American Journal of Comparative Law* 246 (1991): « *the education of lawyers is a key function in the process of reception* ».

²³ In Israele i danni punitivi sono stati irrogati soprattutto a fronte di violazioni volontarie di diritti di proprietà intellettuale; e sono stati altresì ammessi dalla legge al fine di sanzionare abusi nei confronti dei consumatori.

²⁴ In Canada, i danni punitivi sono stati liquidati per la prima volta da una corte dell'Ontario in *Labelle v. Guardian Insurance*, 38 C.C.L.I. 274 (Ontario High Court of Justice, 1989) nei confronti di una compagnia assicurativa che aveva agito con *bad faith* nei confronti del cliente assicurato. Da allora, i *punitive damages* hanno riscosso un grande successo; tant'è che – ad oggi – essi sono espressamente ammessi dal codice civile del Quebec, che è un sistema di *civil law*.

²⁵ In Argentina l'introduzione dei *punitive damages* risale al 2008, quando nella *Ley de protección de los consumidores* è stato inserito l'art. 52-bis a mente del quale « *al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás la circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan* ». A ciò si aggiunga che il progetto del nuovo codice civile argentino aveva altresì previsto una più generale *sanción pecuniaria disuasiva* in relazione a condotte poste in essere con « *grave monoprecio hacia los derechos de incidencia colectiva* »; quest'ultima previsione è stata tuttavia espunta dal Senato in sede di approvazione definitiva del progetto.

²⁶ La prima menzione espressa dei *punitive damages* nella legislazione cinese si rinviene nella *Chinese Tort Law* del 2010, il cui art. 47 stabilisce che « *where any producer or seller knowingly produces or sells defective products, causing death or serious damage to the health of others, the injured party may request appropriate punitive damages* ».

²⁷ Tant'è che E. A. FELDMAN, *Patients' Rights, Citizens' Movements and Japanese Legal Culture*, in D. NELKEN, *Comparing Legal Cultures*, Adelrshot, Dartmouth, 1997, 220, suggerisce l'utilizzo dell'espressione *graft* – i.e. innesto – in luogo di quella di *transplant*, a sottolineare l'assoluta imprescindibilità di un adeguamento.

giuridico in un ordinamento diverso dal primo non può in alcun caso prescindere da un momento di reciproco adattamento: così se – per un verso – il diritto del paese importatore esce naturalmente modificato ed integrato dalla recezione del modello straniero – per altro verso – quest’ultimo subisce quasi sempre talune modificazioni, necessarie a renderlo compatibile con le caratteristiche del sistema imitatore²⁸. Ecco, dunque, che l’intensa circolazione dei *punitive damages* ha comportato molteplici ed inevitabili alterazioni dell’istituto rispetto all’originario archetipo angloamericano; con l’ovvia conseguenza che all’esito di questo percorso si può agevolmente constatare che non esiste più un paradigma unico ed omogeneo di danni punitivi, bensì molte e differenziate versioni degli stessi²⁹.

Non è questa la sede per stilare una completa rassegna delle numerosissime sfumature delle molteplici epifanie di *punitive damages* oggi esistenti in tutto il mondo³⁰. Più ragionevolmente, ci si può limitare ad isolare – a titolo esemplificativo – uno degli innumerevoli profili di diversità tra il modello anglo-americano dei danni punitivi e le sue successive trasposizioni, scegliendo tra quelli il più significativo. Come testé detto, nel paradigma inglese dei *punitive damages*, il loro *assessment* è stato originariamente rimesso alla valutazione discrezionale della giuria, ed è tuttora di competenza di quest’ultima, sia pure entro i limiti in cui il *trial by jury* sopravvive all’interno della *civil procedure*. D’altro canto, la giuria ha assunto un ruolo non meno caratterizzante in seno alla versione nordamericana dell’istituto: nell’esperienza statunitense la discrezionalità dei giurati ha infatti contribuito in maniera decisiva all’esplosione dei *punitive damages*, divenuti strumento di una « politica manicheamente redistributiva »³¹ attuata dai giudici popolari a danno delle c.d. *big company*. Di contro, in Argentina, in Cina, ed altresì in un paese di tradizione giuridica inglese come la Nuova Zelanda il compito di determinare l’*an* ed il *quantum* dei danni punitivi è stato assegnato in via esclusiva ad organi giudiziari; circostanza, questa, che

²⁸ Il concetto è ben schematizzato da SACCO, *op. cit.*, 146: « il modello che il sistema A prende a prestito nel sistema B dovrà poi essere inserito accanto a tutti gli altri modelli presenti nel sistema A, il che presuppone il superamento di difficoltà tanto maggiori quanto maggiori sono le differenze generiche fra i sistemi A e B ».

²⁹ In tal senso cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla Law of torts all’inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, 123

³⁰ Peraltro, ricognizioni di tal fatta sono già state – più o meno esaustivamente – compiute: M. TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Filodiritto Editore, Bologna, 2014, 89 ss.; e BENATTI, *op. cit.*, 16 ss.

³¹ L’espressione usata nel testo è tratta da PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana cit.*, 485

sembra trovare un puntuale riscontro nel numero ridotto di condanne, nonché nella modicità delle liquidazioni. L'analisi di versioni di danni punitivi – per così dire, eccentriche rispetto al più celebre modello angloamericano – consente dunque di mettere in discussione una tra le tante certezze, che circolano negli studi sul tema: a differenza di quanto solitamente si pensa³², il vincolo tra *punitive damages* e *jury trial* è tutt'altro che indissolubile.

Peraltro, il legame tra danni punitivi e giuria non appare più così saldo neppure nelle originali versioni inglese e statunitense dell'istituto. Se – da un lato – la piena discrezionalità della giuria nella decisione delle *issues of fact* ha certamente fatto la fortuna dei *punitive damages* angloamericani – dall'altro – quella libertà pressoché incontrollata dei giudici popolari è stata sempre più spesso ritenuta responsabile della frequenza, dell'eccessività, nonché della casualità delle liquidazioni. E d'altro canto – come detto – l'esperienza di taluni sistemi imitatori conferma che molti di questi problemi potrebbero esser evitati, affidando l'*assessment* dei danni punitivi ad un giudice togato. Alla luce di tutto ciò, nella cultura giuridica di *common law* inizia oramai a vacillare l'idea che la determinazione dei *punitive damages* debba restare prerogativa assoluta della giuria³³. Sembra dunque prossimo a delinearsi uno degli esiti di quella che Sabino Cassese ha definito « tecnica dell'agire congiunto » nella circolazione dei modelli giuridici³⁴. La porosità degli ordinamenti – secondo l'autore – fa sì che un primo Stato esporti la sua esperienza, che questa gli venga poi riconsegnata

³² Così la pensano, da noi, F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in F. D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2013, 227; PONZANELLI, *I danni punitivi* cit., 27; e P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., I, Torino, 2007, 457 s.; e all'estero *inter alios* A. G. CORREA DE ANDRADE, *Dano moral e indenicao punitiva. Os punitive damages na experiecia del common law e na perspectiva do ireito brasileiro*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, 230

³³ Negli Stati Uniti il momento della svolta è rappresentato dal caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 424 (United States Supreme Court, 2001), che ha ampliato i limiti di sindacabilità delle liquidazioni di danni punitivi effettuate dalla giuria. Perplessità in ordine al mantenimento del ruolo dei giurati in materia di *punitive damages* si rinvengono, poi, nella letteratura nordamericana: v. NEAL R. FEIGENSON, *Can tort juries punish competently?*, in 78 *Chi-Ke. L. Rev.* 239 ss. (2003), 239 ss. Per quel che concerne l'Inghilterra, è piuttosto significativa la posizione assunta dalla *Law Commission* nel report sugli *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, pubblicato sul finire degli anni novanta. A fronte del declino degli *exemplary damages* causato dalle limitazioni fissate da Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard* (v. *supra* nt. 5), la *Law Commission* ha avviato una procedura di consultazione al fine di valutare l'opportunità di mantenere in vita un modello giuridico oramai in crisi. Nel rispondere affermativamente alla questione, la *Law Commission* suggerisce, in prospettiva di riforma, che « *the judge, and not a jury, should determine whether punitive damages should be awarded, and if so, what their amount should be* » (corsivo tratto dal *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restituinary damages*, 1997, 106).

³⁴ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Bari, 2006, 54

modificata nei suoi contenuti e discipline, e che quello infine la recepisca; sicché, in definitiva, l'ordinamento imitato spesso diviene a sua volta imitatore.

2. – L'egemonia politica dell'impero britannico – prima – e degli Stati Uniti – poi – nonché la forte attrattiva esercitata dalla cultura giuridica angloamericana hanno dunque favorito un'ampia diffusione dei *punitive damages*, che ha riguardato sia ordinamenti di *common law*, sia ordinamenti di *civil law*. Tuttavia, questo modello è ancora lungi dall'essere universalmente accettato.

Non sono pochi i paesi che tuttora escludono categoricamente la legittimità e l'opportunità di condanne civili punitive e, soprattutto, essi sono in netta maggioranza nel contesto europeo³⁵. L'esclusiva funzione compensativa della responsabilità civile continentale; la distinzione tra le funzioni del diritto privato e le attribuzioni del diritto penale; l'estraneità alla tradizione giuridica europea di aspetti procedurali quali il *trial by jury* o la *class action*: sono queste soltanto alcune tra le ragioni tradizionalmente addotte a sostegno del rifiuto, che i sistemi giuridici continentali hanno opposto ai *punitive damages*³⁶.

La contrapposizione tra paesi che ammettono i danni punitivi e paesi che non ne consentono la liquidazione non è certo priva di conseguenze: anzitutto, la diffusione a macchia di leopardo dell'istituto cagiona inevitabili disparità di trattamento, *in parte qua* consente che rapporti eguali siano trattati in modo difforme in Stati diversi; ma soprattutto essa crea pericolose contraddizioni, ogniqualvolta una determinata fattispecie presenti elementi di collegamento con ordinamenti giuridici distinti. Per giunta, il verificarsi di quest'ultima circostanza è reso sempre più frequente dal crescente fenomeno della globalizzazione: il potenziamento degli strumenti di comunicazione di massa e dei mezzi di trasporto ha notevolmente agevolato la mobilità transfrontaliera di persone, imprese e capitali, accrescendo la possibilità che gli

³⁵ In Europa l'irrogazione di *punitive damages* o, il che è lo stesso, di *exemplary damages* è ammessa solamente da Inghilterra, Galles, Irlanda e Cipro.

³⁶ Queste ed altre giustificazioni del rifiuto opposto ai danni punitivi sono diffusamente trattate da L. MEURKENS, *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*, in L. MERKEUNS e E. NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Metro, Cambridge, 2012, 13 ss. Non va però dimenticato che in tempi remoti talune culture giuridiche di stampo codicistico hanno conosciuto esempi di danni punitivi: così, ad esempio, il Codice di Hammurabi del 2000 a.C., quello Ittita del 1400 a.C., le leggi di Manu del 200 a.C., nonché le XII tavole del 450 a.C. sanzionavano l'autore di taluni illeciti costringendolo a pagare una somma molto più elevata del danno causato, solitamente un multiplo di questo.

individui intraprendano iniziative economiche di dimensione globale, nonché favorendo il correlativo incremento del numero di liti tra soggetti di nazionalità diversa. Di conseguenza, è divenuta tutt'altro che rara l'evenienza che un convenuto straniero venga dapprima condannato ai *punitive damages* dal giudice di un ordinamento che ne consente la liquidazione, e che tale decisione debba poi esser eseguita in un altro Stato (precisamente, quello in cui il condannato ha domicilio o sede), il quale per converso non ammette i danni punitivi. Diverse autorità giurisdizionali europee hanno dunque dovuto affrontare il problema della riconoscibilità di sentenze straniere, recanti condanne ai *punitive damages*³⁷. Ed in tal guisa, questo modello giuridico – dapprincipio esclusivamente indagato in prospettiva comparatistica – è divenuto oggetto di studi di diritto internazionale privato e processuale, finalizzati a misurarne la compatibilità con l'ordine pubblico.

Nel panorama continentale, i primi a occuparsi del problema della delibazione di sentenze di condanna ai *punitive damages* sono stati i giudici svizzeri e tedeschi già nel corso degli anni ottanta. Di contro, la questione è giunta all'attenzione della giurisprudenza italiana solo in tempi relativamente recenti: la prima sentenza della Corte di Cassazione sul tema è infatti datata gennaio 2007³⁸. La ragione della tardiva

³⁷ La casistica più ampia ha ad oggetto la delibazione di decisioni statunitensi, in quanto le corti nordamericane tendono ad esercitare la propria giurisdizione anche quando la fattispecie ha pochi collegamenti con il loro foro: in tal senso si veda A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 868 nt. 4. Le modalità attraverso cui ciò avviene sono ben illustrate da V. VARANO, *Global Law v. Local Law. Qualche riflessione in margine alla giustizia civile* in C. AMATO e G. PONZANELLI, *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006, 440: anzitutto alcune peculiarità della giustizia civile americana favoriscono l'attore e, con ciò, incentivano l'instaurazione dei procedimenti presso le corti statunitensi; in secondo luogo, queste ultime tendono a fare impiego di criteri di giurisdizione esorbitanti in nome del rispetto della copertura garantistica del *due process* (che le parti non troverebbero altrove); infine, i convenuti sono spesso interessati a mantenere rapporti commerciali con gli Usa e, a tal fine, non contestano la giurisdizione delle corti nordamericane. Tuttavia, non mancano sentenze riguardanti il riconoscimento di condanne ai *punitive damages*, emesse da giudici non statunitensi: si veda a mo' d'esempio la recente pronuncia emessa dalla Corte Suprema della Repubblica di Slovenia, ord. 29 maggio 2013, in *Danno e resp.*, 2014, con nota di JORG SLADIC, *La corte suprema slovena si confronta con i danni punitivi*, 18 ss., che ha concesso l'*exequatur* a due sentenze israeliane di condanna ai *punitive damages*.

³⁸ La prima decisione è Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1461 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 981, con commento di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; in *Danno e resp.*, 2007, 1126, con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, II, 1893, con nota di L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*; in *Eur. priv.*, 2007, 1129, con nota di G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*. Peraltro, la dottrina italiana ha iniziato ad interrogarsi sulla compatibilità tra *punitive damages* e ordine pubblico già a partire dagli anni novanta: cfr. G. BROGGINI, *Compatibilità di*

emersione del problema in Italia va verosimilmente individuata nelle modalità operative del riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali esteri, regolato fino alla metà degli anni novanta dagli artt. 796 ss. c.p.c. Per ragioni che è agevole intuire, il codice del '42 contemplava un meccanismo di riconoscimento a forte vocazione nazionalistica che – per un verso – subordinava l'esecutività della sentenza straniera al previo esperimento di un apposito procedimento costitutivo di delibazione, e – per altro verso – ammetteva il c.d. riesame del merito in talune ipotesi tassativamente previste. In particolare – per quel che qui interessa – l'art. 798 c.p.c. consentiva che la Corte d'Appello decidesse nuovamente nel merito la controversia già definita dal giudice straniero, nell'ipotesi in cui il convenuto fosse rimasto contumace nel procedimento giurisdizionale svoltosi all'estero e conclusosi con il provvedimento da delibare. Ecco, allora, che gli italiani convenuti davanti alle autorità giurisdizionali di uno Stato che ammetteva la liquidazione di *punitive damages* sceglievano strategicamente di non costituirsi, per poter successivamente chiedere l'instaurazione di un nuovo giudizio, nel corso del quale il giudice interno avrebbe proceduto ad un riesame integrale della controversia; il tutto senza che il problema della riconoscibilità della sentenza straniera recante una condanna ai danni punitivi potesse minimamente porsi³⁹. Il riesame del merito è stato integralmente cancellato dalla riforma di diritto internazionale privato e processuale (attuata con l. 218/1995): infatti, comportando una negazione radicale alla circolazione internazionale delle sentenze, quell'istituto è stato ritenuto in irriducibile contrasto con l'ispirazione internazionalistica della riforma⁴⁰. In base alla nuova disciplina, chiunque intenda promuovere in Italia l'esecuzione forzata di un provvedimento estero di condanna ai *punitive damages* non può oggi far altro che instaurare un giudizio di riconoscimento dinanzi al giudice italiano e questi deve giocoforza esprimere la propria valutazione circa la compatibilità tra i danni punitivi ed i principi fondamentali dell'ordinamento.

sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile, in *Eur. dir. priv.*, 1999; 495 ss. e SARAVALLE, *op. cit.*, 1993, 867 ss.

³⁹ In tal senso E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 383 s.

⁴⁰ Per un approfondimento delle ragioni alla base dell'eliminazione dell'istituto del riesame nel merito si rinvia a R. LUZZATO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in onore di Edoardo Vitta*, a cura di G. Gaja, Giuffrè, Milano, 1994, 169 ss.

Rinviando al prosieguo l'analisi delle soluzioni concretamente fornite dalla giurisprudenza alla questione della riconoscibilità dei *punitive damages*, ci si può per ora limitare ad osservare che l'emersione di questo problema in seno alle corti italiane ha certamente contribuito ad attirare l'attenzione del diritto privato verso l'istituto. Così, mentre i giudici hanno iniziato a parlare espressamente di danni punitivi – al precipuo fine di valutarne la compatibilità con i principi fondamentali del foro – la letteratura civilistica ha parallelamente intrapreso autonome riflessioni su tale modello; sicché, in definitiva, globalizzazione economica e giuridica hanno fatto sì che l'istituto angloamericano dei *punitive damages* divenisse assai meno alieno agli occhi dello studioso di diritto interno.

Nella prospettiva del privatista, i *punitive damages* si rivelano assai attrattivi, grazie alla loro potenziale idoneità a colmare certi difetti inevitabilmente connaturate allo statuto risarcitorio. Anzitutto, la tutela contro i danni è ontologicamente retrospettiva: dovendo tendere a compensare le perdite sofferte dalla vittima dell'illecito, l'obbligazione risarcitoria è interamente focalizzata sul danneggiato, nonché esclusivamente orientata verso il passato; pertanto, essa non sempre svolge un'adeguata funzione di punizione del responsabile e di prevenzione dell'illecito futuro. I limiti del risarcimento del danno emergono poi con ancor più marcata evidenza al cospetto di quelle violazioni che non producono depauperamenti patrimoniali, o a fronte di quegli illeciti che consentono all'autore del fatto di ritenere una parte del profitto ingiustamente ottenuto, dopo avere riparato integralmente il danno causato alla vittima: in questi casi, non solo il danneggiante non è sufficientemente sanzionato, ma – a ben vedere – ottiene addirittura un premio dal compimento di un fatto illecito.

Ora, questi difetti del modello risarcitorio potrebbero certo essere corretti almeno in parte, impiegando sanzioni civili dotate di forza dissuasiva accanto ed in aggiunta al risarcimento del danno. Tuttavia, il legislatore italiano non usa la locuzione *punitive damages* e neppure l'espressione italianizzata danni punitivi, sicché almeno ufficialmente non sembra conoscere questo modello giuridico. D'altro canto, la semplice constatazione dell'opportunità di simili rimedi non autorizza l'inteprete a colmare il vuoto normativo, attraverso l'applicazione in via analogica delle disposizioni

straniere che contemplano espressamente i danni punitivi⁴¹. Nel silenzio della legge, il giurista non può infatti importare il modello dei *punitive damages*, facendo ricorso all'utilizzo c.d. normativo dell'argomento comparatistico⁴²: il mero fatto che problemi simili a quelli che si pongono da noi abbiano trovato altrove una risposta convincente non consente all'interprete di prendere a prestito la soluzione giuridica da altri adottata, in difetto di un'apposita mediazione legislativa.

Tutt'al più, l'argomento comparatistico può essere impiegato come canone interpretativo dello *ius conditum* e, come tale, può servire « ad accreditare l'attribuzione a un enunciato legislativo di quel significato normativo che si assume costituire il significato di enunciati normativi (o di altri documenti-fonti) di un diverso ordinamento giuridico »⁴³. Al pari degli altri criteri ermeneutici, l'argomento comparatistico attiene dunque a quella parte del pensiero giuridico che Luigi Mengoni ha definito dialettico o problematico; a tale stregua, il diritto straniero può offrire al giurista interno un nuovo punto di vista, ma questo dev'essere poi assoggettato alla critica della dogmatica, ovvero sottoposto a verifica alla luce del diritto vigente al fine di valutarne l'accogliabilità⁴⁴.

Con queste affermazioni non si vuol affatto scoraggiare la ricerca civilistica sui danni punitivi; piuttosto, s'intende indicare un percorso più proficuo, sebbene maggiormente tortuoso.

Anzitutto, nel confrontarsi con un modello giuridico straniero quale è quello dei *punitive damages*, il privatista non deve rinunciare a prendere le mosse dal diritto positivo interno; e, segnatamente, egli deve passare al vaglio l'intero ordinamento, per tentare di scoprire se il legislatore abbia talora realizzato – seppure tacitamente – un *legal transplant* dell'istituto.

Non s'ignora l'opinione espressa da un'autorevole dottrina, secondo cui la possibilità di un trapianto dei *punitive damages* nell'esperienza giuridica italiana dovrebbe ritenersi

⁴¹ Non ha infatti avuto seguito la proposta di P. G. MONATERI e A. SOMMA, "Alien in Rome". *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.* 1999, V, 47, i quali – ispirandosi ad una apposita previsione contenuta nel diritto svizzero – proponevano di estendere la base della ricerca dei principi regolanti casi simili o materie analoghe ex art. 12 delle preleggi alla *lex alii locii*.

⁴² Contro l'uso c.d. normativo della comparazione si vedano le puntuali critiche di G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 228 ss.

⁴³ Quella riprodotta nel testo è la definizione di argomento comparatistico fornita da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1980, 375

⁴⁴ Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 61 ss.

radicalmente preclusa in quanto essi rappresentano un *unicum davvero irripetibile*. Secondo questa tesi, l'istituto sarebbe indissolubilmente legato a talune peculiarità del diritto nordamericano, prima tra tutte il ruolo assunto dalla giuria nella liquidazione dei *damages*; e l'insussistenza di quelle condizioni nella nostra tradizione giuridica ne impedirebbe *tout court* l'importazione⁴⁵. A queste affermazioni si potrebbe replicare che esse alludono, in realtà, ad una nozione restrittiva ed ormai ampiamente superata di *legal transplant*. Come si è detto, la letteratura comparatistica ha dimostrato che la circolazione degli istituti giuridici non consta di imitazioni pedissequae, ma può avvenire solo attraverso momenti di adattamento reciproco tra il modello recepito ed il sistema imitatore; e ciò si è puntualmente verificato anche nel corso della diffusione dei *punitive damages*. L'originale paradigma angloamericano – giova ribadirlo – ha subito numerose alterazioni, tali da renderlo compatibile con le caratteristiche dei sistemi che lo hanno importato; cosicché, all'esito di questo percorso, non è più dato parlare di un modello unico ed irripetibile di danni punitivi. Ecco, dunque, che l'interprete può liberamente andare alla ricerca di eventuali tracce di emersione dei *punitive damages* nel proprio ordinamento, e tentare di scoprire se per caso o scientemente anche il legislatore italiano abbia imitato questo modello giuridico; sia pure dopo averlo opportunamente *decontestualizzato, riconfigurato* e fors'anche *risemantizzato*⁴⁶. In altre parole – come è stato correttamente detto – il privatista è chiamato a svolgere un' « analisi comparativa dalla marcata impronta omologativa al fine di rinvenire punti di contatto tra il nostro apparato rimediale e l'istituto dei danni punitivi »⁴⁷. Solo nel caso in cui queste ricerche conducano a qualche risultato positivo, sarà possibile istituire un confronto tra

⁴⁵ L'opinione dell'impossibilità di un *legal transplant* dei *punitive damages* nell'ordinamento italiano è ascrivibile a PONZANELLI, *I danni punitivi* cit., 26 s. L'a. enuclea quattro fattori, che rendono a suo dire irripetibile l'esperienza nordamericana: i) la stretta dipendenza negli ordinamenti di matrice anglosassone tra illecito civile e illecito penale; ii) il ruolo svolto dalla giuria nell'*assessment* dei *damages*; iii) l'*american rule*, che impedisce al giudice di regolare le spese secondo il principio di soccombenza e, conseguentemente, lo induce ad incrementare l'importo delle condanne; iv) l'influenza dalle riflessioni dell'analisi economica del diritto ed in particolare, della c.d. teoria dei multipli. Aderisce espressamente alla tesi di Ponzanelli, BUSNELLI, *op. cit.*, 226 ss.

⁴⁶ Il corsivo impiegato nel testo è tratto da S. CASSESE, *La croce di Lotario*, in PONZANELLI e AMATO, *op. cit.*, 391: l'A. ha recentemente messo in luce come fenomeni di tal fatta siano sempre più frequenti nel diritto di oggi. A tal proposito, l'autorevole giurista instaura un illuminante parallelismo tra il diritto nella globalizzazione e la croce di Lotario: quest'ultima contiene una raffigurazione dell'imperatore Augusto all'incrocio dei bracci della croce, un motivo pagano su un oggetto della più nobile tradizione cristiana. V'è da chiedersi se tale contaminazione tra culture affatto diverse sia frutto di una scelta consapevole o meno; e uno sforzo del tutto simile è richiesto al giurista di fronte all'impiego legislativo di « brandelli di diritto nati in altri contesti ».

⁴⁷ Così PARDOLESI, voce *Danni punitivi* cit., 462

l'eventuale modello italiano dei danni punitivi ed il modello tradizionale dei *punitive damages*; e ciò allo scopo di rintracciare eventuali divergenze o convergenze e di decidere se ed in che misura la nostra versione dell'istituto ripeta le caratteristiche dell'archetipo angloamericano. Ma, soprattutto, la preliminare individuazione di una o più figure di danni punitivi di diritto interno è condizione imprescindibile di ogni tentativo volto a sfruttare le potenzialità dei *punitive damages*, allo scopo di correggere certe imperfezioni del sistema della responsabilità civile. È solo dopo aver dimostrato che il nostro legislatore conosce questo modello che potrà esserne saggiata la capacità espansiva e valutata la legittimità di una sua applicazione analogica.

Da ultimo e avviandoci alla conclusione, non si può trascurare l'interesse, che un altro ramo del diritto interno ha mostrato verso il tema dei *punitive damages*. Delle potenzialità di questo modello non si è accorto soltanto il civilista, ma anche lo studioso del diritto penale da sempre intento a reperire all'interno dell'ordinamento strumenti che siano in grado di porre un argine al fenomeno dell'ipertrofia e della conseguente inflazione criminale. E' piuttosto noto come per lungo tempo tutte le istanze punitive via via emergenti siano state sistematicamente rivolte al diritto penale, e come quest'ultimo abbia puntualmente risposto mettendo a disposizione lo strumento sanzionatorio che gli è proprio: la privazione immediata o mediata della libertà personale. Se non che, l'eccessivo ricorso alla pena detentiva allo scopo di punire ha prodotto un impatto negativo sia sul piano degli effetti, sia sul piano dei principi. Così – da un lato – esso ha comportato un sovraccarico del diritto penale, con la conseguente banalizzazione della sanzione criminale e l'emersione del problema del sovraffollamento carcerario; e – da altro lato – il ricorso indiscriminato alla pena detentiva si è posto in irriducibile contrasto con il principio di sussidiarietà del diritto penale, secondo cui la pena detentiva dovrebbe essere impiegata come un'*extrema ratio*, in quanto lesiva di un bene costituzionalmente tutelato quale è quello della libertà personale.

Alla luce di queste premesse, ben si comprende allora che la salvaguardia di beni giuridici dev'essere tentata facendo ricorso a strumenti che comprimano il meno possibile i diritti dell'individuo; e che, solo nel caso in cui tutti gli altri strumenti abbiano fallito o siano destinati irrimediabilmente a fallire, la comminatoria e l'irrogazione di pene criminali può ritenersi ad un tempo opportuna e legittima. Così

colui che si occupa di problemi penalistici è da tempo alla ricerca di strategie differenziate contro il crimine. In particolare, il legislatore italiano ha creduto a lungo che l'unica valida alternativa alla pena criminale fosse rinvenibile nelle tecniche sanzionatorie di carattere amministrativo⁴⁸, ignorando così le sollecitazioni provenienti dall'Europa a volgere lo sguardo verso il diritto civile⁴⁹. Di contro, sin dagli anni ottanta la letteratura penalistica si è accorta che la prospettiva di un ampliamento delle alternative civilistiche di tutela consentirebbe di dare corpo all'idea del diritto penale minimo, restituendo alla sanzione criminale il ruolo di *extrema ratio*; ed ha altresì affermato che il potenziamento dell'arsenale sanzionatorio del diritto civile contribuirebbe ad alleviare certi effetti negativi dell'ipertrofia del sistema penale⁵⁰.

Di queste indicazioni, ha tenuto conto il legislatore italiano in occasione della stesura della legge delega 28 aprile 2014 n. 67⁵¹. In vista della depenalizzazione di una serie di reati di minor disvalore giuridico⁵², l'art. 2 comma 3 della legge in parola prevedeva infatti l'istituzione di « adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati » previamente abrogati. Sanzioni – precisava il legislatore delegante – da irrogare « fermo restando il risarcimento del danno », ovvero in aggiunta e non in luogo di questo, e da commisurare sulla base di parametri quali la gravità della violazione, la reiterazione dell'illecito, l'arricchimento del soggetto responsabile, l'opera svolta dall'agente per

⁴⁸ A tal proposito si pensi alla portata dell'intervento di depenalizzazione realizzato con la l. 24 novembre 1981 n. 689, che ha trasformato molti reati in altrettanti illeciti amministrativi.

⁴⁹ Il ricorso alla sanzione civile al fine di alleggerire il sovraccarico del sistema penale è stato suggerito dal *Comite Europeen pour les Problemes Criminels, Rapport sur décriminalisation*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980: secondo il Comitato europeo il passaggio dalla sanzione penale a quella amministrativa non sarebbe stato infatti risolutivo, in quanto l'illecito amministrativo ricalca sotto molti profili quello penale.

⁵⁰ Erano questi gli ideali che ispiravano la partecipazione di F. Bricola al convegno pisano svoltosi a metà degli anni '80 sul tema delle pene private. In quell'occasione, F. BRICOLA, *Le "pene private" e il penalista*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 27 ss. proponeva di risolvere i problemi pratici e dogmatici legati all'inflazione penalistica attraverso un *revival* della pena privata.

⁵¹ La legge delega, intitolata "Depenalizzazione, messa alla prova, nuove regole per contumacia e irreperibili", faceva seguito alla direttiva 2012/29/UE, provvedimento con cui l'Unione europea ha richiesto agli Stati membri un più ampio ricorso agli strumenti e ai metodi della giustizia riparativa. A tal fine, la l. 67/2014 ha previsto ampie modifiche al sistema penale ed in particolare un più largo utilizzo di strumenti del diritto amministrativo e civile in funzione sanzionatoria; il tutto al precipuo fine di promuovere un diritto penale minimo, che impieghi la pena detentiva come *extrema ratio*. Come si dirà più avanti nel testo, tale delega è stata attuata con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 recante "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili" – che è quello che qui interessa – e con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 recante "Disposizioni in materia di depenalizzazione".

⁵² Si tratta di delitti (quali, *inter alia*, l'ingiuria, il danneggiamento, la sottrazione di cose comuni, il falso in scrittura privata) tutti accomunati dal fatto di incidere su interessi di natura privata e di essere procedibili a querela; donde, la scelta di ricollocarne il disvalore sul piano delle relazioni tra privati.

l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, la personalità dello stesso e le sue condizioni economiche⁵³. La delega, invece, restava del tutto silente in merito alla destinazione della sanzione; lasciando, così, al Governo la possibilità di optare per il pagamento al privato titolare dell'interesse leso oppure per la devoluzione al bilancio statale.

Concorde nel ritenere la nuova *sanzione pecuniaria civile* radicalmente distinta dalla sanzione risarcitoria, la letteratura penalistica accusava il legislatore delegante di non aver impiegato sufficiente rigore nel designare la categoria civilistica di appartenenza della sanzione che, nelle sue intenzioni, avrebbe dovuto prendere il posto della pena criminale⁵⁴. Ea auspicando che sul punto venisse fatta maggior chiarezza in occasione dell'attuazione della delega, la dottrina notava *medio tempore* una qualche assonanza tra la sanzione pecuniaria civile ed i *punitive damages*. La natura non risarcitoria della misura, l'insistente riferimento a parametri che attengono alla sfera dell'autore dell'illecito per la liquidazione della prestazione pecuniaria oltreché, in definitiva, l'impiego di uno strumento civilistico in funzione punitiva erano tutti indizi che contribuivano ad avvalorare l'idea che il legislatore italiano avesse in qualche misura subito la suggestione del modello giuridico di matrice angloamericana⁵⁵.

Dal paradigma dei danni punitivi ha, invece, preso le distanze il legislatore delegato, dal momento che ha scelto di destinare l'intero provento della sanzione pecuniaria civile alla Cassa delle ammende, anziché, almeno in parte, alla vittima dell'illecito depenalizzato (v. art. 10 d.lgs. 7/2016). Scelta, questa, ritenuta « maggiormente in linea con la finalità general-preventiva attribuita dal legislatore all'istituto delle sanzioni pecuniarie civili » e con la loro « funzione sanzionatoria di [...] comportamenti che hanno ricadute di inefficienza sul sistema giustizia gravandolo di costi »⁵⁶.

⁵³ I parametri previsti dalla l. 67/2014 per la commisurazione della nuova sanzione pecuniaria civile, e successivamente confermati dall'art. 5 d.lgs. 7/2016, sono pressoché coincidenti con quelli previsti dall'art. 11 della l. 689/1981, per la fissazione della somma dovuta dal responsabile di un illecito amministrativo: « gravità della violazione, opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché della personalità dello stesso e delle sue condizioni economiche ».

⁵⁴ G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, 785.

⁵⁵ In questo senso v. MANNOZZI, *op. cit.*, 785, nonché C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*. In merito all'esercizio della delega di cui all'art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67, 2014, disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁶ Sono queste le ragioni addotte dalla Relazione illustrativa di accompagnamento allo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili (Atto n. 246).

Dell'opportunità della soluzione adottata dal decreto si avrà modo di discutere nel prosieguo del lavoro⁵⁷. Quel che invece preme sottolineare fin d'ora è la riluttanza, così implicitamente mostrata dal legislatore italiano, ad abbracciare un istituto le cui potenzialità alternative alla pena criminale sono già sperimentate e ben consolidate.

Per concludere, si può dire che l'esportazione del modello *punitive damages*, il fenomeno della globalizzazione economica e giuridica, unite a talune carenze del nostro ordinamento, hanno fatto entrare questo istituto nelle pronunce giurisprudenziali e nelle trattazioni dottrinali. Anche se il legislatore sembra tuttora non conoscere i danni punitivi – né per ammetterli né per escluderli – il riferimento ad essi è sempre più frequente in ogni ramo del diritto italiano. E' forse giunto il momento che il civilista si riappropri di un tema assai in voga nel diritto vivente e che verosimilmente gli appartiene, provando a disegnare un quadro dogmatico e sistematico intorno all'istituto.

3. – Ove s'intenda realizzare un'opera di riordino sistematico intorno alla materia dei danni punitivi, è bene procedere impiegando da subito il massimo rigore. Dal che, si evince l'importanza di una preliminare definizione dell'ambito in cui un tale lavoro dovrà essere svolto; ed in particolare, occorre decidere se il discorso debba avere quale referente esclusivo i danni punitivi comminati in dipendenza del fatto illecito oppure debba esser altresì esteso ai danni punitivi irrogati in conseguenza dell'inadempimento contrattuale.

L'interrogativo sorge da una prima osservazione dell'esperienza giuridica angloamericana, in cui il rimedio dei *punitive damages* è stato usualmente messo a disposizione della sola vittima dell'illecito extracontrattuale. La c.d. *punitive damages law* è infatti nata in seno alla *tort law* e, di contro, la liquidazione di *damages* diversi da quelli compensativi è stata dapprincipio esclusa nell'ambito della *contract law*.

Eppure, a dispetto di questa tradizionale impostazione, un'indagine non circoscritta all'ambito aquiliano appare decisamente preferibile; e ciò non soltanto per assecondare l'ormai svelato desiderio di predisporre un quadro sufficientemente compiuto intorno all'istituto, ma soprattutto per seguire la sensazione che gli argomenti addotti a sostegno

⁵⁷ V. *infra* cap. III § 4.

del privilegio consuetudinariamente spettante alla vittima di un *tort* siano invero recessivi.

Secondo la letteratura anglosassone, le ragioni che originariamente suggerirono alle corti di escludere l'ammissibilità di *punitive damages for breach of contract* restano piuttosto oscure⁵⁸. Nondimeno, la fantasia dei giudici e della dottrina ha successivamente escogitato varie argomentazioni a conforto dell'iniziale diniego.

Sul finire degli anni novanta la *Law commission of England and Wales* ha selezionato tra questi motivi i più ricorrenti e li ha raccolti all'interno di un *report* dedicato al tema degli *exemplary damages*⁵⁹: tale sforzo ricognitivo costituisce un punto di partenza assai utile, al fine di motivare la sensazione – testè accennata – di precarietà del fondamento dell'esclusione di danni punitivi da inadempimento.

Una prima ragione di quel limite si fonda sulla constatazione che i *punitive damages* non siano mai stati concessi in dipendenza dell'inadempimento contrattuale⁶⁰.

In quanto pretende di affidare la soluzione del problema alla sola forza della tradizione, un simile argomento non potrebbe mai risultare decisivo. Per di più, esso si basa su una premessa marcatamente erronea, frutto di una visione circoscritta e superata.

Per accorgersene, basta riflettere ancora una volta sul fatto che a causa della progressiva circolazione dell'istituto non esiste più un'unica ed omogenea *punitive damages law*, bensì molteplici versioni del modello originario: prendendo le distanze dall'archetipo anglosassone, alcuni sistemi imitatori hanno concesso i *punitive damages* non solo in dipendenza di *torts*, ma altresì a fronte di taluni *breaches of contract*. Talora si è trattato di una scelta effettuata dal legislatore già al tempo dell'importazione del modello giuridico straniero⁶¹; talaltra l'estensione dei danni punitivi al settore

⁵⁸ L'affermazione è piuttosto ricorrente nella letteratura di *common law*: cfr., *inter alios*, l'inglese A. TETTENBORN, *Punitive damages for breach of contract: what's so special about contract claims?* 3 (2005), disponibile on line su <http://ssrn.com>; e l'americano TIMOTHY J. SULLIVAN, *Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change*, in 61 *Minn. L. Rev.* 207 (1977).

⁵⁹ Sulla genesi di questo *report* vedi *supra* nt. 32.

⁶⁰ E' questo il primo argomento riportato dal *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, 1997, 118: « *exemplary damages have never been awarded for breach of contract* ».

⁶¹ Così, ad esempio, l'art. 52bis della *Ley de protección de los consumidores* argentina ammette l'irrogazione della c.d. *multa civil* (i.d. *daños punitivos*) in relazione all'inadempimento da parte del *proveedor* delle obbligazioni contrattualmente assunte nei confronti del *consumidor*. E come dimostra l'ampia rassegna giurisprudenziale compiuta da A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Breves reflexiones sober los mal llamados "daños punitivos" en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el proyecto de código civil y comercial de 2012*, 2014, disponibile su www.juscivile.it, la chiara indicazione normativa ha trovato puntualmente conferma a livello applicativo.

contrattuale è avvenuta in un secondo momento, attraverso le applicazioni giurisprudenziali dell'istituto⁶².

Peraltro, la tradizionale limitazione dei *punitive damages* ai soli *torts* non è rimasta del tutto priva di eccezioni neppure là dove essa è nata e si è affermata, in seno agli ordinamenti inglese e nordamericano.

Quanto all'Inghilterra, la tematica dei *damages da breach of contract* ha subito una svolta decisiva all'inizio del nuovo millennio, a seguito del noto caso *Attorney General v. Blake*⁶³. In quell'occasione, la *House of Lords* ha infatti ammesso che la regola secondo la quale l'ammontare dei danni da inadempimento deve riflettere l'esatta dimensione delle perdite, in certe circostanze non riesce a rendere giustizia ed ha conseguentemente autorizzato il giudice ad effettuare l'*assessment* dei *damages* prendendo in considerazione elementi ulteriori, sebbene non attinenti la sfera del danneggiato⁶⁴. Pur non consentendo espressamente la liquidazione di *punitive damages da breach of contract*, quest'apertura della *House of Lords* ha contribuito a fornire

⁶² E' quanto avvenuto ad esempio nell'esperienza canadese, ove i *punitive damages*, originariamente concessi solo in ambito aquiliano, sono stati successivamente estesi ai *breaches of contract* accompagnati dalla contestuale violazione dei doveri di buona fede e di correttezza. Il *leading case* è *Whiten v. Pilot Insurance & Co.*, 1 S.C.R. 595 (Supreme Court of Canada, 2002). Secondo JOHN D. MC CAMUS, *Prometheus Bound or Loose Cannon? Punitive Damages for Pure Breach of Contract in Canada*, in 41 *San Diego L. Rev.* 1501 (2004), i fatti sottesi a questo caso erano particolarmente propizi per la concessione dei *punitive damages*: una compagnia assicurativa si rifiutava di ristorare i danni patiti dall'assicurato in conseguenza dell'incendio accidentale della sua casa; convenuta in giudizio, l'assicurazione aveva pretestuosamente sostenuto che l'incendio fosse imputabile all'attore e, a tale stregua, non coperto dalla polizza; tale comportamento scorretto finiva per provocare il completo dissesto finanziario dell'assicurato.

⁶³ Con la decisione resa in relazione al caso *Attorney General v. Blake*, 1 A.C. 268 (House of Lords, 2002), i giudici inglesi hanno condannato l'agente dei servizi segreti britannici George Blake a corrispondere al governo inglese (non già il risarcimento del danno, bensì) l'intero profitto ottenuto attraverso la pubblicazione di un libro, in cui egli aveva rivelato una serie di informazioni riservate ed apprese durante l'attività svolta; notizie, che si era contrattualmente obbligato a non divulgare. Poiché la House of Lords ha impiegato il parametro degli utili conseguiti dal trasgressore per la commisurazione dei *damages*, dottrina e giurisprudenza successiva hanno ritenuto che il rimedio concesso nel caso Blake andasse propriamente qualificato come *disgorgement damages* anziché come *exemplary damages*.

⁶⁴ In Inghilterra, la prima compiuta formulazione del principio dell'inammissibilità dei danni punitivi da inadempimento viene fatta risalire al caso *Wertheim v. Chicoutimi Pulp co.*, 1 A.C. 301 (Privy Council, 1911), in cui si afferma che attraverso la corresponsione dei *damages*, il creditore deve sempre essere posto nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato per effetto dell'esatta esecuzione della prestazione dovuta, sicché il risarcimento commisurato all'*expectation interest* rappresenta il '*ruling principle*' dei *contract damages*. Di contro, nel caso *Blake* la *House of Lords* presenta quella regola come tendenziale: cfr., infatti, la motivazione della sentenza ove si dice « *law does not adhere slavishly to the concept of compensation for financially measurable losses* ».

nuova linfa alle teorie, secondo cui i danni punitivi dovrebbero essere concessi anche a fronte dell'inadempimento contrattuale⁶⁵.

Mentre inizia a mostrare qualche problema di tenuta in Inghilterra, la tradizionale regola dell'esclusione dei *punitive damages for breach of contract* subisce addirittura deroghe esplicite nell'ordinamento nordamericano. A riprova di ciò, va anzitutto considerato che negli Usa la *punitive damages law* è variamente declinata a livello statale, sicché l'ambito di applicazione dei danni punitivi diverge da giurisdizione a giurisdizione; e se la maggior parte degli Stati continua a negare la concessione di danni punitivi a fronte di inadempimento contrattuale (sempreché, beninteso, il danneggiato non riesca a fornire la prova di un *independent tort* ovvero che l'inadempimento costituisce al tempo stesso illecito extracontrattuale), altre giurisdizioni ammettono espressamente la liquidazione di danni punitivi a fronte di inadempimenti contrattuali qualificati dalla contestuale violazione di un *fiduciary duty* o connotati da una particolare riprovevolezza della condotta del *defendant*⁶⁶.

Di queste diverse soluzioni ha tenuto conto l'*American Law Institute* nel redigere il § 355 del *Restatement (Second) of Contracts*, ove l'enunciazione del principio generale secondo cui i « *punitive damages are not recoverable for a breach of contract* » è seguita da una lunga serie di eccezioni⁶⁷.

Un'altra giustificazione del diniego di danni punitivi da inadempimento si fonda sull'osservazione secondo cui dall'illecito contrattuale derivano solitamente perdite valutabili economicamente, mentre dall'illecito extracontrattuale scaturiscono spesso pregiudizi di natura anche non patrimoniale⁶⁸. La logica – di non proprio immediata

⁶⁵ Cfr., ad esempio, D. PIERCE & R. HALSON, *Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication*, in 28 *Oxford Journal of Legal studies* 73 ss. (2007). Gli aa. dimostrano che in taluni casi l'inadempimento contrattuale non produce perdite nella sfera del debitore né profitti in quella del creditore, sicché sia i *compensatory damages* sia i *disgorgement damages* risultano inadeguati a sanzionare la lesione del diritto all'adempimento del contratto; secondo gli aa., tale obiettivo potrebbe invece essere raggiunto ammettendo la liquidazione di *vindictory damages* (i.d. *punitive damages*) *for breach of contract*.

⁶⁶ Un prospetto completo delle soluzioni che il problema del rapporto tra *punitive damages* e *breach of contract* riceve nei diversi Stati nordamericani è contenuto nel saggio di WILLIAM S. DODGE, *The case for punitive damages in contracts*, in 48 *Duke L. Journal* 644 ss. (1999)

⁶⁷ Oltre alla c.d. *independent tort exception*, il § 355 del *Restatement (Second) of Contracts* (1981) ammette la liquidazione dei *punitive damages* negli ulteriori casi di « *breach of a contract to marry, breach of a contract by a public service company, breach of a contract that is also a breach of a fiduciary duty, [...] bad faith breach of an insurance contract* ».

⁶⁸ Anche questo argomento è raccolto dal *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, 1997, 118: « *contract primarily involves pecuniary, rather than non pecuniary*

percezione – sottesa a questo argomento può essere così articolata: i) la concessione alla vittima dell'illecito di una somma di danaro aggiuntiva al risarcimento del danno, a titolo di *punitive damages*, ha la finalità di completare la riparazione di danni immateriali (c.d. *intangibile harms*), che i *compensatory damages* spesso non provvedono a ristorare adeguatamente; ii) a differenza dei *breaches of contract*, i *torts* causano regolarmente un pregiudizio non patrimoniale da risarcire; sicché, in definitiva, iii) l'utilità della liquidazione di danni punitivi risulta apprezzabile solamente in relazione all'illecito extracontrattuale.

Sebbene *prima facie* più consistente dell'argomento storico, neppure questa ricostruzione riesce a supportare l'esclusione dei *punitive damages for breach of contract*.

Innanzitutto, la sua premessa – per lo meno così come viene presentata, in maniera aporetica e sbrigativa – appare piuttosto obsoleta. E' vero che fino al diciannovesimo secolo la condanna del *tortfeasor* ai danni punitivi assolveva (tra gli altri, anche) lo scopo di riparare gli *intangibile harms* subiti dall'attore⁶⁹, in quanto la ristretta accezione di compensazione allora in voga consentiva di risarcire esclusivamente le c.d. *out-of-pocket- pecuniary losses*⁷⁰; tuttavia, a partire da un certo momento i giudici di *common law* hanno cominciato ad ammettere che i *compensatory damages* potessero riparare il danno non patrimoniale⁷¹; con il risultato che l'originaria

losses; in contrast, the torts for which exemplary damages are most commonly awarded [...] usually give rise to claims for non pecuniary losses ».

⁶⁹ E' quanto ci riferisce THOMAS B. COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, in 87 *Minn. L. Rev.* 583 (2003). *Contra* A. SEBOCK, *What did Punitive Damages do?*, in 78 *Chi-Kent L. Rev.* 180 ss. (2003) ritiene che i *punitive damages* non abbiano mai svolto alcun ruolo compensativo.

⁷⁰ Sul punto si legga NOTE, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in 70 *Harv. L. Rev.* 520 (1951). Il tema della incommensurabilità di perdite non patrimoniali dovrebbe suonare piuttosto familiare anche al giurista italiano: specialmente sotto la vigenza del codice civile del 1865, l'assenza di un'espressa previsione di risarcibilità del danno non patrimoniale ed il successo riscosso dalla *Differenztheorie* aveva condotto non di rado ad affermare l'irrisarcibilità *tout court* del danno morale (v. A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Il danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Utet, Torino, 2010, 116 s. ed, in particolare, dottrina e giurisprudenza ivi citata).

⁷¹ Testimonianza emblematica di questa vicenda storica è la polemica tra due giuristi nordamericani – Simon Greenleaf e Theodore Sedgwick – narrata da SEBOCK, *What did Punitive Damages do?* cit., 182 ss. e riportata anche dalla BENATTI, *op. cit.*, 31. Il primo riteneva che, venuta meno la loro funzione risarcitoria di perdite non patrimoniali, i *punitive damages* avessero perduto ogni ragion d'essere e che, conseguentemente, la loro pratica dovesse essere del tutto abbandonata; il secondo reputava invece che i *punitive damages* dovessero continuare ad esser liquidati e che anzi, finalmente depurati da qualsiasi valenza compensativa, essi potessero assolvere la vera ed unica funzione per cui erano nati, ovvero quella sanzionatoria. .

tinta compensativa dei *punitive damages* ha correlativamente iniziato a sbiadire. A seguito di questa svolta, la loro funzione risarcitoria di perdite non patrimoniali altrimenti irreparabili non può più ritenersi scontata. Infatti, mentre qualcuno continua ad affermare che tale finalità non è definitivamente scomparsa⁷², le voci più numerose si levano a sostenere che l'istituto è, oramai, divenuto *purely punitive*⁷³. Rinviando al prosieguo ulteriori approfondimenti di questo dialogo, ci si può limitare, per ora, a trarre dalla sua semplice esistenza la conclusione che la dimensione compensativa di perdite non patrimoniali non può rappresentare una ragione sufficiente a fondare la concessione di danni punitivi alla sola vittima dell'illecito aquiliano.

Oltretutto, quell'argomento – quand'anche dimostrato – finirebbe per provare comunque troppo. Se servissero a riparare il dolore e la sofferenza *aliunde* irrisarcibili, i *punitive damages* dovrebbero essere concessi, a rigore, ogniqualvolta vi siano *non pecuniary losses*; e ciò sia quando perdite di tal genere scaturiscano dal *tort*, sia quando esse derivino (sebbene più raramente) dal *breach of contract*. Ed invece ciò non avviene: infatti – per un verso – nell'ambito dei *tort cases* non vi è correlazione alcuna tra l'esistenza di una perdita non patrimoniale e la liquidazione di *punitive damages*⁷⁴; e – per altro verso – al creditore non vengono concessi i danni punitivi neppure quando l'inadempimento gli abbia provocato un'*injury to the claimant's feelings*⁷⁵.

Un ulteriore argomento a sostegno della limitazione dei *punitive damages* ai soli *torts* fa leva sulla larga discrezionalità di cui le corti dispongono in merito all'*an* e al *quantum* dei danni punitivi; caratteristica, che ne renderebbe sconsigliabile l'estensione ad un settore – qual è quello dei contratti – in cui particolarmente viva è l'esigenza di certezza delle relazioni giuridiche⁷⁶.

⁷² Su tutti v. G. CALABRESI, *The complexity of torts – The case of punitive damages*, in M. STUART MADDEN, *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 344

⁷³ Il corsivo è tratto dalla motivazione del caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 424 (United States Supreme Court, 2001). In dottrina, sostengono la natura esclusivamente punitiva dei *punitive damages*, *ex multis*, P. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 8th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 405; A. TETTENBORN, *The Law of Damages*, 2nd ed., Wilby QC Editor, London, 2010, 36; ELLIS, *op. cit.*, 10 s.

⁷⁴ In questo senso, ELLIS, *op. cit.*, 10 s. osserva correttamente che chi ritiene che i *punitive damages* abbiano una funzione compensativa dovrebbe poi spiegare « *why one plaintiff should receive compensation for otherwise uncompensable losses [...] and another plaintiff should not* ».

⁷⁵ TREITEL, *op. cit.*, 1000, ci riferisce infatti che la sofferenza psicologica provocata al creditore dal comportamento oltraggioso del debitore viene regolarmente riparata attraverso un incremento dei *compensatory damages*, e non attraverso la liquidazione di *punitive damages*.

⁷⁶ Cfr. sempre il *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, 1997, 118: « *the need for certainty is perceived to be greater in relation to contract than tort and*

Per quanto legittima, questa preoccupazione trascura il fatto che il problema della casualità delle liquidazioni non è meno serio nell'area degli illeciti extracontrattuali⁷⁷. In questo ambito, infatti, l'indefinitezza dei presupposti e l'imprevedibilità dell'ammontare dei danni punitivi compromette interessi altrettanto generali ed ugualmente rilevanti. Si pensi – seppur a titolo esemplificativo – alle lesioni al principio di uguaglianza provocate dal trattamento eventualmente difforme riservato agli autori di fatti illeciti analoghi; od ancora all'impatto negativo sulle attività imprenditoriali⁷⁸, che potrebbero essere disincentivate o comunque condotte all'*overkill*; od infine alle possibili distorsioni del sistema assicurativo con il conseguente incremento dei premi.

E' proprio a partire da questi timori, avvertiti in relazione ai *torts*, che hanno preso avvio tentativi volti a ridimensionare la dose di discrezionalità originariamente connaturata alla liquidazione di *punitive damages*: così – da un lato – dottrina e giurisprudenza hanno messo in discussione la legittimità e l'opportunità delle ampie funzioni tradizionalmente accordate alla giuria⁷⁹; e – da altro lato – il modello nordamericano dei danni punitivi (ovvero quello che desta maggiori preoccupazioni in virtù dei suoi eccessi) è stato sottoposto ad un processo di « costituzionalizzazione » ad opera della Corte Suprema⁸⁰. E sebbene questo cammino debba esser ancora completato⁸¹, le tappe finora raggiunte hanno comportato una graduale razionalizzazione dei presupposti e dell'ammontare dei *punitive damages*.

Un'ultima ragione giustificativa dell'esclusione dei *punitive damages* da *breach of contract* si fonda sull'inconciliabilità tra l'essenza di *state punishment* propria dei danni punitivi e la natura esclusivamente privata delle relazioni negoziali⁸².

arguably, there is therefore less scope for the sort of discretion which the courts must have in determining the availability and quantum of exemplary damages ». Secondo F. BENATTI, *Inadempimento del contratto e danni punitivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 847 tale preoccupazione empirica rappresenterebbe la ragione determinante della diffidenza verso i danni punitivi da inadempimento.

⁷⁷ Una dettagliata rassegna di queste problematiche funge da premessa al lavoro di ANTHONY J. SEBOCK, *Punitive Damages: From Myth to Theory*, in *92 Iowa L. Rev.* 962 ss. (2007)

⁷⁸ Come ha di recente ricordato N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 e 20, riprendendo un noto ragionamento di Max Weber, « la calcolabilità è un fattore costitutivo del capitalismo » e, pertanto, quest'ultimo « ha bisogno di “un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina” ».

⁷⁹ Cfr. *supra* nt. 32.

⁸⁰ Su cui v. diffusamente *infra* cap. IV § 4.

⁸¹ Almeno così la pensa la letteratura nordamericana: v. ANTHONY J. SEBOCK, *The U.S. Supreme Court's Theory of Common Law Punitive Damages: an Inauspicious Start*, in MERKEUNS e NORDIN, *op. cit.*, 138

⁸² Cfr. ancora il *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, 1997, 118: « *a contract is a private arrangement in which parties negotiate rights and duties, whereas the*

Anche quest'argomento è profondamente errato: esso, infatti, trascura le differenze che intercorrono tra sanzione criminale e *punitive damages*⁸³. Mentre la prima dipende dalla violazione di un precetto legale di natura penale, i secondi derivano dalla lesione di un *private right*. E, del tutto coerentemente, la liquidazione di danni punitivi non costituisce un'estrinsecazione della funzione punitiva statale, ma rappresenta un'espressione del c.d. *private punishment*: ne sono prova il fatto che la condanna dell'autore dell'illecito ai *punitive damages* non possa avvenire senza l'iniziativa del danneggiato⁸⁴, nonché l'ulteriore circostanza che la somma liquidata finisca solitamente nelle tasche dell'attore, anziché nelle casse dello Stato⁸⁵.

Le ragioni logico-giuridiche alla base del tradizionale rifiuto dei danni punitivi da inadempimento finiscono qui. Alla luce dell'analisi critica svolta, ci si potrebbe dunque legittimamente aspettare che il nostro discorso possa ritenersi conseguentemente concluso; oltretutto, con buona soddisfazione, visto che è stata ampiamente dimostrata la sensazione – di cui si parlava all'inizio – che gli argomenti supportanti il diniego di *punitive damages for breach of contract* stiano divenendo sempre più precari. Per contro, la matrice americana del modello oggetto di studio impone di prendere in considerazione anche le giustificazioni economiche di quel limite. La disponibilità della cultura giuridica statunitense a confrontarsi con le ragioni del benessere collettivo⁸⁶ ha fatto sì che la spiegazione elaborata dall'analisi economica del diritto abbia rappresentato la ragione più frequentemente addotta a sostegno dell'esclusione dei danni punitivi da contratto; circostanza, che ne suggerisce una trattazione separata.

duties which obtain under the law of tort are imposed by law; it can accordingly be argued that the notion of state punishment is more readily applicable to the latter than to the former ».

⁸³ Proprio questa diversa natura ha rappresentato il fulcro delle decisioni con cui la Corte Suprema ha escluso il contrasto tra la pratica dei *punitive damages* ed il divieto di pene eccessive ed inusitate, previsto dall'VIII emendamento. Il *leading case* è *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (United States Supreme Court, 1977). Ma cfr. e anche *Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Disposal Inc.*, 492 U.S. 257 (United States Supreme Court, 1989), in cui il supremo collegio federale ha riafferma che tale garanzia costituzionale riguarda soltanto il « *criminal process, and [...] direct actions by government to inflict punishment*», mentre non si applica agli «*awards of punitive damages in cases between private parties*».

⁸⁴ Cfr. SEBOCK, *Punitive Damages* cit., 1005 s.

⁸⁵ Cfr. COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem* cit., 607 s.

⁸⁶ Disponibilità che, peraltro, sembra ormai permeare anche la nostra tradizione giuridica. Piuttosto paradigmatica in tal senso è l'istituzione presso la Corte Costituzionale di un ufficio appositamente incaricato di stimare ogni eventuale ricaduta economico-finanziaria delle decisioni della Consulta.

4. – L'argomento formulato dall'analisi economica del diritto a conforto del tradizionale diniego di *punitive damages for breach of contract* si fonda sulla nota dottrina dell'inadempimento efficiente⁸⁷.

Questa teoria prende le mosse dalla constatazione secondo cui l'inadempimento del contratto può talora rivelarsi preferibile rispetto al suo adempimento in termini di efficienza, ovvero in considerazione dell'incremento del benessere economico complessivamente prodotto. Secondo i fautori di questa ricostruzione, ciò avverrebbe tutte le volte in cui il debitore debba sostenere, per l'esecuzione della prestazione promessa, un costo superiore all'ammontare del danno che sarebbe costretto a risarcire in caso di mancata esecuzione della stessa. Verificatasi questa circostanza, l'inadempimento comporterebbe una più efficiente allocazione delle risorse: infatti – da un lato – attraverso il risarcimento del danno il creditore verrebbe posto nella stessa situazione (o, come dicono gli economisti, sulla stessa curva di indifferenza), in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto; e – dall'altro – dopo aver integralmente riparato il pregiudizio causato dall'inadempimento, il debitore riuscirebbe comunque a ritenere un margine di guadagno, consistente nel risparmio del maggior costo legato all'esecuzione della prestazione. Stando così le cose, l'inadempimento dovrebbe essere visto come un bene e, in quanto tale, non dovrebbe essere scoraggiato; pertanto, i *remedies* non dovrebbero essere conformati in maniera tale da incentivare l'adempimento della promessa ad ogni costo, bensì strutturati in modo da lasciare il contraente libero di scegliere la condotta di volta in volta più

⁸⁷ Le origini della teoria dell'inadempimento efficiente vengono identificate in un passo di R. BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measure, and Economic Efficiency*, in 24 *Rutgers L. Rev.*, 284 (1970); mentre la sua compiuta formulazione viene solitamente attribuita a R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5th ed., Aspen Publishers, New York, 1998, 142. La teoria dell'*efficient breach* è alla base di alcune pronunce giurisprudenziali, in cui viene negata la liquidazione di danni punitivi da inadempimento: si vedano – sia pure a titolo meramente esemplificativo – *Stop-N-Go of Madison v. UNO-UEN Co.*, 184 F.3d 672 (United States Court of Appeal, 7th. Circuit, 1999); *Bourgeois v. Horizon Healthcare Corp.*, 872 P.2d 852 (Supreme Court of New Mexico, 1994), ed un riferimento ancor più esplicito si trova in *Walgreen Co. v. Sara Creek Property Co.*, 966 F.2d 273 (Seventh Circuit, 1992). La dottrina dell'inadempimento efficiente è poi accolta anche a livello istituzionale. Nell'*Introductory Note* to ch. 16, at 100 *Restatement(Second) of Contracts* (1981) si legge che «*the traditional goal of contract remedies is not to compel the promisor to perform, but to compensate the promisee for the loss resulting from breach. In general, therefore, a party may find it advantageous to refuse to perform a contract if he still have a net gain after he has fully compensated the injured party for the resulting loss*». Infine, la dottrina dell'inadempimento efficiente è permeata nella cultura giuridica Britannica, tant'è vero l'argomento viene riportato dal solito *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, 1997, 118 s.: «*the doctrine of efficient breach dictates that contracting parties should have available the option of breaking the contract and paying compensatory damages, if they are able to find a more remunerative use for the subject matter of the promise. To award exemplary damages would tend to discourage efficient breach*».

efficiente: la celebrata libertà di concludere un contratto – afferma con tono un po' spregiudicato un autore nordamericano – deve andare di pari passo con la libertà di non rispettarlo⁸⁸. L'unica conseguenza dell'inadempimento dovrebbe allora essere la condanna a risarcire tutte e soltanto le perdite effettivamente subite dal creditore⁸⁹. Di contro, la minaccia di prestazioni aggiuntive al risarcimento del danno introdurrebbe nel mercato incentivi talora inefficienti, inducendo ad un'*excessive performance*; dal che, si arguisce l'inopportunità di ammettere la liquidazione di *punitive damages* a fronte del *breach of contract*.

Al pari delle giustificazioni logico-giuridiche rassegnate nel paragrafo precedente, neanche questo argomento d'ispirazione economica sembra offrire un fondamento conclusivo al rifiuto dei danni punitivi da inadempimento. L'enorme successo che la ricostruzione in parola ha riscosso non può infatti valere a sanarne gli intrinseci difetti, e neppure riesce a porre rimedio alla sua palese inidoneità a supportare quella radicale esclusione.

Sotto il primo profilo, è evidente che la dottrina dell'*efficient breach* presenta vizi notevoli sul piano dei presupposti.

Anzitutto, nel tentare di predisporre incentivi efficienti, questa teoria postula l'esistenza di soggetti perfettamente razionali, in grado di calcolare in modo preciso e dettagliato le ricadute economiche della propria scelta di eseguire o di non eseguire la prestazione contrattuale; la realtà dimostra, però, che nella stragrande maggioranza dei casi ciò non si verifica.

Inoltre, la teoria dell'*efficient breach* si presta a spiegare esclusivamente vicende contrattuali piuttosto semplici, in relazione alle quali il confronto tra il costo dell'adempimento ed il prezzo dell'inadempimento è agevolato dalla circostanza che ambedue i valori sono facilmente determinabili. Invero, contratti di questo genere sono piuttosto *atypical*: nella prassi i programmi negoziali tendono a divenire sempre più

⁸⁸ Vedi E. ALLAN FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed., Aspen Publishers, New York, 2004, 729

⁸⁹ A questo proposito, sono illuminanti le parole di OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The Common Law*, American Bar Association, 1881, 301, usualmente premesse ad ogni discorso sul principio dell'*efficient breach*: « *The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses* ».

complessi, sicché la loro attuazione o inattuazione ha assai spesso implicazioni economiche molto difficili da valutare oltrechè – *a fortiori* – da prevedere⁹⁰.

Ma anche a voler ignorare simili carenze concettuali, l'inadeguatezza dell'argomento dell'*efficient breach* a fondare il diniego di *punitive damages for breach of contract* viene definitivamente svelata, ove si considerino le riflessioni che la stessa analisi economica del diritto ha parallelamente svolto allo scopo di dimostrare l'opportunità della liquidazione di danni punitivi nel contesto dei *torts*.

In via preliminare, va chiarito che – perseguendo la massimizzazione del benessere collettivo e non obbedendo ad alcun imperativo morale⁹¹ – gli esponenti dell'analisi economica del diritto non hanno esitato ad ammettere che, al pari dell'inadempimento, anche il fatto illecito possa risultare in qualche misura efficiente. Segnatamente, ciò accadrebbe quando colui che esercita un'attività potenzialmente dannosa riesca a ritenere un lucro, dopo aver integralmente ristorato i pregiudizi cagionati alla collettività; in altri termini, ogniqualevolta l'autore del fatto illecito riesce a conservare un margine di guadagno malgrado la c.d. internalizzazione delle esternalità negative (ovvero del risarcimento del danno), si registrerebbe – secondo gli economisti – un incremento di *social welfare*⁹². Ecco allora che l'esercizio di talune attività rischiose può risultare talora economicamente desiderabile ed, in quanto tale, non dev'essere

⁹⁰ Cfr. TETTENBORN, *Punitive damages for breach of contract* cit., 10 secondo cui non è molto chiaro « *how efficient breach applies to many of the contract breach cases we find in the real world: the car dealership from hell, the lawyer guilty of outrageous malpractice by subordinating the interest of one client to another, or the dishonest seller of a business who then opens up a competing outlet two doors away* ».

⁹¹ Quanto detto nel testo può essere ulteriormente chiarito attraverso le parole di G. CALABRESI, *The Costs of Accident*, Yale University Press, New Haven, 1970, 18 s.: « *Our society is not committed to preserve life at any cost. [...] What is more pertinent to the study of accident law, though perhaps equally obvious, is that lives are spent [...] when it is a matter of convenience. Ventures are undertaken that, statistically at least, are certain to cost lives. Thus we build a tunnel under Mont Blanc because it is essential to the Common Market and cuts down the traveling from Rome to Paris, thug we know that about one man per kilometro of tunnel will die. We take planes and cars rather than safer, slower means of travel* ». Parallelamente, da noi si vedano gli studi di analisi economica del diritto condotti da P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, *passim*.

⁹² Come osserva G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Cedam, Padova, 2005, 185, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto la valutazione della desiderabilità sociale di una determinate situazione « viene effettuata in base all'aggregazione delle utilità di ciascun individuo ». E questo postulato di *Law & Economics* rinviene una puntuale conferma nel seguente passaggio tratto da A. MITCHELL POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, in 111 *Harvard L. Rev.* 910 (1998): « *because the goal of corporations is to make a profit, rather to cause harm to others, their gains presumably do count in social welfare* ». Si consideri, infine, che – anche a prescindere da questa precisazione – il benessere collettivo derivante dall'attività economica rischiosa è talora autoevidente: così è, ad esempio, nel caso in cui l'imprenditore decida di trasferire il costo delle *negative externalities* sui prodotti distribuiti al pubblico e, nonostante ciò, i consumatori continuano ad acquistarli, accettando di pagare quel *surplus* e dimostrando in tal modo di ritenere particolarmente elevato il beneficio derivante dal prodotto.

disincentivato. A tale stregua, il vero obiettivo della *law of torts* non sarebbe quello di scoraggiare qualsiasi iniziativa potenzialmente dannosa, bensì quello di fornire i corretti incentivi: non già la deterrenza *tout court*, ma solamente il suo livello ottimale. Secondo gli studi di analisi economica, questo risultato può essere raggiunto, costringendo l'autore dell'illecito a risarcire solamente i danni che la sua condotta ha effettivamente provocato: nulla meno e – soprattutto, per quel che qui interessa – nulla più⁹³. Di fronte alla prospettiva di dover pagare i *compensatory damages*, infatti, il potenziale danneggiante tenderà ad intraprendere un'attività pericolosa se e soltanto se il beneficio da quella atteso superi il costo dei danni che presumibilmente potrebbero derivarne⁹⁴; di contro, la minaccia della condanna ai *punitive damages* rischierebbe di disincentivare anche le iniziative economicamente utili⁹⁵.

E' piuttosto agevole notare una certa assonanza tra queste argomentazioni, svolte in riferimento all'illecito extracontrattuale, ed il ragionamento in cui si articola la dottrina dell'*efficient breach*. Ma, soprattutto, identiche sono le rispettive conclusioni: la misura più opportuna dei *damages* è in ogni caso quella che riflette esattamente la dimensione delle perdite cagionate dall'illecito, sia esso di natura contrattuale od extracontrattuale.

Tuttavia, in relazione ai *torts*, gli esponenti dell'analisi economica del diritto hanno compiuto riflessioni ulteriori, in fondo alle quali sono giunti ad ammettere che la condanna ai *punitive damages* possa risultare in taluni casi opportuna e desiderabile.

Anzitutto, la teoria economica del diritto ha posto la propria attenzione sul fatto che non sempre l'autore di un fatto illecito viene effettivamente costretto a risarcire il danno provocato dalla sua condotta (c.d. *escape liability*). Ciò può dipendere da diverse ragioni: talora la vittima dell'illecito sceglie di non esercitare l'azione risarcitoria, complice – ad esempio – l'esiguità del pregiudizio sofferto; talaltra il danneggiato non agisce in giudizio a causa dell'impossibilità di identificare il responsabile della violazione; altre volte ancora l'attore non riesce a fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità. Ecco allora che facendo affidamento sulle

⁹³ Erra Cass., sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, disponibile su www.leggiditalia.it quando afferma che « secondo gli approdi dell'analisi economica del diritto, l'obiettivo di *optimal deterrence* è raggiunto solo se la misura del risarcimento superi il profitto sperato ».

⁹⁴ Così POLINSKY e SHAVELL, *op. cit.*, 882

⁹⁵ Tale preoccupazione diviene particolarmente allarmante quando l'effetto di *overdeterrence* si riverbera su imprese economiche che siano anche socialmente utili quali, ad esempio, l'industria farmaceutica o l'impresa di trasporti: cfr. PETER W. HUBER, *Liability: the Legal Revolution and its Consequences*, Basic Books Editor, New York, 1990, 9 ss.

molteplici possibilità di sfuggire alla condanna risarcitoria, taluno potrebbe intraprendere attività economicamente rischiose, sebbene i pregiudizi ad esse potenzialmente correlati superino (talora anche di gran lunga) i benefici che potrebbero derivarne; e, dunque, nonostante la loro complessiva sconvenienza. Proprio in chiave di efficienza economica, la minaccia dei *punitive damages* diviene dunque utile per porre rimedio a simili situazioni di *underdeterrence*⁹⁶. Precisamente – secondo alcune voci dell’analisi economica – la soglia ottimale di deterrenza potrebbe esser adeguatamente ripristinata, condannando l’autore dell’illecito a versare una somma pari al valore del danno effettivo per il reciproco della probabilità di essere ritenuto responsabile; così che, in definitiva, questi risulti aver pagato mediamente per il pregiudizio effettivamente causato dalla sua attività⁹⁷.

Gli esponenti dell’analisi economica del diritto hanno ulteriormente osservato che la deterrenza di iniziative pericolose può risultare inferiore al livello ottimale anche quando colui che si appresta a svolgere un’attività eccessivamente dannosa abbia sì la ragionevole certezza di incorrere in una condanna risarcitoria, ma conservi al contempo la fondata speranza che i *compensatory damages* vengano liquidati in misura inferiore alle perdite provocate (c.d. *undercompensation*); ciò che potrebbe dipendere, ad esempio, da una difficoltà di prova o di quantificazione del pregiudizio. Anche di fronte a questa eventualità, la teoria economica del diritto ammette che la comminatoria di una somma aggiuntiva al risarcimento a titolo di *punitive damages* potrebbe risultare

⁹⁶ In tal senso si pronunciano molti esponenti di AEL: *inter alios*, L. VISSCHER, *The Law and Economics of Punitive Damages*, in MERKEUNS e NORDIN, *op. cit.*, 483; POLINSKY e SHAVELL, *op. cit.*, 887 ss.; GARY T. SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages*, in 56 *Southern Cal. L. Rev.* 138 (1982)

⁹⁷ La paternità di questa formula viene ascritta a J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Utilitarians*, Clarendon Press, Oxford, 1789, 173. Tale insegnamento viene poi pedissequamente ripreso da POLINSKY e SHAVELL, *op. cit.*, 874 s. per spiegare come dovrebbe essere calcolato l’esatto ammontare dei *punitive damages*: « *when an injurer has a chance of escaping liability, the proper level of total damages to impose on him, if he is found liable, is the harm caused multiplied by the reciprocal of the probability of being found liable. Thus, for example, if the harm is \$ 100,000 and there is a twenty-five percent chance that the injurer will be found liable for the harm for which he is legally responsible, the harm should be multiplied by 1/25 or 4, so total damages should be \$ 400,000. Because the injurer will pay this amount every fourth time he generates harm, his average payment will be \$100,000 [...]. Thus [...] appropriate deterrence will result* ». Il criterio proposto dagli economisti fa capolino anche in qualche pronuncia giurisprudenziale: cfr, ad esempio, *Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*, 347 F.3d 672 (Seventh Circuit, 2003)

opportuna al fine di riportare al corretto livello gli incentivi ad intraprendere iniziative rischiose⁹⁸.

Da ultimo e sempre in prospettiva di massimizzazione del benessere economico collettivo, si è osservato che la minaccia di una condanna ulteriore ai danni compensativi potrebbe stimolare il potenziale danneggiante a negoziare con il potenziale danneggiato per acquistare il suo consenso alla lesione ed evitare così gli elevatissimi costi correlati all'instaurazione di un giudizio. Va da sé che siffatte transazioni volontarie possono avvenire solo a condizione che la vittima e l'autore dell'illecito eventuale si conoscano già prima ed indipendentemente da quello, e sempre che si verta in tema di diritti disponibili; ma, una volta fatta questa precisazione ed entro questi limiti, il monito dei danni punitivi produrrebbe un risultato senz'altro efficiente, in quanto consentirebbe un risparmio della spesa collettiva⁹⁹.

Se – da una parte – il giurista continentale, poco avvezzo a gestire incentivi ed interessi superindividuali, non può attendibilmente pronunciarsi sulla validità di considerazioni di natura eminentemente economica – dall'altra – egli può dire la sua a proposito della coerenza logica complessiva di un apparato argomentativo; e sotto questo secondo profilo, il contributo offerto dall'analisi economica del diritto al problema della definizione dell'ambito applicativo dei *punitive damages* appare piuttosto insoddisfacente.

In particolare, gli economisti non si sono avveduti che le medesime motivazioni addotte per propugnare la liquidazione di danni punitivi in conseguenza di *torts* avrebbero potuto essere ribadite anche in relazione al *breach of contract*; e che ciò avrebbe dovuto condurre al ridimensionamento della teoria dell'inadempimento efficiente, nonché al conseguente abbandono del suo corollario rappresentato dal netto rifiuto di *punitive damages for breach of contract*.

⁹⁸ Per tale via, viene sottolineata l'esistenza di una dimensione compensativa dei *punitive damages*: v. CALABRESI, *The complexity of torts* cit., 344 e, prima ancora, da G. CALABRESI e A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability Rules: One View of the Cathedral*, in 85 *Yale L. Rev.* 1126 (1972), nt. 71. Sempre in chiave economica, quel proposito è stato recentemente ripreso da L. VISSCHER, *op. cit.*, 486

⁹⁹ Cfr. in tal senso L. VISSCHER, *op. cit.* 490; e POLINSKY e SHAVELL, *op. cit.*, 946 s., che riportano l'esempio del *copyright*.

A testimonianza di ciò, si consideri anzitutto che nell'ambito delle conseguenze dell'illecito contrattuale non sono del tutto azzerati il rischio della *escape liability*¹⁰⁰ e quello della *undercompensation*¹⁰¹; sicchè, anche in questo settore, il debitore potrebbe confidare nell'eventualità di non dovere risarcire o di dovere risarcire meno e, conseguentemente, decidere di non eseguire la prestazione promessa (non solo quando l'inadempimento risulta efficiente, ma) anche nei casi in cui il profitto ottenibile attraverso l'inadempimento non supera il pregiudizio che potrebbe derivarne in capo al creditore. Inadempimenti di questo genere non incrementano affatto il benessere economico collettivo e, per giunta, finiscono col consumarlo. Ciò è di tutta evidenza, quando il valore delle perdite sia addirittura più elevato dell'ammontare del guadagno illecitamente conseguito dal debitore. Ma – a ben vedere – la violazione contrattuale risulta inefficiente anche qualora danni e benefici si equivalgano: pur limitandosi a redistribuire ricchezza da un contraente all'altro, simili inadempimenti inducono infatti le potenziali vittime a sprecare risorse per cautelarsi contro il rischio dell'inesecuzione della prestazione. Alla luce di ciò e proprio ragionando in prospettiva di efficienza economica, si dovrebbe riconoscere che inadempimenti di tal genere vanno disincentivati. E poiché anche in questo caso il risarcimento del danno sembra non bastare, la dissuasione dell'inadempimento inefficiente (al pari della deterrenza di attività economicamente sconvenienti) dovrebbe essere perseguita attraverso il rafforzamento dell'apparato rimediale con la minaccia di *punitive damages*.

Parimenti estensibile al settore contrattuale, sembra essere anche l'altro argomento addotto dall'analisi economica del diritto a sostegno della liquidazione di *punitive damages* in dipendenza di *torts*. Anzi – a dire il vero – la promozione di transazioni volontarie non è solo altrettanto auspicabile nell'ambito delle relazioni negoziali, bensì decisamente più praticabile posto che le parti di un contratto, per definizione, si conoscono e gestiscono diritti disponibili. Pertanto, in quest'ambito, lo spauracchio

¹⁰⁰ O. BAR-GIL & O. BEN-SHAHAR, *An Information of Willful breach*, in 107 *Mich. L. Rev.* 1492 (2009) osservano che spesso l'inadempimento scovato è « *the 'tip of the iceberg' and are linked to additional undetected infractions* ». Recentemente, da noi, M. MAGGIOLLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 92 ss. denuncia il rischio di *escape liability* connesso alle c.d. micro violazioni e, a sostegno, riporta una serie di esempi, tutti in materia di inadempimento contrattuale: il distributore di carburante che somministra all'automobilista una quantità di carburante marginalmente inferiore a quanto pagato; il debitore che opera continui e lievi ritardi di pagamento al fine di lucrare qualche giorno di valuta sulla somma; la banca che addossa al cliente costi minimi non addebitati.

¹⁰¹ Sull'esistenza di un pericolo di *undercompensation* nel settore contrattuale v. *amplius* A. SCHWARTZ, *The Case for Specific Performance*, in 89 *Yale L. Journal* 274 (1979)

della condanna ai danni punitivi in caso di inadempimento potrebbe ancor più realisticamente stimolare il debitore a negoziare con il creditore il prezzo della propria liberazione ed, infine, evitare gli esorbitanti costi del processo¹⁰².

Concludendo, non resta che prendere atto che i ragionamenti degli esponenti di analisi economica intorno all'ammissibilità dei *punitive damages*, peccano di rigore logico¹⁰³. L'argomento dell'*efficient breach* – già di per sé debole¹⁰⁴ – non fornisce una giustificazione definitiva alla preclusione di danni punitivi da inadempimento, specie se raffrontato con le più ampie riflessioni svolte nell'ambito dei *torts*; ragione per cui si può ritenere rimossa anche l'ultima barriera ad una trattazione unitaria dei *punitive damages in tort cases* e dei *punitive damages for breach of contract*.

5. – « Diritto e linguaggio » – ha avvertito Paolo Grossi in una recente prolusione – « svelano una fondazione comune, la quale consiste, nell'uno e nell'altro, in una funzione ordinante del caos sociale: il primo, consentendo l'armonizzazione della mia libertà con quella dell'altro, degli altri e, quindi, consolidando una pacifica convivenza fra i cittadini; il secondo, operando una efficiente comunicazione fra i membri di una comunità, corroborando, quindi, la coesione fra di essi e contribuendo non poco a marcare la loro identità ». È da questo comune ruolo ordinante – conclude Grossi – che trae origine la legittimazione del giurista a farsi anche linguista¹⁰⁵. E detta legittimazione – si può aggiungere in questa sede – si tramuta in doverosità, ogniqualvolta il giurista intenda realizzare un'operazione di riordino di una tematica giuridica entropica e, per di più, vertente su una categoria di diritto straniero.

¹⁰² L'opportunità dei *punitive damages for breach of contract* in funzione di una riduzione complessiva dei *litigation costs* è sostenuta e diffusamente argomentata da DODGE, *op. cit.*, 666 ss.

¹⁰³ La scientificità della teoria economica del diritto sembra non convincere neppure M. DELLACASA, *Adempimento e risoluzione nei contratti di scambio*, Giappichelli, Torino, 2013, 477 che ritiene del tutto « singolare [...] che l'adozione di un metodo "scientifico" come quello dell'analisi economica abbia condotto a conclusioni così variegate ».

¹⁰⁴ La debolezza dipende dal fatto che la dottrina dell'inadempimento efficiente si fonda su considerazioni essenzialmente economiche e non giuridiche. La letteratura di *common law* sembra sempre meno disposta a sacrificare i principi di diritto positivo in nome delle ragioni del benessere collettivo: a questo proposito emblematica la posizione di D. FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy*, in 18 *J. Leg. St.* 1 ss. (1989), secondo cui la teoria dell'*efficient breach* andrebbe del tutto abbandonata, proprio in quanto non trova alcun riscontro sul piano normativo.

¹⁰⁵ Il passaggio è tratto da P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1 ss. Il contributo riporta le parole dette dallo storico del diritto in occasione del suo insediamento in seno all'Accademia della Crusca, parole che – come ammette lo stesso Grossi – sono volte a legittimare la presenza di un giurista all'interno di un consesso di linguisti.

In particolare, nel caso che ci occupa, la matrice anglosassone dell'istituto rende necessario rintracciare un equivalente in lingua italiana dell'espressione straniera impiegata per indicarlo. Occorre, cioè, individuare l'esatta traduzione del sintagma *punitive damages*.

Peraltro, va detto che il problema della traduzione del lemma *punitive damages* è stato fino ad oggi fortemente sottovalutato.

Come avverte un autorevole giurista, la traduzione di espressioni linguistiche straniere che esprimono concetti giuridici rappresenta una delle sfide più impegnative della comparazione¹⁰⁶; motivo per cui ad essa dev'essere dedicato il giusto sforzo quando ci si confronta con un modello appartenente ad una cultura giuridica differente dalla propria.

Eppure, la maggior parte di coloro che prima d'ora si sono avvicinati all'istituto dei *punitive damages* hanno – spontaneamente e senza darsi pena alcuna – ravvisato nella locuzione italiana 'danni punitivi' un valido corrispettivo dell'espressione anglosassone. Secondo le tassonomie elaborate dalla traduttologia, questa operazione realizza una trasposizione *verbum pro verbo* dell'inglese *punitive damages*, in quanto si limita a rendere il sostantivo *damages* con l'italiano 'danni' e l'aggettivo *punitive* con l'italiano 'punitivi'.

La traduzione del qualificativo inglese *punitive* con l'italiano 'punitivo' non crea particolari problemi: entrambi sembrano infatti adeguati ad esprimere il medesimo significato, consistente nella vocazione sanzionatoria dell'oggetto a cui l'aggettivo è di volta in volta accostato. Al contrario, decisamente più delicata è la traduzione del sostantivo *damages*.

Verosimilmente, la trasposizione meccanica del sintagma anglosassone *punitive damages* in quello italiano 'danni punitivi' è stata reputata soddisfacente, poiché ritenuta in grado di realizzare la piena corrispondenza dell'espressione da tradurre e dell'espressione impiegata nella traduzione al comune concetto di 'risarcimento punitivo'.

Quest'impressione potrebbe sembrare *prima facie* piuttosto ragionevole. Infatti – da una parte – basta consultare un qualsiasi dizionario di lingua inglese per accorgersi che la parola *damages* non è il plurale di *damage* e, pertanto, non indica i pregiudizi, bensì

¹⁰⁶ SACCO, *op. cit.* 28

assume il solo ed autonomo significato di somma di danaro dovuta per compensare le perdite a taluno cagionate (i.e. risarcimento)¹⁰⁷. E – da altra parte – è sufficiente riflettere sul fatto che l'italiano danni non è solamente il plurale di danno, ma talora riveste anche il significato di risarcimento¹⁰⁸. Quando si dice ad esempio che “Tizio è tenuto a pagare i danni” si attua un trasferimento semantico tra l'espressione letterale – danni – e l'espressione traslata – obbligazione risarcitoria – facendo leva su di una relazione di contiguità logico-giuridica tra la prima e la seconda; si utilizza, cioè, una metonimia.

Se a prima vista pare confermare l'idea di coloro che ritengono coincidenti le locuzioni *punitive damages* e danni punitivi, proprio la constatazione dell'uso di questa figura retorica nel lessico giuridico italiano consente invece di svelare le difficoltà insite nella traduzione di espressioni giuridiche straniere. Come ben esemplificato dall'uso italiano della parola ‘danni’, la lingua del diritto non sempre rispetta la conformazione ideale per cui ad ogni vocabolo corrisponde un solo concetto e ad ogni concetto un solo vocabolo; ed anzi, accade non di rado che nel discorso giuridico ad un significante vengano abbinati più significati attraverso l'impiego di figure retoriche¹⁰⁹. Ciò complica non poco il compito del traduttore di espressioni giuridiche, conseguentemente costretto a fare i conti con tutte le eventuali variazioni del rapporto tra parola e concetto esistenti nella lingua del diritto.

A tale stregua, per quanto riguarda il nostro problema di traduzione del lemma *punitive damages*, non ci si può semplicemente appagare di aver trovato un'espressione (danni punitivi) che sembra assicurare la corrispondenza al comune significato di ‘risarcimento punitivo’; ma occorre verificare se nel linguaggio dei formanti del diritto il significato della parola *damages* sia sempre e soltanto quello, riportato da un comune dizionario, di somma dovuta a titolo di riparazione del danno.

¹⁰⁷ Nell'*American Heritage Dictionary of English Language* il termine *damage* è definito come « *impairment of the usefulness or value of person or property* », mentre il termine *damages* è definite come « *money ordered to be paid as compensation for injury or loss* ». Una distinzione del tutto simile si rinvia nell'inglese *Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary* che definisce il *damage* alla stregua di una « *loss or injury to a person or property* » ed i *damages* alla stregua di « *money claimed by, or ordered to be paid to, a person as compensation for loss or injury* ».

¹⁰⁸ L'ambivalenza della parola danno è colta anche da P. G. MONATERI, *Manuale della Responsabilità civile*, Utet, Torino, 2001, 224 s.

¹⁰⁹ Così SACCO, *op. cit.*, 33. L'a. ravvisa però un'eccezione nella lingua pandettistica tedesca del XIX secolo che « aveva creato un insieme di concetti abbondanti analitici e ben coordinati, vicini all'ideale per cui ad un concetto corrisponde un solo vocabolo e ad ogni vocabolo corrisponde un solo concetto ».

Così facendo, ci si accorge rapidamente che in seno ai discorsi del giurista anglosassone la relazione biunivoca tra la parola *damages* ed il concetto di risarcimento è tutt'altro che indissolubile¹¹⁰.

Se, da un lato, il significato ordinario del sostantivo *damages* non sembra creare alcun problema quando esso è accostato all'aggettivo *compensatory* il quale, anzi, conferma che ciò di cui si sta parlando è il risarcimento del danno¹¹¹; da altro lato, la presenza di qualificativi diversi da quello, suggerisce talora che la parola *damages* corrisponda in realtà al più ampio concetto di *monetary award for wrong*¹¹².

A testimonianza di ciò, è addirittura paradigmatica la categoria dei *nominal damages*. Questo rimedio si sostanzia nella condanna dell'autore di un illecito a versare alla vittima una somma di denaro simbolica, all'esclusivo fine di stabilire l'esistenza del diritto violato e di accertarne la violazione; e ciò avviene del tutto indipendentemente dalla dimostrazione di un danno patito, che – si badi – non viene neppure presunto¹¹³.

¹¹⁰ M. TILBURY, *Reconstructing Damages*, in 27 *Melb. Un. L. Rev.* 698 (2003) osserva dapprima che « *in ordinary language, damages are commonly associated with 'compensation'. And compensation, understood broadly as 'recompense for loss' [...] is no doubt what the person on Bondi beach usually regards as the appropriate response to an event that has caused injury* »; ma aggiunge che « *in practice* » l'espressione *damages* indica altresì « *the preferred remedy of claimants* ». Ancor più radicale la posizione di TETTENBORN, *The Law of Damages* cit., 3, secondo cui sarebbe addirittura vano ogni tentativo di individuare il significato della parola *damages*.

¹¹¹ La liquidazione dei *compensatory damages* è informata a quello che A. I. OGUS, *The Law of Damages*, Butterworth & Co. Ltd, London, 1973, 17 s. chiama *fundamental principle of compensation*. Tale criterio viene così descritto da Lord Blackburn nella motivazione del caso *Livingstone v. Rawyards Coal Co.*, 5 App. Cas 25, 39 (House of Lords, 1880): il risarcimento è « *that sum of money which will put the party who has been injured, or was suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation* ».

¹¹² In taluni casi la parola *damages* significa dunque rimedio monetario: cfr. in tal senso l'attenta traduzione in lingua italiana di F. DE FRANCHIS, voce *Damages*, in *Dizionario giuridico Inglese-Italiano*, Giuffrè, Milano, 1984, 610. Nella letteratura anglosassone vi è addirittura chi propugna un definitivo abbandono della parola *damages* ad evitare indebite sovrapposizioni con il concetto di risarcimento: in tal senso J. EDELMAN, *The Meaning of "Damages" at Common Law and in Equity*, in A. ROBERTSON, *The Law of Obligations: Connections and Boundaries*, Routledge Cavendish Ltd., London, 2004, 31; A. BURROWS, *Fusing Common Law and Equity: Remedies, Restitution and Reform*, Sweet & Maxwell, Asia, 2002, 3 ss.; P. BIRKS, *Equity in Modern Law: an Exercise in Taxonomy*, in 26 *University of Western Australia L. Rev.* 27 ss. (1996).

¹¹³ Il rimedio dei *nominal damages* esiste sia in Inghilterra che negli Usa, ed è accordato sia alla vittima dell'inadempimento contrattuale sia a quella dell'illecito aquiliano. TETTENBORN, *The Law of Damages* cit., 23 racconta che essi sono stati ritenuti risarcibili a partire dal XVIII secolo sulla base dell'*infringement* ed a prescindere dalla prova di un danno; sicché la concessione dei *nominal damages* ha la funzione di enfatizzare il diritto violato, al pari del *declaratory judgement*. In senso simile TREITEL, *op. cit.*, 988 riferisce che i « *damages are available as of right* » e nel caso in cui non vi sia stata alcuna perdita possono essere concessi i *nominal damages* che consistono in una « *trivial sum of money awarded to a litigant who has not established that he is entitled to compensatory damages* »; conseguentemente, secondo l'a., l'effetto di questo *award* sarebbe semplicemente quello di stabilire l'esistenza del diritto e la responsabilità. Nella letteratura giuridica nordamericana, v. FARNSWORTH, *op. cit.*, 757 secondo cui ogni vittima di un inadempimento ha diritto ai *damages*, quantomeno nella forma dei *nominal damages*;

Un simile regime dell'istituto mostra chiaramente che nell'espressione *nominal damages*, il sostantivo *damages* non ha nulla a che vedere con il risarcimento del danno. Il fatto che, cionondimeno, si parli di *nominal damages* – anziché, ad esempio, di *nominal sum* – non dipende da una scelta arbitraria, bensì dal solito impiego di figure retoriche nel linguaggio giuridico. Nella locuzione *nominal damages* viene utilizzata una sineddoche¹¹⁴, sicché la menzione della fattispecie più ampia – il *monetary award for wrong* – viene sostituita dalla menzione del suo fatto più caratteristico – i *damages* in senso stretto¹¹⁵.

Alla luce di queste osservazioni, ben si comprende che chi intende tradurre il sintagma *punitive damages* non può arrestare i propri sforzi, non appena rinviene l'espressione italianizzata danni punitivi, e neppure può dare per scontato che queste due locuzioni rimandino ad un concetto comune di 'risarcimento punitivo'. Per contro, il traduttore deve necessariamente verificare se e quale impatto semantico abbia il qualificativo *punitive* sul sostantivo *damages*. E per compiere questa valutazione, egli deve volgere lo sguardo alla tradizione giuridica angloamericana ed appurare se nella locuzione *punitive damages* la parola *damages* venga impiegata nel suo significato ordinario di risarcimento del danno, oppure in quello traslato di *monetary award for wrong*. Come dimostra l'esempio sopra riportato dei *nominal damages*, una simile indagine ha implicazioni giuridiche e, dunque, dev'essere compiuta monitorando l'esperienza applicativa dell'istituto all'interno degli ordinamenti che lo conoscono ed ammettono¹¹⁶.

Come si è già detto (sia pure ad altri fini), l'esistenza di una dimensione risarcitoria dei *punitive damages* è tutt'altro che pacifica all'interno della cultura giuridica

attraverso questo rimedio colui che non ha subito alcuna perdita può ottenere una *nominal sum* – solitamente un dollaro o anche meno – fissata senza avere alcun riguardo alle perdite.

¹¹⁴ Secondo SACCO, *op. cit.*, 33 s. l'utilizzo della sineddoche nelle lingue giuridiche rappresenta una delle maggiori difficoltà per chi intenda tradurle.

¹¹⁵ Al pari della metonimia, la sineddoche realizza un trasferimento semantico da un'espressione ad un'altra; ma mentre la prima lo fa sfruttando una contiguità logica, la seconda lo fa sulla base di una relazione di maggiore o minore estensione.

¹¹⁶ A supporto di questo *modus operandi*, giova ricordare quello che SACCO, *op. cit.*, 32 osserva a proposito della traduzione di concetti giuridici: « la norma giuridica preesiste alla formula linguistica con cui noi la descriviamo », sicché « il discorso giuridico ha un referente (si riferisce, cioè, ad un dato che lo precede) »; pertanto il giurista traduttore deve sforzarsi di andare al di là del significato ordinario dell'espressione da tradurre, deve cercare la norma. Sebbene parte della nostra dottrina si sia già accorta dell'ambivalenza del termine *damages* (cfr., in particolare, BUSNELLI, *op. cit.*, in PATTI e BUSNELLI, *op. cit.*, 247 rileva una « crittistica anfibologia del termine [...] *damages*: il quale vale a designare al tempo stesso i pregiudizi e i *remedies* »), un simile sforzo non è ancora stato seriamente compiuto.

angloamericana. L'approfondimento di questo tema è pregiudiziale all'accertamento del significato che la parola *damages* assume all'interno del sintagma *punitive damages*, oltretutto conseguentemente alla traduzione di quest'ultimo.

Pregiudiziale, però, non vuol dire conclusivo. Infatti, anche laddove fosse dimostrata l'esistenza di una tinta compensativa dell'istituto, il traduttore non potrebbe ritenersi immediatamente autorizzato ad utilizzare nella traduzione la parola 'risarcimento'. La trasposizione in lingua italiana di un'espressione giuridica straniera consta infatti di due passaggi: dapprima, bisogna ricercare il significato della frase da tradurre; e poi, occorre individuare nell'ambito del linguaggio giuridico italiano la frase più adatta per esprimere quel significato¹¹⁷. Ergo, il traduttore deve – in primo luogo – accertare l'esistenza di un momento riparatorio all'interno dei *punitive damages*, ed – in secondo luogo – valutare se tanto basti a legittimare l'impiego del termine giuridico italiano 'risarcimento'. Al pari della prima, anche questa seconda operazione ha natura giuridica; ma a differenza di quella, deve essere svolta avendo riguardo all'ordinamento italiano.

A questa stregua, risulta che, per poter impiegare l'espressione danni punitivi quale sinonimo di 'risarcimento punitivo', dovrebbero ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni: i) che nel lemma *punitive damages* la parola *damages* assuma il significato di somma dovuta a titolo di riparazione del danno e ii) che questa coloritura compensativa sia sufficientemente intensa da consentire l'uso del termine tecnico italiano 'risarcimento'. Per converso, laddove mancasse anche uno soltanto di questi due presupposti, di 'risarcimento punitivo' non sarebbe corretto parlare. E, conseguentemente, il traduttore dovrebbe sforzarsi di rinvenire all'interno del linguaggio giuridico italiano espressioni in grado di esprimere la dimensione nient'affatto o non propriamente compensativa dell'istituto.

Così, ad esempio, nel caso in cui faccia difetto la prima delle due condizioni summenzionate e l'istituto risulti dunque *purely punitive*, il lemma *punitive damages* potrebbe essere reso in lingua italiana attraverso la locuzione 'pena privata'¹¹⁸, sì da omettere qualsiasi cenno al risarcimento del danno. Nell'ipotesi in cui invece manchi

¹¹⁷ Questa scansione metodologica è suggerita dal solito SACCO, *op. cit.*, 32.

¹¹⁸ Sebbene sconosciuta al lessico legislativo italiano, la categoria della 'pena privata' è piuttosto invalsa nella nostra letteratura: cfr. su tutti la raccolta di scritti contenuta in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985. Designa i *punitive damages* come pena privata giudiziale D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 390

soltanto la seconda condizione ed i *punitive damages* risultino solo in parte (ma non sufficientemente) compensativi, si potrebbe degradare la menzione del risarcimento da sostantivo ad aggettivo impiegando l'espressione 'pena risarcitoria'¹¹⁹, decisamente più idonea a comunicare l'idea di una mera coloritura riparatoria.

Avviandoci alla conclusione, va osservato che la traduzione della locuzione *punitive damages* è un compito che non spetta esclusivamente all'interprete; o, meglio, spetta all'interprete nei soli casi (come quello italiano) in cui il legislatore non l'abbia già espressamente affrontato e risolto d'autorità. Infatti, quando i *punitive damages* sono stati oggetto di recezione legislativa esplicita da parte di ordinamenti non anglofoni, il momento dell'imitazione ha rappresentato l'occasione per creare un'espressione adeguata a tradurre la locuzione straniera; con risultati, peraltro, non propriamente identici. Così, ad esempio, mentre il legislatore del Québec ha optato per la traduzione parola per parola *dommages punitifs*¹²⁰, quello argentino ha invece preferito evitare qualsiasi allusione ai *damages* parlando di *multa civil*¹²¹.

Lungi dal rappresentare un mero orpello comparatistico, la menzione di queste vicende di recezione-traduzione costituisce l'ennesima conferma di ciò che si è fin qui tentato di dimostrare; e cioè che la traduzione di *punitive damages* non può darsi per scontata.

6. – L'obiettivo di queste considerazioni preliminari è quello di gettare le fondamenta di una successiva opera di concettualizzazione e sistematizzazione della complessa questione dei danni punitivi.

¹¹⁹ Anche questa locuzione appartiene alla nostra tradizione giuridica: essa è stata impiegata per indicare la *poena pecuniaria* prevista dalla *lex aquilia* per il danneggiamento o la distruzione di una res altrui. Tale *monstrum* concettuale (come la definisce B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 64) discende dalla natura essenzialmente penale dell'*actio legis Aquiliae* (evidenziato dai caratteri della nossalità, dell'intrasmissibilità ereditaria, della solidarietà passiva e del concorso con altre azioni) e dalla contestuale presenza di una sfumatura risarcitoria dovuta all'ancoraggio della *condemnatio* al parametro del danno (c.d. *quanti ea res est*). Istituisce un parallelismo tra *punitive damages* e pena risarcitoria di diritto romano D. CORVI, *Punitive damages*, in *Contratto e impr.*, 2014, 860 s.

¹²⁰ Cfr. l'art. 1621 del *code civil* del Québec: « *Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers* ».

¹²¹ Vedi *supra* nt. 24.

Così, in principio, si sono tracciate le linee lungo le quali deve procedere la ricerca civilistica su questa materia; in un secondo momento, si è dimostrata l'opportunità che il referente di questi studi comprenda sia i danni punitivi da fatto illecito, sia i danni punitivi da inadempimento; e da ultimo, si sono evidenziate le difficoltà di carattere linguistico ineluttabilmente connesse allo studio di un istituto di matrice straniera. Giunti a questo punto e prima di intraprendere il percorso preannunciato mediante la ricerca di tracce di emersione di danni punitivi nell'ordinamento italiano, resta ancora da delineare l'ambito del diritto privato entro cui tale indagine dovrà essere condotta.

A questo precipuo riguardo, si può cominciare col raccogliere le indicazioni emergenti dalle pronunce giurisprudenziali sul tema del riconoscimento di sentenze comminatorie di *punitive damages*. Scelta motivata dal fatto che – come si diceva più in alto – quelle decisioni rappresentano la prima occasione in cui il modello straniero in parola, inizialmente indagato soltanto in prospettiva comparatistica, è venuto ufficialmente a contatto con l'ordinamento italiano.

La prima pronuncia di legittimità sul tema del riconoscimento dei *punitive damages* risale al gennaio del 2007¹²² e costituisce l'esito di un giudizio di delibazione regolato dagli artt. 796 ss. c.p.c.; ossia, dalla normativa di diritto processuale civile internazionale, che disciplinava il riconoscimento delle sentenze straniere prima dell'entrata in vigore della l. n. 218 del 31 maggio 1995.

Prendendo le mosse dall'identificazione dei *punitive damages* con una sorta di miscela di risarcimento e punizione, la terza sezione argomenta che una simile commistione si pone in irriducibile contrasto con la disciplina positiva della responsabilità civile, « a cui l'idea della punizione e della sanzione resta estranea, così come è indifferente la condotta del danneggiante »; infatti – soggiunge il collegio – al risarcimento del danno « 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 [nocumento] arrecato»¹²³.

¹²² Si tratta di Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.

¹²³ È interessante notare che questo passaggio della sentenza riprende esattamente le parole di S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XIII, Torino, 2004, 353. Circostanza che dimostra come i giudici di legittimità abbiano pensato, almeno per un momento nel corso delle loro riflessioni, di accostare i danni punitivi al tematica delle pene private, pur non facendone poi parola nella stesura della pronuncia.

È sulla scorta di tale stringata motivazione che la Cassazione conclude che la sentenza straniera comminatoria di danni punitivi « contiene una disposizione contraria all'ordine pubblico » e perciò – a mente dell'art. 797, n. 7, c.p.c. – non può essere deliberata. Conseguentemente, neppure può essere eseguita: con ovvia soddisfazione dell'azienda vicentina produttrice di caschi, condannata da una Corte dell'Alabama a pagare la somma di un milione di dollari in favore dell'erede universale di un ragazzo deceduto, a seguito di una caduta dalla sua motocicletta, per avere perduto il copricapo protettivo, complice un vizio di fabbricazione della sua fibbia di chiusura.

Qualche anno più tardi, una fattispecie sostanzialmente analoga a quella appena ricordata viene sottoposta alla prima sezione della Corte di Cassazione¹²⁴. Avendo subito un grave infortunio a causa del difetto di costruzione di un macchinario industriale prodotto da una società torinese, un lavoratore statunitense si rivolgeva alla Corte Suprema del Massachusetts, ottenendo una condanna complessivamente pari ad otto milioni di dollari a carico del produttore, e giungeva quindi in Italia domandandone l'*exequatur*. Diversa, in questo secondo caso, è la normativa applicabile: i giudici di legittimità sono infatti chiamati a valutare la riconoscibilità della sentenza nordamericana ai fini dell'esecuzione forzata¹²⁵, previo accertamento della sussistenza dei requisiti stabiliti dall'art. 64 della l. 218/1995 entrata in vigore prima della data in cui il giudizio viene instaurato. Ma, nonostante ciò, il risultato non muta e la decisione della Cassazione, pubblicata nel febbraio del 2012, è nuovamente favorevole all'impresa italiana: la richiesta di *exequatur* non può essere accolta – alla luce degli artt. 64 lett. g) e 67, comma 1 della l. 218/1995 – in quanto dal riconoscimento di una condanna ai *punitive damages* deriverebbero « effetti contrari all'ordine pubblico ».

¹²⁴ Si tratta del caso affrontato e deciso da Cass., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609, con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*; e in *Corr. giur.*, 2012, 1068, con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*

¹²⁵ La l. 218/1995 ha segnato il passaggio dal regime del riconoscimento necessario (c.d. di delibazione) al regime del riconoscimento automatico degli effetti di giudicato del provvedimento straniero; cosicché, all'accertamento dei requisiti previsti dall'art. 64 della l. 218/1995, si deve procedere ora in via meramente eventuale nell'ipotesi in cui vi sia contestazione. Diversamente, per quanto riguarda gli effetti esecutivi del provvedimento straniero, l'art. 67 della l. 218/1995 subordina tuttora il riconoscimento al previo e necessario accertamento dei requisiti di cui all'art. 64 nel corso di un procedimento c.d. di *exequatur* (spiegazione tratta da G. CARELLA e R. DI CHIO, *Riconoscimento di sentenze straniere*, in *Trattato di diritto internazionale privato e comunitario*, a cura di F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Crotone, t. II, Torino, 2010, 1259). È in questo secondo contesto normativo che si collocano le pronunce di cui si dirà d'ora in avanti nel testo.

Nella parte motiva della sentenza il danno punitivo è, ancora una volta, assimilato ad « un risarcimento [...] con caratteristiche e finalità punitive »; ed, in quanto tale, viene ritenuto in conflitto con il modello risarcitorio italiano, a cui « rimane estranea [...] l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed indifferente [...] la valutazione a tal fine della sua condotta » ed in cui il risarcimento deve essere strettamente correlato soltanto « alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale ». Nella motivazione della pronuncia, il riferimento al principio di integrale riparazione del danno è ulteriormente rinforzato attraverso la menzione del più classico dei suoi corollari, ovvero della regola secondo cui il fatto illecito non deve mai trasformarsi in un'occasione di indebita locupletazione per la vittima; ciò che, invece, accade puntualmente nel caso dei *punitive damages*, il cui pagamento rappresenta per il danneggiato un vero e proprio *windfall*¹²⁶.

Confrontando questa seconda decisione con quella del 2007, s'intravede un maggiore sforzo argomentativo: sforzo che rinviene una spiegazione plausibile nella vocazione universalistica sottesa alla l. 218/1995 (come testé detto, applicabile al caso di specie *ratione temporis*). D'altronde, in vista di una maggiore apertura dell'ordinamento italiano a valori giuridici propri di altre Nazioni, l'art. 64 lett. g) della l. 218/1995 ha circoscritto il perimetro del controllo che il giudice può effettuare per valutare la compatibilità della sentenza straniera, stabilendo che questi debba considerare (non più le disposizioni in essa contenute, come prevedeva il testo dell'abrogato art. 797 n. 7 c.p.c., ma) solamente gli effetti, ovvero le conseguenze concrete che il suo riconoscimento determinerebbe nel foro. E, dalla configurazione della clausola di ordine pubblico quale barriera eccezionale al riconoscimento degli effetti della sentenza straniera, discende, logicamente, che il filtro all'ingresso di prodotti giudiziari esteri non debba risultare troppo serrato e, verosimilmente, che ogni eventuale chiusura debba essere supportata da un'argomentazione adeguata.

Ma, al di là di un (lieve) divario quantitativo, le motivazioni delle due pronunce di legittimità appaiono qualitativamente identiche. Entrambe muovono da una nozione classica e tuttora condivisa di ordine pubblico, che comprende non solo « l'insieme di

¹²⁶ Secondo il *Merriam Webster's Learner's Dictionary* il sostantivo '*windfall*' significa « *something (as a tree or fruit) blown down by the wind* » o anche « *an unexpected, unearned, or sudden gain or advantage* »; nel lessico giuridico americano questa parola è usata proprio con riferimento ai *punitive damages* ad indicare che il loro pagamento si risolve in un guadagno inatteso per il *plaintiff*.

principi desumibili dalla Carta Costituzionale », ma anche alcuni « principi di carattere settoriale [...] non necessariamente desumibili dalla Costituzione che connotano in maniera irrinunciabile un settore specifico del nostro ordinamento »¹²⁷; e, ritenuti tali il canone di integrale riparazione del danno e la funzione compensativa della responsabilità civile, ambedue le sentenze appuntano su di essi il rifiuto dei danni punitivi.

La terza ed ultima pronuncia della Corte di cassazione sul problema della riconoscibilità dei *punitive damages* risale al maggio del 2016¹²⁸. Anche questa decisione trae origine da una vicenda di *product liability*; ed ha (curiosamente, per la seconda volta) come protagonista un'impresa italiana responsabile di aver fabbricato un casco difettoso rivenduto negli Stati Uniti; la quale, per evitare di pagare, a titolo di danni punitivi, una somma di circa due milioni di dollari, invoca naturalmente il limite dell'ordine pubblico previsto all'art. 64 lett. g) l. 218/1995.

Questa volta, però, la prima sezione della S.C. pronuncia un'inattesa ordinanza interlocutoria in cui si afferma che il « tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi » rappresenta una « questione di massima di particolare importanza » e che, in quanto tale (cioè, anche a prescindere dall'esistenza di un contrasto) rende « opportuno un intervento delle sezioni unite » (arg. *ex art.* 374, comma 2, c.p.c.).

Nel motivare la decisione presa, la sezione semplice tenta dichiaratamente di stimolare un *overruling* giurisprudenziale: « la [...] attuale vigenza nell'ordinamento » del « principio della non delibabilità, per contrasto con l'ordine pubblico, della sentenza straniera che riconosca danni punitivi » – si legge nel testo dell'ordinanza – « suscita [...] perplessità ». Perplessità, che il relatore della pronuncia argomenta, riferendo di una progressiva « evoluzione del concetto di ordine pubblico », che – a suo dire – imporrebbe di rilevare i principi fondamentali dell'ordinamento soltanto all'interno della Carta Costituzionale ed impedirebbe di individuarli invece tra le regole, discrezionalmente dettate dal legislatore ordinario, « con riferimento a materie ed istituti

¹²⁷ Così Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592, disponibile su www.leggiditalia.it. Nello stesso senso v. anche le più recenti Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Giur. it.*, 2016, 562, con nota di A. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, e di A. DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile*; e Cass., sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380, disponibile su www.leggiditalia.it.

¹²⁸ Si tratta di Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corr. giur.*, 2016, 912, con nota di C. SCOGNAMIGLIO; e in *Danno e resp.*, 2016, 827, con nota di P. G. MONATERI e G. PONZANELLI.

giuridici la cui regolamentazione non sia data direttamente dalla Costituzione»; ciò che dovrebbe comportare il « libero ingresso [di] prodotti giudiziari stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione »¹²⁹.

Nell'architettura motivazionale dell'ordinanza, questa ricostruzione formalistica e inusuale della nozione di ordine pubblico costituisce la premessa di un ragionamento che può essere riassunto nei seguenti termini: i danni punitivi sono « statuizioni risarcitorie [...] con funzione sanzionatoria » e, in tal guisa, si pongono su un piano di diversità rispetto alla regola dell'integrale riparazione del danno ed all'esclusiva finalità riparatoria del modello risarcitorio; tuttavia, « la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensatori, [non assurge] al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento »¹³⁰; pertanto – secondo la premessa fatta in punto di ordine pubblico – detta funzione non può impedire il riconoscimento della sentenza straniera di condanna ai *punitive damages*.

Venendo ora al dispositivo dell'ordinanza, occorre segnalare come le esigenze legate al diritto processuale civile internazionale appaiano, di per sé sole, insufficienti a rivelare il fondamento della scelta di considerare il problema dei danni punitivi come « questione di massima di particolare importanza » e di rimetterlo, in quanto tale, all'esame delle sezioni unite.

A conferma di quest'impressione, basta porre a confronto – da un lato – l'indicazione, proveniente dalla letteratura processualistica, secondo cui le questioni di diritto prospettate dall'impugnazione assumono « particolare importanza » quando la loro soluzione appare potenzialmente idonea a trovare applicazione in « una casistica aperta »¹³¹, e – dall'altro lato – il numero piuttosto esiguo degli episodi, in cui i giudici italiani

¹²⁹ L'ordinanza cita testualmente G. CAMPEIS e A. DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, Padova, Cedam, 1991, 405. Ma si tratta di un'opinione del tutto isolata nel panorama della letteratura internazionalprivatistica. *Contra v. ex multis* F. MOSCONI e C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte Generale e obbligazioni*, 6^a ed., Utet, Torino, 2015, 272; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 43; G. BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1117.

¹³⁰ Sul punto v. G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006. Da ultimo, l'irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno è stata confermata da Corte Cost. 6 ottobre 2014, n. 235, disponibile su www.cortecostituzionale.it.

¹³¹ Così B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2006, I, 222.

sono stati chiamati a pronunciarsi sulla specifica questione della riconoscibilità di sentenze straniere recanti una condanna ai *punitive damages*¹³².

E, in effetti, per riuscire a comprendere l'affermata « *particolare importanza* » dei danni punitivi, occorre aver presente che mentre alcuni giudici hanno dovuto misurarne la compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano al fine di rispondere alle domande di *exequatur*, altra parte della giurisprudenza ed alcuni esponenti della letteratura civilistica hanno cominciato – come già si diceva – a compiere spontaneo riferimento al modello giuridico angloamericano, nel prendere parte al dibattito, di rilievo prettamente interno, incentrato sulle funzioni del risarcimento del danno.

Come è noto, il sistema della responsabilità civile è, da sempre, teatro di molte battaglie tra coloro che desiderano investire lo statuto risarcitorio del “religioso” compito di punire l'autore di fatti particolarmente riprovevoli e coloro che, per converso, tentano di preservarne la « secolarizzazione »¹³³, ribadendone l'esclusiva funzione di compensare il pregiudizio patito dalla vittima dell'illecito.

La più recente di queste battaglie si svolge sul terreno del *quantum damni* e non pare prossima a concludersi¹³⁴.

¹³²Di pubblicati se ne possono contare cinque.

Il primo caso si è concluso con Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183 cit.

Il secondo caso si è concluso con App. Trento, sez. dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 92, con nota di G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*.

Il terzo caso si è concluso con App. Napoli 4 gennaio 2010, in *www.leggiditalia.it*.

Il quarto caso si è concluso con Cass., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, p. 609, con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*; e in *Corr. giur.*, 2012, p. 1068, con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*

Il quinto caso si è concluso con Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978 cit.

¹³³L'immagine della « secolarizzazione » della responsabilità civile è di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2006, 283 e 325.

¹³⁴Occorre aver cura di distinguere il dibattito intorno alle funzioni della responsabilità aquiliana dal dibattito incentrato sulle funzioni del risarcimento del danno (l'opportunità di differenziare è segnalata da M. MAGGIOLO, *op. cit.*, 96 e M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Giuffrè, Milano, 2010, 702 n. 12; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996, 59 ss.). Il primo dibattito ha segnato il passaggio tra l'epoca liberale, in cui la disciplina positiva della responsabilità civile veniva vista alla stregua di un eccezionale limite alla libertà capitalista e l'obbligo di riparare il danno era avvertito come sanzione dell'illecito (v. G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Cedam, Padova, 1966, 391; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale dell'illecito civile*, t. 1, 2^a ed. Giuffrè, Milano, 1966, 10 ss., F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Ius*, 1976, 41 ss.), all'età del pluralismo e dello Stato sociale, in cui l'attenzione viene spostata dalla punizione del danneggiante alla solidarietà nei confronti del danneggiato e la funzione precipua della responsabilità civile diviene la compensazione delle perdite (v. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*). I principali corollari empirici di questa eterogenesi dei fini sono stati, in un primo momento, la rilettura della clausola

Nel momento in cui si tratta di liquidare l'ammontare della prestazione risarcitoria, certa giurisprudenza si mostra irresistibilmente attratta dall'impiego di parametri (quali la gravità della condotta, l'intensità del dolo, la rilevanza dell'interesse leso, il profitto ottenuto dal responsabile, *etc.*), che finiscono per far assumere al risarcimento del danno un'indole punitiva¹³⁵. Concordando sull'opportunità di simili modulazioni giudiziali del *quantum debeatur*, parte della dottrina si è messa alla ricerca di un possibile sostegno dogmatico. E, non riuscendo a rinvenirne alcuno realmente decisivo all'interno del diritto positivo italiano, alcuni autori hanno fatto talora ricorso – come si diceva – all'argomento comparatistico dei *punitive damages*.

Per contrasto, altra componente della letteratura e della giurisprudenza – ossia quella intenta a salvaguardare la versione “secolarizzata” della responsabilità civile – ha fatto invece leva sull'inesistenza *de iure condito* della categoria dei danni punitivi nel nostro

d'ingiustizia con il conseguente ampliamento tipologico degli illeciti e, in un secondo momento, il potenziamento delle fattispecie di responsabilità oggettiva. Esaurita questa prima vertenza, si è aperto un'ulteriore diatriba: quella che ha come protagonista le funzioni del risarcimento del danno e che vede, ancora una volta, contrapporsi i fautori della punizione ai conservatori della compensazione. Così, su un versante, si afferma che l'impossibilità di misurare in denaro tutti i pregiudizi – e, principalmente, quelli non patrimoniali – aprirebbe logicamente uno spiraglio all'insinuarsi di sfumature sanzionatorie nella trama del risarcimento (C. SALVI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 517) e si sottolinea l'opportunità di investire lo statuto risarcitorio di compiti repressivi, argomentando sulla base dell'esigenza di rinforzare valori ritenuti preminenti, personalistici o sovraindividuali, che non sembrano trovare nella logica della integrale riparazione sufficiente soddisfazione. Sull'altro versante, si ammonisce che l'innesto del danno non patrimoniale all'interno della responsabilità civile impone all'interprete di considerarlo « *come se* esso fosse traducibile per equivalente in una somma di danaro negli stessi termini del danno patrimoniale » (così C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 341; e, similmente, molto tempo prima G. DEL VECCHIO, *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padova, 1950, 340); oppure ci si sforza di immaginare modi possibili per monetizzare ogni tipo di danno [ad esempio, GALLO, *op. ult. cit.*, 94, ravvisa un ipotetico punto di riferimento per la patrimonializzazione del danno non patrimoniale nelle c.d. indennità di rischio, vale a dire le somme di danaro che varie categorie di individui (sovente, lavoratori) sono disposti ad accettare per correre determinati rischi, riflettendo così il valore mediamente attribuito alla vita umana in un determinato contesto storico; C. Cost. 30 dicembre 1987, n. 641, in www.cortecostituzionale.it, suggerisce di attribuire un prezzo al bene ambiente, facendo ricorso a parametri quali, per esempio, il costo delle forze di polizia necessarie a vigilare sulla salvaguardia del bene]; e si rileva che « la tecnica del risarcimento del danno, per essere affidata ad una clausola generale, trova ragione nella sua funzione strettamente riparatoria e quindi nella sua capacità di autocontrollarsi; lo statuto risarcitorio si spiega nel momento in cui la tecnica resta quel che è: tesa a gravare il danneggiante delle perdite subite dall'offeso, e non a sanzionare civilmente l'offesa, legittimando rimedi il cui vaglio di ragionevolezza rischia di rivelarsi sovente difficoltoso, se si abbandona il riferimento alla perdita » (così A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e diritto privato europeo: le scelte dei principi acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 589). Sul piano empirico, la portata di questo più recente dissenso si coglie nelle modalità di commisurazione del *quantum damni*.

¹³⁵ Per tutte, si può segnalare la recente Cass. 22 gennaio 2015, n. 1126, in *Danno e resp.*, 2015, 511, con nota di G. PONZANELLI, secondo cui la diffusione della notizia relativa all'omosessualità di una persona, avvenuta per iniziativa di un ufficio della P.A., costituisce condotta di particolare gravità che deve riflettersi sulla misura del risarcimento concesso alla vittima.

ordinamento, al fine di riaffermare che la consistenza della prestazione risarcitoria deve necessariamente eguagliare la dimensione del danno cagionato dall'illecito¹³⁶.

Alla luce di questo scenario, si può ora intuire che una decisione delle sezioni unite in senso favorevole oppure contrario al riconoscimento dei *punitive damages* potrebbe rappresentare un argomento utile a supporto della funzione anche punitiva o, all'opposto, meramente compensativa dello statuto risarcitorio. E si può, altresì, immaginare che il consolidamento della fazione guelfa o di quella ghibellina della responsabilità civile potrebbe avere poi notevoli riflessi sulle liquidazioni giudiziali del *quantum damni*.

Di queste potenziali ricadute applicative nel settore risarcitorio, sembra aver piena coscienza la prima sezione della S.C. ordinanza interlocutoria nel momento in cui attribuisce « particolare importanza » alla questione della riconoscibilità dei danni punitivi e, prima di lasciare la parola alle sezioni unite, formula un' « ultima notazione », volta a sottolineare come « il confine tra compensazione e sanzione » tenda a sbiadire « quando l'illecito incide sui beni della persona », rendendo opportune « scelte giudiziali equitative, che non [rispecchino] esattamente la lesione patita dal danneggiato ».

In via conclusiva, si può compendiare quanto emerso dall'esame delle pronunzie giurisprudenziali e delle posizioni dottrinali, constatando che la questione della conciliabilità tra la categoria dei *punitive damages* ed l'ordinamento italiano viene sempre ricondotta alla tematica della responsabilità civile per danni; salvo, poi, ricevere una risposta negativa od affermativa, a seconda del rilievo che, nelle opinioni di ciascuno, viene assegnato alla funzione (solo) compensativa del modello risarcitorio.

¹³⁶ In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Corr. giur.*, 1203, con nota di F. D. BUSNELLI, nell'ambito dell'argomentazione tesa ad escludere la risarcibilità *iure hereditatis* del danno da morte, dapprima, descrive un processo di progressiva « obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza » dalla disciplina della responsabilità civile che ha condotto all' « affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria » di quest'ultima; e, successivamente, pone a suggello di questo argomento la constatazione dell'inammissibilità di « danni punitivi » nell'ordinamento italiano. Per ulteriori affermazioni aventi ad oggetto l'inesistenza *de iure condito* di danni punitivi nel diritto italiano v. anche Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Giur. it.*, 2014, 1, 40 con nota di B. TASSONE; in *Foro it.*, 2013, 1, 3121; in *Danno e resp.*, 2014, 123 con nota di SANTORO; in *Corr. Giur.*, 2014, 489, con nota di BONA, SCOGNAMIGLIO e BOCCAGNA; Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864, in www.leggiditalia.it; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2270, in www.leggiditalia.it e Cass. 14 giugno 2005, n. 12721, in www.leggiditalia.it.

7. – Se ci limita ad osservare il modo in cui la questione dei danni punitivi viene usualmente impostata nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, si potrebbe esser indotti a pensare che non sia possibile affrontare questo tema, evitando di prendere posizione anche all'interno del dibattito vertente sulle funzioni del risarcimento del danno. E, anzi, qualcuno potrebbe perfino immaginare che il nostro studio debba logicamente muovere da un ripensamento della funzione (solo) riparatoria del modello risarcitorio, onde potere, poi, procedere liberamente alla ricerca di tracce di emersione di danni punitivi all'interno di quest'ultimo.

Per parte nostra, crediamo invece che l'accostamento dei danni punitivi all'ordinamento italiano possa avvenire senza mettere a repentaglio l'essenza meramente compensativa del sistema della responsabilità civile e che, al contrario, da una riflessione sui danni punitivi possano essere tratti, semmai, argomenti in difesa della "secolarizzazione" di quest'ultima.

Per procedere alla dimostrazione di questo assunto, volgiamo ora l'attenzione agli ordinamenti che ammettono la liquidazione di *punitive damages* e tentiamo di rintracciare, al loro interno, le informazioni necessarie a svelare la natura giuridica dell'istituto in parola.

Così, possiamo cominciare col formulare una definizione lessicale di danni punitivi, ossia, col registrare l'uso linguistico che di questo sintagma viene fatto in seno alla cultura giuridica angloamericana¹³⁷.

A questo proposito, occorre aver presente che ogni definizione è necessariamente composta da una coppia di elementi: i) il *definiendum*, ovvero il termine intorno al quale ci si interroga; ed ii) il *definiens*, ossia la risposta al predetto interrogativo.

Iniziando dall'individuazione del termine da definire, ci si imbatte nella difficoltà di orientarsi all'interno della babele di locuzioni impiegate per indicare i danni punitivi. Nato in Inghilterra con il nome di *exemplary damages*, il modello giuridico in parola è stato trapiantato negli Stati Uniti con l'appellativo di *punitive damages*, per poi esser imitato da molti altri ordinamenti, che gli hanno via via attribuito denominazioni assai

¹³⁷ Per ulteriori approfondimenti sulla distinzione tra definizione lessicale e stipulativa si rinvia a R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1998, 4 ss.; L. LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in BELVEDERE, JORI e LANTELLA, *op. cit.*, 22 ss.; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977, 63 ss.; ROBINSON, *op. cit.*, 35 ss.; U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano, 1955, 64 s.

variegate¹³⁸. Inoltre, sulla scelta della locuzione più idonea a designare l'istituto si sono concentrate anche riflessioni puramente dottrinali, che hanno contribuito ad aumentare il livello già elevato di disordine: così, vi sono giuristi inglesi che prediligono l'espressione nordamericana¹³⁹, giuristi nordamericani che preferiscono l'espressione inglese¹⁴⁰, ed infine giuristi inglesi e nordamericani che propongono ulteriori denominazioni. Non volendo entrare nel vivo del dibattito¹⁴¹ ed intendendo comunque aggirare l'ostacolo, ci sembra di poter affermare che la locuzione *punitive damages* sia, tra le tante, quella più adeguata a far comprendere ciò di cui si sta parlando; se non altro, in virtù dell'enorme fama raggiunta dal modello statunitense dei danni punitivi.

Una volta fissato il soggetto della proposizione definitoria, possiamo quindi procedere alla ricerca del suo predicato.

Quantunque consti di un'operazione eminentemente empirica, il definire lessicale richiede uno sforzo di selezione e di astrazione¹⁴². In primo luogo, è necessario scegliere il contesto in cui l'uso linguistico del sintagma *punitive damages* dev'essere registrato; in secondo luogo, poiché ciascun uso linguistico risulta raramente del tutto omogeneo al suo interno, occorre individuare un'espressione che sia capace di cogliere e sintetizzare quante più sfumature possibili.

Il primo passaggio non implica particolari difficoltà. In quanto il *definiendum* è rappresentato da un termine giuridico, la proposizione che ne descrive il significato va ricercata in un contesto parimenti giuridico; e, dunque, occorre registrare l'uso che i diversi formanti del diritto fanno dell'espressione *punitive damages*. Quanto al secondo obiettivo, ci sembra che la definizione di *punitive damages* come “*damages awarded for the purposes of punishing and deterring*” colga nel segno¹⁴³.

¹³⁸ Talora viene ricalcato il nome dell'archetipo anglosassone, mantenendo il sostantivo *damages* e mutando solamente l'aggettivo: cfr. – a titolo meramente esemplificativo – locuzioni come *penal damages*, *punitive damages*, *vindictive damages*, *indicative damages*, *retributive damages*, *corrective damages*. Altre volte, come detto nel paragrafo precedente, viene creata un'espressione radicalmente nuova: come nel caso della *multa civil* argentina.

¹³⁹ Cfr. TETTENBORN, *The Law of damages* cit., 38 e *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, 1997, 104

¹⁴⁰ Cfr. POLINSKY e SHAVELL, *op. cit.*, 890

¹⁴¹ A sostegno di questa scelta, che potrebbe apparire sbrigativa, si consideri chi da noi si è occupato di danni punitivi ha reputato che quelle espressioni siano tra loro sostanzialmente equivalenti: così CORVI, *op. cit.*, 859, e nel corso della sua opera anche la Benatti.

¹⁴² Come ben evidenziato da SCARPELLI, *op. cit.*, 65

¹⁴³ A conforto dell'opportunità della scelta effettuata, si riportano di seguito alcune tra le definizioni di *punitive damages* rinvenibili nella cultura giuridica angloamericana. A livello istituzionale, il § 908 dell'americano *Restatement of Torts, Second* (1979), definisce i *punitive damages* come « *damages, other*

Già ad una prima lettura, il giurista di formazione *civilian* avrà certamente notato una peculiarità all'interno di questa formula definitoria: l'istituto non viene descritto mediante l'enunciazione degli elementi che compongono la sua essenza, bensì attraverso l'indicazione degli scopi che gli sono assegnati.

L'impiego di concetti-funzione in luogo di concetti-sostanza rappresenta, infatti, uno dei profili che caratterizzano maggiormente l'organizzazione concettuale della cultura giuridica anglosassone; particolarità che costituisce, a sua volta, il portato della logica remediale che ha tradizionalmente informato i modelli di *common law* differenziandoli da quelli di *civil law*¹⁴⁴.

Nei sistemi di diritto codificato il momento della postulazione del diritto soggettivo precede quello della sua tutela giurisdizionale (secondo il noto brocardo *ubi ius, ibi*

than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him of his outrageous conduct and to deter him from similar conduct in the future»; mentre l'inglese *Law commission Report* n. 247, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, 1997, 53 definisce gli *exemplary damages* come « *damages which are intended to punish the defendant* ». In giurisprudenza i *punitive damages* sono solitamente descritti solo attraverso la loro funzione, dando per scontato il genere cui appartengono: così nel caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 424 (United States Supreme Court, 2001), si dice che i *punitive damages* sono « *aimed at deterrence and retribution* »; nel caso *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (United States Supreme Court, 1996) si afferma che i « *punitive damages may properly be imposed to further a State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition* »; nel caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (United States Supreme Court, 1991) si sostiene che i « *punitive damages are imposed for purposes of retribution and deterrence* ». In dottrina cfr. J. STEELE, *Tort Law. Text cases and materials*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, 544 s. ove si legge che gli *exemplary damages* « *are not intended to compensate the claimant [...] They punish, or express strong disapproval of the defendant's wrongdoing or invasion of the claimant's rights [...]. They have a role in vindicating the strength of the law. This, anyway, is the classic understanding of exemplary damages* »; D. CAMPBELL, in D. HARRIS, D. CAMPBELL e R. HALSON, *Remedies in Contract & in Tort*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 579 che dei *punitive damages* dice « *such damages are an award that goes beyond the amount necessary to compensate C for his loss in the normal way and therefore effectively punishes D for serious misconduct* »; V. E. SCHWARTZ, K. KELLY, D. F. PARTLETT, in D. PROSSER, K. WADE e V. E. SCHWARTZ, *Torts. Cases and Materials*, 10th ed., Foundation Press, New York, 2000, 248 descrivono i *punitive damages* come « *an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm suffered, that are awarded for the purpose of punishing the defendant, of admonishing the defendant not to do it again, and of deterring others from following defendant's example* »; POLINSKY e SHAVELL, *op. cit.*, 890 parlano invece « *multiple of harm or equivalently, a multiple of compensatory damages [...] needed for deterrence purposes [...] when injurers may escape liability* ».

¹⁴⁴ Il sostantivo italiano 'rimedio' – sempre più ricorrente nel nostro linguaggio giuridico – è infatti un termine di importazione. Esso traduce l'inglese '*remedies*', che deriva a sua volta dal latino *remedium* che significa cura, medicina. Le definizioni di *remedies* rinvenibili nella letteratura anglosassone sono numerose e diverse, ma spesso si tratta di semplici sfumature. Così, a titolo puramente esemplificativo, P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, in 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 9 (2000) afferma che la parola *remedy*, nella sua accezione tradizionale indica una « *cure for something nasty ed afferma che the only precondition to the use of the word is a state of affairs which needs making better* »; M. TILBURY, M. NOONE e B. KERCHER, *Remedies. Commentary and Materials*, 2nd ed., The Law Book Company Ltd, 1993, 1 descrive il *remedy* come « *persons' responses to some situation or predicament in which they find themselves and from which they desire to extricate themselves* »; e F. H. LAWSON, *Remedies of English Law*, Butterworths, London, 1980 definisce il *remedy* come una *cure for wrong*, uno strumento volto a riparare la violazione di un precetto;

remedium). Tale priorità logica fa sì che l'esistenza e la consistenza del diritto si rifletta sul contenuto dell'azione, che è sempre e soltanto volta al suo ripristino, per equivalente ovvero in natura. Sul piano dell'argomentazione, la logica dei diritti comporta che la descrizione del trattamento giuridico sia solitamente preceduta da quella della fattispecie.

Al contrario, negli ordinamenti di formazione giurisprudenziale, la creazione dello strumento rimediale precede la nascita del diritto sostantivo (secondo il diverso brocardo *ubi remedium, ibi ius*). In linea di principio, appare allora piuttosto ovvio che il rimedio non debba sempre ripetere la sola essenza del diritto violato, ma possa essere liberamente conformato in funzione del perseguimento di scopi ulteriori. Del pari, la concettualizzazione del rimedio può prescindere completamente dalla descrizione del diritto e delle condizioni della sua violazione¹⁴⁵.

Malgrado che – secondo ad un'opinione diffusa – la contrapposizione tra la dogmatica dei diritti e la pragmatica dei rimedi non appaia così idonea a spiegare la diversità tra sistemi di *civil law* ed ordinamenti di *common law*¹⁴⁶, quella dicotomia resta senz'altro utile a cogliere talune peculiarità della cultura giuridica anglosassone e, tra queste, i *punitive damages*. La tradizionale inversione logica nella formazione della regola di diritto aiuta infatti a comprendere come mai in quei sistemi sia ritenuto comunemente ammissibile che l'attivazione del rimedio possa divenire lo strumento per l'esercizio di una discrezionalità giudiziale volta a perseguire finalità di punizione e di deterrenza. La lesione del diritto – ragione unica dell'insorgere della responsabilità – degrada dunque a semplice occasione per la riaffermazione di valori ulteriori; e ciò, in

¹⁴⁵ Le interferenze tra logica dei diritti e logica dei rimedi, da un lato, e schemi dell'argomentazione giuridica e fisionomia delle tutele, dall'altro è oggetto delle approfondite riflessioni di G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 159 ss. e, prima ancora, di G. P. FLETCHER, *The Right and the Reasonable*, in 98 *Harvard L. Rev.* 948 ss. (1985)

¹⁴⁶ Da una parte, va considerata l'opinione di chi ritiene che quella tassonomia non abbia mai avuto una gran portata operativa. Così U. MATTEI, *I rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, Utet, Torino, 2001, 109, « la questione della priorità logica del diritto rispetto al rimedio o viceversa non ha alcun senso ed equivale alla domanda se venga prima l'uovo o la gallina ». Da altra parte, vi è l'originaria distanza tra i sistemi di *civil law* e gli ordinamenti di *common law* stia mano a mano diminuendo. Così, da un lato, la tradizione giuridica continentale sembra avvicinarsi alla logica rimediale: a tal proposito, cfr. le recenti preoccupazioni di N. IRTI, *op. cit.*, 11 ss., e ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 42 ss., E, da altro lato, la cultura giuridica anglosassone appare sempre più propensa a alla dogmatica dei diritti: cfr. la posizione radicale assunta da BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies cit.*, 19 ss. che propugna un radicale abbandono della categoria del rimedio, come profilassi contro l'eccessiva discrezionalità dei giudici; e quella un po' più moderata di DARRYN M. JENSEN, *The Rights and Wrongs of Discretionary Remedialism*, in *Singapore Journal of Legal Studies* 178 ss. (2003).

definitiva, spiega perchè questi e non quella riempiano di contenuto la definizione di *punitive damages*.

Procedendo all'esame della definizione lessicale sopra riportata, si può osservare che, in essa, il concetto di *punitive damages* viene descritto individuando, dapprima, la classe più ampia a cui esso appartiene – i *damages* – ed indicando, poi, il tratto differenziale che consente di distinguere il definito dagli altri membri compresi nella medesima classe – la finalità di punizione e di deterrenza. Si tratta, cioè, di una definizione intensionale per *genus et differentiam*.

Come rettamente evidenziato in dottrina, questa tecnica definitoria è in grado di rivelare il significato del *definiendum* solo a condizione che il termine che indica il *genus* risulti sufficientemente noto¹⁴⁷.

Ecco, allora, che la presenza della parola *damages* nella definizione prescelta comporta, qui, difficoltà analoghe a quelle di cui si è parlato a proposito della traduzione del sintagma *punitive damages*, rappresentando, questa volta, un ingombrante scoglio sulla via della piena comprensione della natura giuridica dell'istituto. E l'esigenza di superare questo ostacolo impedisce di rinviare ulteriormente l'indagine tesa ad accertare se esista una dimensione compensativa all'interno dei *punitive damages* e se detta dimensione basti a far parlare di risarcimento (punitivo).

Al fine di sciogliere questi nodi, corre quindi la necessità di concentrare lo sguardo sull'esperienza applicativa dell'istituto all'interno degli ordinamenti che lo conoscono ed ammettono.

Così facendo, si vede che in un certo novero di casi accade che, a seguito della realizzazione di un comportamento connotato da un profilo di particolare riprovevolezza, un giudice (od una giuria) condanni l'autore a corrispondere alla vittima una determinata somma di denaro, con l'intento di punirlo e di rivolgere a lui ed alla collettività un messaggio teso ad evitare che fatti simili abbiano a ripetersi in futuro. In ragione di questa vocazione finalistica, tale prestazione pecuniaria viene liquidata a titolo di *punitive damages*, in aggiunta alla condanna al risarcimento del danno (*compensatory damages*), oppure – sebbene più di rado – accanto alla pronuncia di

¹⁴⁷ In tal senso BELVEDERE, *Il problema delle definizioni* cit., 92.

mero accertamento dell'illecito (*nominal damages*)¹⁴⁸. Ma, in ogni caso, separatamente da queste ultime, di modo che essa sia ben visibile e, pertanto, risulti – secondo la dizione tuttora impiegata in Inghilterra per indicare l'istituto – *exemplary*. Ciò che, per contro, non potrebbe avvenire, laddove quella prestazione pecuniaria fosse inserita, surrettiziamente, tra le maglie dei *compensatory damages*.

Ecco allora che, in quanto funzionalmente e strutturalmente congegnati per reprimere e dissuadere il compimento di alcuni atti illeciti, i *punitive damages* prescindono dall'esistenza di un pregiudizio, non vengono irrogati a titolo di riparazione del danno e non si confondono con esso¹⁴⁹; il che equivale a dire che essi hanno natura giuridica puramente punitiva.

Guadagnato questo risultato, è però bene precisare che l'irrogazione dei *punitive damages* può talora sortire qualche risvolto riparatorio: per esempio, andando a compensare pregiudizi (solitamente, non patrimoniali) non tenuti in debita considerazione nel calcolo dei *compensatory damages*; oppure finendo per rifondere il *plaintiff* dei costi processuali sostenuti ed altrimenti non rimborsabili a causa dell'*american rule*, la quale com'è noto esclude il principio di soccombenza¹⁵⁰. Epperò, si può aggiungere che, secondo l'opinione dominante nella letteratura e giurisprudenza angloamericana, questa coloritura compensativa non vale ad imprimere ai danni punitivi la natura risarcitoria che essi, giuridicamente, non hanno:

¹⁴⁸ Come spiega TETTENBORN, *The Law of Damages* cit., 10, i *punitive damages* sono un *ancillary remedy*. Il che significa che essi non creano autonomamente una *cause of action*, bensì possono essere concessi alla vittima solo laddove questa riesca a dimostrare che sussistono i presupposti di una responsabilità che comporti la concessione di *nominal damages* o *compensatory damages*. Pertanto, la concessione dei danni punitivi può prescindere dall'esistenza di un concreto pregiudizio, ma non anche dagli altri elementi che concorrono al perfezionamento della *cause of action*.

¹⁴⁹ Al più, la mescola tra *punitive damages* e *compensatory damages* può realizzarsi per ragioni appartenenti al diritto processuale. Nel *trial by jury* statunitense il giudice può discrezionalmente domandare ai giurati di emettere uno *special verdict* oppure un *general verdict*. Nel primo caso, egli rivolge domande precise alla giuria di modo che quest'ultima formuli *findings* piuttosto precisi e dettagliati; nel secondo, consente al giudice popolare di formulare un dispositivo del tutto privo di motivazione. Accade così che, per motivi di carattere processuale, rimedi del tutto distinti sul piano sostanziale confluiscono all'interno di un contenitore unico e, nell'ipotesi in cui si tratti di *damages*, ciò si traduce nella mancata indicazione delle singole voci di danno all'interno del *decisum* della giuria.

¹⁵⁰ Sottolineano l'esistenza di questi riflessi compensativi CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case of Punitive Damages* cit., 344; J. VON BEHR, *Punitive damages in American and German Law. Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, in 78 *Chi-Ke L. Rev.* 105 ss. (2003); e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 385.

Non s'ignora che in alcuni Stati nordamericani (e, segnatamente, Connecticut, Michigan e Texas) questo momento riparatorio esaurisce la funzione di prestazioni pecuniarie chiamate *punitive damages*; ma va detto che proprio con riguardo a queste epifanie dell'istituto l'opportunità di questa denominazione è messa in dubbio dalla dottrina statunitense (v. JOHN J. KIRCHER e CHRISTINE M. WISEMAN, *Punitive Damages: Law and Practice*, 2^a ed., West Law, Eagan, 2012, 148).

atteso che la sussistenza e la dimensione di perdite come quelle dianzi menzionate non condiziona la concessione di *punitive damages* – si argomenta – la reintegrazione di tali pregiudizi non entra a far parte del fondamento giustificativo di questi ultimi, ma attiene al profilo effettuale di una prestazione pecuniaria che resta, anche in questo caso, di natura puramente punitiva¹⁵¹.

Facendo, a questo punto, affidamento sulle informazioni mutate dall'esperienza giuridica straniera, si può dedurre che, all'interno del *definiens* “*punitive damages*” e del *definiendum* “*damages awarded for the purposes of punishing and deterring*”, il sostantivo ‘*damages*’ assume il significato ampio di *monetary award for wrong* e non quello, più specifico, di somma dovuta a titolo di riparazione del danno. E, da questa deduzione, si possono finalmente trarre le indicazioni necessarie all'impostazione ed alla prosecuzione del nostro studio.

Così, si può anzitutto affermare che il sintagma di lingua inglese ‘*punitive damages damages*’ deve essere reso in lingua italiana usando la locuzione ‘pena privata

¹⁵¹ Per quanto riguarda la letteratura, si possono anzitutto riportare le riflessioni, in questo senso assai perspicue, di DORSEY D. ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages* cit., 10 s. L'a. spiega che la compensazione di perdite altrimenti non risarcite o la restituzione delle somme sborsate dall'attore per il giudizio non forniscono alcuna giustificazione ai *punitive damages*. Quegli argomenti non spiegano perché il danneggiante dovrebbe essere punito; ma possono spiegare, semmai, il motivo per cui quella somma debba finire proprio nelle tasche dell'attore. E – aggiunge l'a. – anche che se i *punitive damages* avessero effettivamente la funzione di compensare perdite altrimenti non compensate, resterebbe comunque inspiegato perché alcuni attori debbano essere integralmente ristorati ed altri invece non lo debbano essere. Affermazioni simili si trovano in CANE, *op. cit.*, 405; POLINSKY e SHAVELL, *op. cit.*, 939 s.; COMMENT, *Critical Reappraisal of Punitive Damages Encompassing Attorney's Fees: Normative Analysis and Pragmatic Concerns*, in 42 *Baylor l. Rev.* 737 (1990).

Per quanto concerne la giurisprudenza, va dato conto che la negazione della funzione compensativa dei *punitive damages* e la correlativa affermazione della loro esclusiva finalità afflittiva e deterrente ha rappresentato un momento di svolta dell'istituto. « *A jury's assessment of the extent of a plaintiff's injury is essentially a factual determination, whereas its imposition of punitive damages is an expression of its moral condemnation* » : con queste parole la *Supreme Court* nel caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (United State of Supreme Court, 2001) ha tracciato una netta linea di demarcazione tra *compensatory* e *punitive damages*, consegnando i secondi ad un destino diverso. La misurazione delle perdite, i danni compensativi, continuano ad essere *findings of facts*, e come tale a rientrare nella copertura del VII emendamento e a non soggiacere al XIX emendamento. Ciò significa che l'*assessment* del risarcimento del danno è affare proprio della giuria e il suo esito non può essere controllato da nessuna corte degli Stati Uniti (salvo che sia ravvisabile il cd. *abuse of discretion* ovvero sia risulti che nel *trial by jury* l'applicazione del XIV emendamento è stata *clearly erroneous*). Di contro, i *punitive damages* vengono depurati da ogni componente compensativa (e, dunque fattuale) e divengono *punishment* ovvero *matter of law*; il che significa, per converso, emancipazione dal VII emendamento e sottoposizione al XIV emendamento. Tradotto, il portato di questo reinquadramento è anzitutto che l'ammontare dei danni punitivi, benché calcolato dalla giuria, potrà essere rivisto da un giudice di appello in base al c.d. *de novo standard* e, così, rimesso in discussione nell'ambito di un secondo giudizio totalmente devolutivo. In secondo luogo, la depurazione dei *punitive damages* dalla funzione compensativa ne ha infine messo in luce quella natura *purely punitive*, che autorizza il controllo alla stregua del *due process of law* e, per tale via, ha reso possibile un processo di costituzionalizzazione e ridimensionamento dell'istituto (su questo processo v. *infra* cap. IV § 4).

giudiziale' in luogo dell'espressione 'risarcimento punitivo'. Difatti, alla luce dei dati provenienti dalla comparazione, questa seconda traduzione si rivela il portato di un fraintendimento. Frantendimento, verosimilmente, ingenerato dalla presenza del primo di un *faux ami*, ossia di uno « di quei termini stranieri [...] che si prestano una traduzione italiana tanto facile ed immediata quanto sbagliata »¹⁵² ed perpetrato a causa della scarsa attenzione prestata, da parte della dottrina e della giurisprudenza, alla cultura giuridica di *common law*. Ferma restando questa considerazione, si deve peraltro avvertire il lettore che, per parte nostra, designare il modello giuridico angloamericano impiegando l'espressione italianizzata 'danni punitivi', con la precisazione che intenderemo, con essa, "danni non risarcitori, bensì punitivi"¹⁵³. Questa scelta è motivata dall'esigenza di non perder di vista il movente ed il criterio orientatore della nostra ricerca, oltreché dall'attesa di verificare tra il nostro ordinamento e l'apparato rimediale dei sistemi di *common law*, esistano punti di contatto a cui possa essere assegnato il *nomen iuris* di danni punitivi¹⁵⁴.

Dall'esame degli ordinamenti stranieri che ammettono i *punitive damages*, si può, poi, trarre l'ulteriore considerazione che questa categoria nulla ha a che vedere con la prassi italiana dei risarcimenti che vengono modulati, per iniziativa pretoria, in repressiva. Infatti, mentre questi ultimi si risolvono in prestazioni pecuniarie punitive liquidate sotto le vestigia (apparenti) di compensazione del danno, i *punitive* consistono in prestazioni pecuniarie irrogate a titolo (palese) di punizione civile. Si badi, inoltre, che neppure l'eventuale presenza di riflessi compensativi della prestazione pecuniaria irrogata a titolo di *punitive damages* può giustificarne l'assimilazione al "nostro" risarcimento punitivo: quest'ultimo si risolve in una

¹⁵² Così, A. BELVEDERE, *Il legislatore naïf e i suoi faux amis*, in A. BELVEDERE, *Scritti giuridici. Linguaggio e metodo giuridico*, vol. I, Cedam, Padova, 2016, 541 s. Avverte il giurista delle insidie rappresentate dai "falsi amici" nelle lingue straniere anche S. FERRERI, *Interpretazione e traduzione nel diritto*, in *Interpretazione e traduzione del diritto: atti del Convegno tenuto a Trento presso la Facoltà di Giurisprudenza il 30 novembre 2007*, a cura di E. IORATTI FERRARI, Cedam, Padova, 2008, 62 s.

¹⁵³ Ciò che, del resto, non sembra essere sfuggito all'accorto legislatore dell'Unione europea, nel momento in cui si è trattato di redigere il testo del *considerando* n. 32 del Regolamento europeo 864/2007 « sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II) », la cui versione italiana così recita: « l'applicazione di una disposizione della legge designata dal presente regolamento che abbia l'effetto di determinare il riconoscimento di danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro, tenuto conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito ».

¹⁵⁴ A sostegno della correttezza della scelta effettuata v. SACCO, *op. cit.*, 40 s. e M. LUPOI, *Diritto "a una dimensione"?*, in AMATO e PONZANELLI, *op. cit.*, 490: entrambi segnalano che è meglio non rinunciare *tout court* al termine straniero ogniqualvolta questo rechi con sé valenze le quali andrebbero perse in conseguenza della pura omologazione linguistica.

prestazione sostanzialmente risarcitoria caricata di una sfumatura sanzionatoria, la prima consiste in una prestazione sostanzialmente sanzionatoria che assume una tinta risarcitoria. E d'altro canto – come osservato da una dottrina esperta dei sistemi giuridici anglosassoni – che la « quantificazione generosa » del danno non s'identifichi s'identifichi con i *punitive damages* è dimostrato pure dalla constatazione che essa « è [...] presente anche nel mondo di *common law* pure nelle ipotesi in cui i danni punitivi punitivi siano espressamente negati »¹⁵⁵.

Una volta assodato che '*punitive damages*' non significa 'risarcimento punitivo' ma 'pena privata giudiziale', ed una volta appurato che i *punitive damages* non sono i risarcimenti punitivi bensì prestazioni pecuniarie punitive, risulta evidente che la questione dei danni punitivi non appartiene – a dispetto di quel che solitamente si reputa – alla tematica del *quantum damni*. E, per gli stessi motivi, dovrebbe apparire altresì chiaro che la ricerca di tracce di emersione di danni punitivi non deve essere compiuta all'interno del sistema della responsabilità civile, dopo averne, previamente, rinnegato la funzione (solo) compensativa; bensì, deve essere condotta nell'area, priva di qualsiasi sistematicità, delle sanzioni civili, dopo avere, preliminarmente, provveduto al suo riordino.

Prima di chiudere, resta ancora da spiegare l'affermazione, compiuta in apertura, secondo cui da uno studio in tema danni punitivi potrebbero addirittura emergere argomenti in difesa della "secolarizzazione" della responsabilità civile. A questo proposito, basta qui esplicitare due delle ragioni per cui, nei sistemi di *common law*, la funzione di repressione dell'illecito civile non viene consegnata alla pericolosa ambiguità di una prassi giurisprudenziale, dimodoché questa la eserciti celatamente nel momento in cui si tratta di liquidare il risarcimento del danno – cosa che la fazione guelfa della responsabilità civile desidera che avvenga nel nostro ordinamento – e viene invece affidata a ciascun giudice, acciocché questi ne faccia un uso palese e manifesto. La prima ragione ha carattere funzionale e la si è già evocata poco più in alto. Essa risiede nella circostanza che la pena, per non restare fine a se stessa, deve presentarsi

¹⁵⁵ Così U. MATTEI, *I rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, 170. Racconta, ad esempio, F. QUARTA, *Sanzione e risarcimento nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 298 s. che da quando la percezione di danni punitivi è divenuta soggetta a prelievo fiscale, negli Usa gli avvocati tentano di convincere la giuria ad inserire surrettiziamente la somma punitiva sotto la voce del risarcimento del danno, non soggetto a tassazione; ciò che ha aperto la strada a risarcimenti sostanzialmente punitivi.

come un monito, indirizzato al responsabile e ad ogni altro membro della collettività, teso ad impedire che comportamento sanzionato abbia a ripetersi in futuro; e, perciò, deve risultare ben visibile. La seconda ragione è invece di tipo garantistico. La si può esprimere, in sintesi, osservando che la fiducia di cui il giudice angloamericano tradizionalmente gode non basta ad elidere l'opportunità di un sindacato successivo sull'esercizio della funzione repressiva e, affinché tale controllo possa avvenire, i sistemi giuridici di *common law* esigono che l'irrogazione dei *punitive damages* avvenga, in via separata e distinta, dalla liquidazione dei *compensatory damages*.

Ora, ci sembra di poter sostenere, con sufficiente sicurezza, che le ragioni dianzi esposte sussistano parimenti anche in seno al nostro ordinamento; e, precisamente, che mentre la prima vale in egual misura anche presso di noi, la seconda vale addirittura *a fortiori*, in quanto il giudice continentale, a differenza del suo collega angloamericano, opera in un ambiente culturale e giuridico tradizionalmente connotato da una generica diffidenza nei suoi riguardi. E, a tale stregua, ci sembra di poter definitivamente concludere che, se si desidera trovare, in seno al diritto privato italiano, uno spazio per la funzione punitiva, occorre cercarlo al di fuori dell'area occupata dalla responsabilità civile; lasciando, così, impregiudicata la "secolarizzazione" di quest'ultima.

CAPITOLO II

Le pene pecuniarie private: struttura e funzioni

SOMMARIO: 1. – Ai confini del risarcimento del danno: obbligazioni pecuniarie non risarcitorie. Occasione, itinerario e scopi dell'indagine. 2. - Obbligazioni pecuniarie da *atto lecito dannoso*. 3. – Obbligazioni pecuniarie da *atto illecito non dannoso*: un primo censimento. 4. – La natura giuridica delle obbligazioni pecuniarie da *atto illecito non dannoso*. 5. – (*Continua*) Spunti critici intorno alla funzione di punizione e di deterrenza nell'ambito del diritto privato. 6. – Rassegna delle figure normative che

condividono la natura giuridica delle obbligazioni pecuniarie da *atto illecito non dannoso*. 7. – (*Continua*) Misura di coercizione indiretta e misure coercitive a carattere di specialità. 8. – (*Continua*) Clausola penale ed obbligazioni penali a carattere di specialità. 9. – (*Continua*) Caparra confirmatoria e caparre a carattere di specialità. 10. – Pene pecuniarie private, pene pecuniarie civili e pene private.

1. – Nei codici civile e processuale civile, e nelle leggi ad essi complementari sono piuttosto diffuse disposizioni che pongono conseguenze negative di ordine patrimoniale a carico di un privato, ricollegandole al compimento di un determinato atto giuridico da parte di questi¹⁵⁶. Nella più parte dei casi tale sacrificio economico si risolve nell'imposizione in capo all'agente di un'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro; con l'attribuzione della correlativa pretesa al soggetto genericamente leso dalla realizzazione di quel medesimo atto.

Tra queste obbligazioni a carattere pecuniario, ve n'è una decisamente superiore alle altre quanto a frequenza empirica e sistemazione dogmatica. Si tratta dell'obbligazione risarcitoria che incombe sull'autore di un *atto illecito dannoso* e che ridonda a vantaggio della vittima dello stesso al fine di procurarle il necessario ristoro del pregiudizio patito.

Ora, per tutte le ragioni diffusamente esposte al capitolo precedente, deve ritenersi vano il tentativo di rinvenire tracce di emersione di *punitive damages* all'interno della disciplina della responsabilità civile, atteso che questa non è conformata per lasciar spazio ad istanze punitive; e, del resto, si è dimostrata l'improprietà dell'identificazione tra le nostre forzature pretorie del risarcimento del danno in chiave repressiva ed il modello di matrice angloamericana dei *punitive damages* posto che quest'ultimo non ha natura risarcitoria.

A questa stregua, risulta allora opportuno distogliere l'attenzione dall'obbligazione di risarcire il danno, e concentrare i propri sforzi interpretativi su di una serie di obbligazioni pecuniarie diverse da essa che, variamente allocate all'interno della legislazione *lato sensu* civilistica, appaiono di qualificazione e classificazione sistematica piuttosto incerta.

¹⁵⁶ Restano fuori dall'ambito del presente studio tutte le conseguenze economiche negative che la legge talora addossa ad un soggetto in conseguenza di un fatto giuridico in senso stretto, oppure in corrispondenza dell'attività giuridica compiuta da controparte o da un terzo.

Ci si riferisce, in particolare, a prestazioni aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, che alcune disposizioni normative fanno gravare talora sull'autore di un *atto lecito dannoso*, talaltra sull'autore di un *atto illecito non dannoso*. Come esempio delle prime, si può pensare all'adeguata indennità che – *ex art. 843 c.c.* – il proprietario di un fondo deve pagare al proprietario del fondo vicino in relazione ai danni eventualmente cagionati dall'accesso – lecito in quanto – necessitato dall'esigenza di riparare il muro comune. Quale esempio delle seconde, si può considerare la riparazione pecuniaria che – ai sensi dell'art. 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 – l'autore della diffamazione commessa col mezzo della stampa è tenuto a corrispondere alla vittima a prescindere dal pregiudizio da questa eventualmente sofferto.

Ora, ragionando attraverso il dato noto del risarcimento del danno per tentare di cogliere la natura delle altre prestazioni pecuniarie tipizzate, si potrebbe immaginare che sia quanto meno sicura la loro connotazione non risarcitoria. Infatti antiggiuridicità e danno sono presupposti del perfezionamento della fattispecie, a cui gli artt. 1218 e 2043 c.c. ricollegano l'obbligo di risarcire; di contro, si potrebbe argomentare che, ogniqualvolta la fattispecie legislativa da cui dipende una prestazione pecuniaria difetta di taluno di questi due requisiti, si deve escludere che tale prestazione sia risarcitoria. E si potrebbe quindi concludere che il fondamento delle prestazioni pecuniarie tipizzate che gravano sull'autore di un *atto dannoso lecito* oppure poste a carico del responsabile di un *atto illecito non dannoso* deve essere rinvenuto in strumenti civilistici di protezione degli interessi lesi senz'altro diversi dalla tutela risarcitoria.

Eppure, contro l'apparente semplicità di questa premessa, si deve rilevare che nei discorsi dottrinali e giurisprudenziali la collocazione di queste fattispecie legislative al di fuori dell'area occupata dalla responsabilità civile è tutt'altro che scontata. Questa circostanza si spiega con il processo di espansione a cui lo statuto risarcitorio è stato sottoposto ad opera del diritto vivente. Processo attuato mediante un lavoro interpretativo che ha fatto progressivamente sbiadire taluni elementi strutturali della fattispecie di responsabilità e che, correlativamente, ha permesso di spiegare attraverso la logica risarcitoria anche istituti privi di taluno dei suoi requisiti.

Così, su un primo versante, la rilettura in senso meno rigoroso del profilo dell'antigiuridicità ha provocato un ampliamento dei confini della tutela risarcitoria che

ha consentito di ricomprendere all'interno di questi anche le obbligazioni pecuniarie da *atto lecito dannoso*. In particolare, la trasformazione dell'illiceità come attributo del fatto – inteso come trasgressione di un obbligo giuridico preesistente – ad ingiustizia quale connotato del danno – consistente nella mera lesione di una posizione giuridicamente tutelata – ha consentito di ascrivere al modello risarcitorio le prestazioni pecuniarie che la legge fa discendere da un comportamento che, pur non violando alcuno specifico dovere giuridico ed essendo anzi espressamente autorizzato, comunque lede un interesse privato giuridicamente rilevante.

Su un altro versante – ovvero su quello che maggiormente attiene ai danni punitivi oggetto del nostro studio – i confini della responsabilità civile sono stati ampliati per mezzo della frequente sottovalutazione del ruolo autonomo e decisivo, che le conseguenze dannose rivestono all'interno della fattispecie di responsabilità oltreché sul piano della commisurazione del risarcimento. Segnatamente, la sottovalutazione del danno come *quid pluris* rispetto alla lesione dell'interesse giuridicamente tutelato si presta talora a giustificare sul piano dogmatico l'impiego distorsivo della responsabilità civile, empiricamente perpetrato da una parte della giurisprudenza allo scopo di prevenire e punire fatti illeciti attraverso modulazioni del *quantum damni* che hanno precipuo od esclusivo riguardo a elementi attinti dalla sfera del danneggiante. Per tale via, il modello risarcitorio perde la sua dimensione puramente compensativa ed assume sfumature punitive, che lo rendono capace di attrarre in una prospettiva di equivoca indistinzione strumenti di protezione degli interessi lesi completamente diversi da esso; e, tra questi, in particolare quelle obbligazioni pecuniarie predisposte dal legislatore allo scopo esclusivo di reprimere un determinato illecito e che prescindono dalla sussistenza di un danno. La sovrapposizione tra queste ultime figure ed il risarcimento punitivo diviene quanto mai evidente nei discorsi dottrinali e nelle motivazioni giurisprudenziali, che etichettano le une e l'altro impiegando il sintagma 'danni punitivi', onde accostarli poi comunemente al modello di matrice angloamericana dei *punitive damages*.

La confusione che regna su questo fronte dell'area della responsabilità civile rende necessario compiere uno sforzo di riordino¹⁵⁷ al fine di soddisfare esigenze di non poco momento.

¹⁵⁷ Sforzo, che quasi trent'anni fa Busnelli aveva provato a sollecitare a conclusione della sua nota rappresentazione della storia degli studi in materia responsabilità civile attraverso l'immagine della parabola; in quella sede l'A. sosteneva, in generale, l'importanza di « una rigorosa ripartizione di ruoli tra

Da un lato, per portare a compimento la nostra analisi comparativa volta a rinvenire punti di contatto tra il nostro apparato rimediale e l'istituto dei danni punitivi, occorre individuare con esattezza quella porzione dell'ordinamento in cui si possono celare tracce di emersione del modello giuridico angloamericano. Da altro lato, occorre ritagliare uno spazio di autonoma rilevanza ad un fenomeno giuridico, quello consistente nell'imposizione di un sacrificio economico in capo all'autore dell'illecito a prescindere da un danno, impiegato diffusamente dalla legislazione civilistica e, ciò malgrado, ancor privo della necessaria sistematizzazione concettuale¹⁵⁸. Sicché, in definitiva, l'indagine sul tema dei *punitive damages* finisce per rappresentare l'occasione di un intervento classificatorio e riorganizzativo di un particolare settore del nostro diritto civile.

L'itinerario metodologico di questo sforzo dogmatico può essere così descritto. S'inizierà col tracciare il confine tra l'area occupata dalle obbligazioni pecuniarie da *atto illecito non dannoso* e la contigua zona in cui si situa l'obbligazione risarcitoria; e, attraverso questo raffronto, si proverà a valutare se, al di là delle singole ipotesi tipizzate, sia riscontrabile un tratto unificante, un minimo comune denominatore intorno al quale costruire una categoria giuridica autonoma. Se questo tentativo dovesse sortire esito positivo, consentendo di individuare una natura omogenea tra gli istituti censiti, solo allora si potrà spostare l'attenzione su fenomeni giuridici affini; onde selezionare, tra questi – da una parte – gli istituti che, pur avendo caratteristiche proprie, condividono quella medesima natura e possono così essere ascritti alla categoria individuata; e – da altra parte – gli istituti che, al contrario, debbono preferibilmente restarne fuori in quanto presentano qualche profilo di peculiarità che rischierebbe di inficiare l'omogeneità rinvenuta.

Per non essere tacciati di concettualismo, è bene chiarire sin d'ora che questo impegno dogmatico ha quale movente, criterio orientatore e fine ultimo un interesse

responsabilità civile e altri strumenti di protezione degli interessi lesi »; sottolineando, in particolare, « l'opportunità di mettere ordine nella multiforme congerie delle sanzioni civili punitive [...] categoria che può avere una sua perdurante utilità [...] a condizione che la si distingua, sia sotto il profilo strutturale sia sotto il profilo funzionale, dalla tutela aquiliana derivante dalla regola generale di responsabilità civile » (F. D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 863; ora pubblicato in S. PATTI e F. D. BUSNELLI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2013, 184).

¹⁵⁸ Avviene non di rado che la dottrina arresti ogni sforzo ermeneutico subito dopo aver constatato che la riconduzione di queste norme ad un disegno sistematico presenta immense difficoltà: così ad esempio fa in un recentissimo contributo A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 331.

eminentemente pratico, che consiste nell'articolazione di una disciplina compiuta ed omogenea intorno alla categoria preliminarmente delineata¹⁵⁹.

Infatti, per ragioni varie e su cui non val la pena indugiare¹⁶⁰, il legislatore ha introdotto le figure, che ora cercheremo di ricondurre ad unità, impiegando una tecnica *pointilliste*; anziché inserirle all'interno di un disegno organico e definito qual è invece, ad esempio, quello realizzato intorno all'obbligazione risarcitoria. Procedendo in questo modo, il legislatore ha finito per lasciare un numero non piccolo di vuoti nel regime normativo di ognuna di queste figure. E di fronte all'incompletezza di questo quadro, l'astrazione di una categoria omogenea dalle singole fattispecie tipizzate rappresenta per l'interprete la tappa logicamente preliminare a valutare la plausibilità dell'estensione dei profili di disciplina, dettati soltanto in relazione ad alcune di esse, a ciascuna delle altre. La creazione di un genere strutturalmente e funzionalmente unitario va dunque intesa come operazione appositamente preordinata a veicolare l'uniformazione ed il completamento delle regole applicabili a ciascuna delle figure normative ad esso riconducibili.

Prima di intraprendere il percorso annunciato ed iniziare l'analisi delle obbligazioni pecuniarie da *atto illecito non dannoso*, si vuole però dedicare qualche ulteriore riflessione alle obbligazioni pecuniarie da *atto lecito dannoso*.

Nonostante la distanza che obiettivamente corre tra queste due figure, l'approfondimento delle seconde non è privo di qualche interesse in uno studio dedicato alle prime. Intanto, come si è detto, esse sono in un certo qual modo accomunate dalla *vis attractiva* esercitata dalla responsabilità civile. Ma, soprattutto, in vista della costruzione di una categoria omogenea intorno alle obbligazioni da atto illecito non dannoso, è bene compiere una graduale e completa *actio finium regundorum* nei confronti di tutti i fenomeni giuridici che presentino con esse un qualche elemento di comunanza; sì da scartare progressivamente tutti gli elementi potenzialmente idonei a pregiudicare l'uniformità ricercata.

¹⁵⁹ Sul ruolo pragmatico che le categorie del diritto civile rivestono nel contesto del diritto contemporaneo si possono leggere le belle pagine scritte da N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, 11 ss. E, specialmente, a sostegno della perdurante attualità del nostro intento ricostruttivo si veda, ivi, il passaggio in cui l'A. sostiene che « [...] il processo applicativo del diritto impone inevitabilmente di cogliere nella differenza l'identità, nella frammentarietà la coerenza, nella molteplicità l'unità [...] ».

¹⁶⁰ Si tratta, essenzialmente, di ragioni di politica legislativa: per un'abile sintesi v. D. JARACH, voce *Pena civile*, in *Diz. prat. dir. priv.*, V, t. 1, Milano, 1939, 386 s.

2. – Immediatamente a ridosso dell'area occupata dal modello risarcitorio si collocano quel complesso di fattispecie tipizzate che, in tempi piuttosto risalenti, Rubino ritenne opportuno riunire ad unità sistematica entro la categoria giuridica dell'atto lecito dannoso¹⁶¹. Si tratta di prestazioni pecuniarie, che il legislatore ha solitamente cura di indicare impiegando il sostantivo 'indennità' (ovvero 'indennizzo') in luogo della locuzione 'risarcimento del danno', a rimarcare sotto il profilo lessicale una diversità già esistente tra le due figure sul piano sostanziale.

Senza pretese di completezza, vari esempi possono essere citati.

Oltre all'art. 843 c.c. menzionato nel paragrafo precedente, si pensi agli artt. 924 e 925 c.c. i quali dapprima facoltizzano il proprietario di sciami d'api e, rispettivamente, il proprietario di animali mansuefatti ad introdursi nel fondo altrui, al fine di recuperare lo sciame o l'animale momentaneamente sfuggiti al loro controllo; salvo poi far gravare su ciascuno di essi un'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di un' 'indennità' per il danno eventualmente arrecato al fondo dal consentito accesso. Oppure si consideri il primo comma dell'art. 1328 c.c. che nell'*incipit* attribuisce al proponente il potere di revocare la proposta prima della conclusione del contratto; e nel secondo periodo tutela l'affidamento dell'oblato imponendo al proponente pentitosi di 'indennizzarlo' delle spese e delle perdite subite per aver intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca. Ancora, si ponga mente all'art. 142 l. a. il quale, da un lato, attribuisce all'autore il diritto di ritirare dal commercio l'opera dell'ingegno in presenza di gravi ragioni morali; e, dall'altro, fa gravare sullo stesso l'obbligo di indennizzare coloro che avevano acquistato diritti di utilizzazione economica sull'opera medesima.

L'elencazione potrebbe continuare piuttosto a lungo. Ma con l'avvertenza che l'impiego del sostantivo 'indennità' (e del suo *analogon* 'indennizzo') nel lessico normativo è troppo disinvolto per rappresentare indizio decisivo nella ricerca delle figure appartenenti alla categoria delle prestazioni pecuniarie da atto lecito dannoso¹⁶².

¹⁶¹ La prima elaborazione compiuta della categoria si deve a G. SCADUTO e D. RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, 705 s.

¹⁶² Lamentano il disordine con cui il sostantivo indennità compare nel lessico legislativo R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 594 e G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964, 149. In senso diametralmente

Infatti, nella trama della legge la coincidenza tra la categoria delle prestazioni pecuniarie da atto lecito dannoso e le prestazioni pecuniarie cui la legge dà il nome di indennità non è perfetta. Per un verso, esistono indennità che non costituiscono l'effetto di una fattispecie avente l'atto lecito dannoso tra i suoi elementi costitutivi, bensì scaturiscono da un fatto giuridico in senso stretto¹⁶³, ovvero da un atto compiuto da un soggetto diverso da quello su cui la legge fa gravare la prestazione indennitaria¹⁶⁴; e indennità che rappresentano semplicemente il corrispettivo in danaro di una controprestazione nell'ambito di uno scambio negoziale¹⁶⁵. E per altro verso, non tutte le prestazioni pecuniarie da atto lecito dannoso vengono denominate 'indennità' dal legislatore. A volte esse sono indicate mediante il sostantivo 'valore': così, ad esempio, il proprietario del suolo che realizza costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui, acquista la titolarità di questi *ex lege* in virtù del principio dell'accessione, ed a scapito del proprietario degli stessi; ma deve poi corrispondere a quest'ultimo il 'valore' delle cose acquisite (art. 935 c.c.; ma v. anche l'art. 939 per quanto riguarda l'unione e commistione). In altri casi, poi, la legge utilizza la parola 'prezzo': così, riconosce proprietario della *res nova* lo specificatore che utilizza per formarla una materia che non gli appartiene e di valore inferiore a quello della mano d'opera, ma lo obbliga a pagare il 'prezzo' della materia al suo titolare. Altre volte ancora, incorrendo in un evidente rifiuto, il legislatore prescrive all'autore di un atto lecito di 'risarcire' il danno eventualmente patito dall'altra parte per effetto dello stesso¹⁶⁶.

opposto, A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 154 afferma che il nostro ordinamento usa tale termine « con piena consapevolezza di rigore tecnico ».

¹⁶³ V. ad esempio l'indennità che il proprietario del fondo accresciuto per effetto dell'avulsione deve pagare al titolare del fondo diminuito per effetto della stessa (art. 944 c.c.).

¹⁶⁴ V. ad esempio, nel caso di opere fatte da un terzo con materiali di un soggetto sul suolo di un altro soggetto, le indennità che il proprietario del suolo è tenuto a pagare al titolare dei materiali per l'eventualità che la separazione non sia richiesta o non sia possibile (art. 937 c.c.).

¹⁶⁵ V., ad esempio, l'indennità di natura non provvigionale che il preponente deve corrispondere all'agente quale controprestazione dell'obbligazione di non concorrenza contrattualmente assunta (art. 1751-bis c.c.).

¹⁶⁶ Così, ad es. l'art. 81 c.c. obbliga colui che, dopo aver fatto la promessa di matrimonio, « senza giusto motivo ricusi di eseguirla a 'risarcire il danno' cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa ». Rileva G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 236, che il mancato rispetto della promessa matrimoniale si configura quale atto lecito posto che la disciplina positiva dettata dal nostro codice appare del tutto inconciliabile con un regolamento negoziale prematrimoniale avente ad oggetto l'obbligazione di contrarre matrimonio; malgrado l'impiego da parte del legislatore dell'espressione 'risarcire il danno', l'obbligazione pecuniaria conseguente al pentimento del nubendo non è dunque risarcimento in senso tecnico, bensì prestazione pecuniaria da atto lecito.

Analogamente, è obbligazione pecuniaria da atto lecito anche quella regolata dall'art. 1725 c.c., a mente del quale « la revoca del mandato oneroso conferito per un tempo determinato o per un determinato affare

A conclusione di questa breve rassegna, si può sintetizzare la sostanza che accomuna le previsioni legislative che contemplano prestazioni pecuniarie scaturenti da un atto dannoso lecito, osservando che essa consta di due elementi: (i) la legittimazione di una condotta che, per un verso, soddisfa un interesse giuridico meritevole di protezione facente capo al suo autore e che, per altro verso, sacrifica un'altra posizione soggettiva comunque degna di tutela; e (ii) l'attribuzione al soggetto titolare dell'interesse recessivo di una somma di denaro ragguagliata – non a tutto, ma soltanto – ad una parte del pregiudizio eventualmente subito per effetto del contegno lecito. Fu la constatazione di questo tratto unificante a suggerire a Rubino la creazione di una figura autonoma dal risarcimento del danno.

Ai tempi del suo perfezionamento, la categoria delle obbligazioni pecuniarie da atto lecito dannoso si distingueva nitidamente dall'obbligazione risarcitoria. Come mostra l'etichetta prescelta ad indicarle, la nota differenziale delle prime rispetto alla seconda veniva colto nella struttura della fattispecie ed identificato con la connotazione sicuramente non illecita dell'atto dannoso. Posto che – secondo la concezione sanzionatoria della responsabilità civile allora diffusa – l'illiceità consisteva esclusivamente nella violazione di uno specifico dovere imposto dalla legge; di contro, la presenza di un'apposita disposizione normativa autorizzatrice valeva a rendere lecito *a fortiori* qualsiasi atto, ancorché lesivo di un altro interesse privato e benché potenzialmente dannoso¹⁶⁷. Sulla base di queste premesse, l'imposizione legale di una

obbliga il mandante a 'risarcire i danni' se è fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare salvo che ricorra giusta causa ». Osserva A. LUMINOSO, *Il mandato*, Utet, Torino, 2007, 167 che la circostanza che la regola sia dettata solamente in relazione al mandato oneroso e non anche con riguardo al mandato gratuito dimostra che il legislatore si è preoccupato qui di tutelare unicamente l'interesse del mandatario a percepire il compenso; anche in questo caso dunque, l'utilizzo normativo della locuzione 'risarcire i danni' non allude al risarcimento in senso proprio e tecnico, ma ad un mero indennizzo da atto lecito (della stessa opinione sono anche G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, Utet, Torino, 1957, 171; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1985, 77; in giurisprudenza v. Cass., 11 agosto 2004, n. 15554, disponibile su www.leggiditalia.it).

A margine, è interessante citare G. GENTILE, *La giurisprudenza sulla responsabilità civile nel quinquennio 1966-1970*, in *Resp. civ. prev.*, 1973, 360, il quale ha dimostrato che 'indennità' deriva da *in damnum* e significa eliminazione integrale del danno, sicché sarebbe giusto impiegare questo termine ad indicare la prestazione pecuniaria da atto illecito dannoso; mentre 'risarcimento' deriva da *sarcire* e vuol dire rappazzare, rammendare, sicché meglio si addice alle prestazioni pecuniarie che rappresentano un *minus* rispetto alla prestazione risarcitoria, e tra queste quella da atto lecito dannoso. Se si muove dall'etimologia di questi due sostantivi, appare dunque corretta la scelta linguistica compiuta dal legislatore all'interno delle norme citate qui sopra; ed appare, per converso, impropria la selezione lessicale fatta dal legislatore negli altri, più frequenti, luoghi codicistici.

¹⁶⁷ Così, poco dopo averla congeciata, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, 205 s. descriveva la categoria dell'atto lecito dannoso come « un complesso di fattispecie

prestazione indennitaria in capo all'autore dell'atto lecito veniva spiegata come forma eccezionale di compensazione del danno. E, in tal guisa, l'obbligazione pecuniaria da atto lecito dannoso si distingueva anche sul piano funzionale dall'obbligazione risarcitoria che allora – come testé ricordato - era considerata pura sanzione dell'illecito¹⁶⁸.

L'autonomia della categoria degli atti leciti dannosi e la sua collocazione al di fuori del modello risarcitorio è stata posta in discussione con la scoperta della funzione compensativa della responsabilità civile, realizzata attraverso la rilettura della clausola d'ingiustizia contenuta nell'art. 2043 c.c. Tale itinerario ermeneutico è fin troppo noto per essere ripercorso nel dettaglio ed in tutte le sue implicazioni¹⁶⁹. Per quel che qui interessa, ci si può limitare a ricordare che durante gli anni sessanta del secolo scorso uno studio ha sostenuto, sulla base di argomentazioni rivelatesi in seguito assai influenti, che il predicato dell'ingiustizia, testualmente riferito al danno e non al fatto, dev'essere interpretato come lesione di una situazione giuridica rilevante¹⁷⁰. Il maggiore portato di questa rivoluzione ermeneutica è stato senz'altro il progressivo allargamento dell'area dei danni risarcibili al di là del solo nocumento scaturente dalla lesione di un diritto assoluto, ovvero dell'unica situazione soggettiva presidiata da un preciso dovere giuridico di astensione.

Peraltro, la ridefinizione dell'attributo di anti-giuridicità ha portato con sé una conseguenza ulteriore che, sebbene di minor riflesso operativo, risulta non meno significativa nell'economia del nostro discorso. Muovendo dall'identificazione dell'ingiustizia con la lesione di un interesse del danneggiato giuridicamente protetto – anziché con la reazione dell'ordinamento ad una condotta vietata – parte della dottrina ha preso ad affermare che « nessuna distinzione è possibile operare tra [il] risarcimento

tipiche riunite in unità sistematica dalla caratteristica [...] per cui la fattispecie produttiva di un risarcimento non comprende, fra i suoi elementi costitutivi, anche un obbligo preesistente e violato, ma solo un danno economico e una colpa ».

¹⁶⁸ V. DE CUPIS, *op. cit.*, 19 s.; D. BARBERO, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 572; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 275; e, in senso leggermente diverso, v. anche F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 1954, 512.

¹⁶⁹ Per una ricognizione dei percorsi interpretativi che hanno condotto alla ridefinizione della clausola di ingiustizia si rinvia alle monografie tradizionali sul tema della responsabilità civile: in particolare cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* cit., 45 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2005, 82 ss. e MONATERI, *op. cit.*, 147 ss. Per un'analisi attenta ai riflessi che il rimodellamento del giudizio di responsabilità determina nel rapporto tra scelte del legislatore e poteri del giudice, si veda N. RIZZO, *Giudizi di valore e "giudizio di ingiustizia"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 295 ss.

¹⁷⁰ Si allude, naturalmente, alla monografia di RODOTÀ, *op. cit.*, 107 ss.

e [la] misura indennitaria che a volte la legge ricollega ad un atto lecito dannoso »¹⁷¹ in quanto ambedue reagiscono ad un danno ingiusto avendo cura di compensarlo.

A prima vista, la sovrapposizione tra obbligazione pecuniaria da atto lecito ed obbligazione risarcitoria potrebbe apparire operazione meramente concettuale. Ma, ad uno sguardo più attento, ci si accorge che in taluni autori questa costruzione teorica rappresenta la premessa per giungere ad affermare che l'indennità da atto lecito – non soltanto riveste la stessa funzione, ma – può assumere anche la medesima consistenza quantitativa del risarcimento in senso proprio. Secondo questa opinione, pure a fronte di un danno da atto lecito, il giudice potrebbe accordare alla vittima un ristoro per equivalente pecuniario commisurato secondo i criteri degli artt. 1223 ss. e, dunque, in definitiva di ammontare pari al risarcimento integrale del danno da atto illecito¹⁷².

Ora, la circostanza che tra le righe delle argomentazioni di alcuna dottrina emerga talora un simile corollario effettuale rende senz'altro utile una breve digressione volta a tracciare la linea di demarcazione che corre tra obbligazione risarcitoria e obbligazioni indennitarie da atto lecito dannoso. Ad avviso di chi scrive, le fattispecie da cui discende una prestazione indennitaria si distinguono dalle fattispecie cui si ricollega la prestazione risarcitoria sia sotto il profilo dell'antigiuridicità, sia sotto il profilo del danno giuridicamente rilevante; e questi due momenti di divergenza fanno parte di un disegno normativo complessivamente coerente.

Per quanto attiene al primo aspetto, si può innanzitutto osservare che formalmente corretta è l'affermazione secondo cui nelle figure tipizzate di atti leciti dannosi vi è la lesione di una situazione giuridica meritevole di tutela e, dunque, un danno *prima facie* antigiuridico¹⁷³. Ma occorre anche aver cura di precisare che in questi casi la

¹⁷¹ Sono le parole usate da TUCCI, *op. cit.*, 250 nel suo saggio, non a caso, di poco successivo all'uscita del libro di Rodotà. Di recente, la linea di Tucci è stata ripresa da G. BELLI, *L'atto illecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, in *Resp. civ.*, 2012, 66 e, soprattutto, da P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1078 s. ove si legge che gli atti leciti dannosi « producono comunque un danno ingiusto » il quale « esige sempre un risarcimento, sì che non può che rientrare nel sistema della responsabilità civile. Pretermissa l'esclusiva funzione sanzionatoria del risarcimento, la distinzione tra questi e l'indennizzo si mostra sempre più opinabile per il venir meno delle rispettive peculiarità funzionali, in quanto entrambi sono rivolti ad eliminare non certo l'illecito, né tantomeno l'illegittimità dell'atto, quanto, piuttosto, a riparare il danno ingiusto ».

¹⁷² Lo si legge ad esempio in G. TORREGROSSA, *op. cit.*, 171 s. e, più di recente, in M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Giuffrè, Milano, 2007, 136.

¹⁷³ *Contra* C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, 2004, Giuffrè; Milano, 2004, 47 osserva che « l'obbligo di indennizzare pregiudizi derivanti da atti e comportamenti leciti presuppone l'assenza di

qualificazione di anti giuridicità è sempre neutralizzata dall'esistenza di una norma che rende espressamente lecito il contegno lesivo¹⁷⁴.

Comune a queste fattispecie normative è la descrizione di uno specifico conflitto tra due interessi giuridici meritevoli di tutela: il conflitto tra libertà negoziale ed affidamento; il conflitto tra personalità dell'autore ed investimento patrimoniale; il conflitto tra iniziativa produttiva di ricchezza e ragioni proprietarie; e, ancora, il conflitto tra ragioni proprietarie facenti capo a soggetti diversi; e via dicendo.

Per motivi specifici che appartengono alla *ratio* delle singole norme, il legislatore accorda prevalenza ad uno di questi interessi e dichiara lecito l'atto compiuto in funzione del suo soddisfacimento, ancorché lesivo dell'altro interesse. Talvolta la norma legittima la condotta dannosa mediante un'autorizzazione *ex ante*: è ciò che avviene, ad esempio, nel caso dell'intrusione nel fondo del vicino, o in quello della revoca della proposta contrattuale. Altre volte la legge neutralizza *ex post* l'iniziale illiceità dell'atto: così, ad esempio, i comportamenti che danno vita all'accessione sono di per sé illeciti, ma da essi la legge fa discendere un effetto espropriativo-acquisitivo, che deterge l'iniziale anti giuridicità del danno scaturente dalla perdita di titolarità del bene¹⁷⁵.

Peraltro, dopo aver accordato preferenza ad una delle posizioni in conflitto, l'ordinamento ritiene opportuno, « per superiori fini di equità da esso valutati »¹⁷⁶, salvaguardare in qualche misura il contenuto essenziale (*Wesensgehalt*) della posizione giuridica sacrificata. E, a tal fine, stabilisce un'eccezione al principio, c.d. del "tutto o nulla", che informa la liquidazione del risarcimento del danno per equivalente. Principio,

anti giuridicità della condotta eziologicamente produttiva del nocimento, sicché alla lesione di un interesse tutelato dall'ordinamento non si accompagna la violazione del parametro di riferimento ».

¹⁷⁴ Lo notava lo stesso RODOTÀ, *op. cit.*, 195.

¹⁷⁵ Sul tema dell'accessione v. la spiegazione di CASTRONOVO, *op. cit.*, 250. Si noti che nella trama della legge la distinzione tra autorizzazione *ex ante* della condotta lesiva e neutralizzazione *ex post* dell'anti giuridicità del danno non è priva di corollari ulteriori. Infatti l'autorizzazione preventiva dell'atto rende irrilevanti tutti i danni che da quello possono derivare; nessuno tra questi è dunque risarcibile ad eccezione di quei pregiudizi che il legislatore ha rigorosamente identificato quale punto di riferimento della prestazione indennitaria (v. ad esempio Cass. 20 agosto 1981, n. 4944, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, secondo la quale esula dalla disciplina dettata dall'art. 843 c.c., che prevede il pagamento di un'indennità conseguente ai danni provocati dall'accesso ad un fondo necessario per riparare il muro comune, il danno consistente nella perdita di un'occasione di sfruttamento del fondo mediante locazione). Diversamente, la rimozione *ex post* dell'anti giuridicità del danno elide soltanto uno dei profili di illiceità della situazione dannosa: non risarcibile (ma meramente indennizzabile) è dunque solo lo specifico pregiudizio considerato, ma restano regolarmente risarcibili tutti gli altri danni.

¹⁷⁶ Le parole tra le virgolette sono di DE CUPIS, *op. cit.*, 20; e nello stesso senso v. S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in BUSNELLI e PATTI, *op. cit.*, 17.

a mente del quale: o la fattispecie di responsabilità è perfetta in ogni suo elemento costitutivo e, di conseguenza, scatta il rimedio risarcitorio che abbraccia tutti i danni; oppure essa fa difetto di taluno dei suoi requisiti, sicché nulla è dovuto¹⁷⁷. E' derogando al secondo segmento di questa regola¹⁷⁸ che il legislatore rende giuridicamente rilevante una componente del pregiudizio ancorché non antiggiuridico e, in relazione a questa, impone all'autore dell'atto lecito di versare una somma indennitaria al titolare dell'interesse considerato recessivo.

Punto di riferimento delle prestazioni pecuniarie da atto lecito – e veniamo così al secondo profilo di diversità, ovvero quello del danno risarcibile – è un pregiudizio che non coincide con quello cui si ricollega la prestazione risarcitoria e che è rappresentato da tutte le conseguenze negative immediate e dirette dell'illecito. E tale divergenza si coglie già nell'esistenza stessa di una norma che delimita rigorosamente il danno giuridicamente rilevante. Ma risulta ancor più evidente nella circostanza che il danno selezionato dalle singole disposizioni è soltanto quello strettamente incorporato alla lesione dell'interesse sacrificato¹⁷⁹; mentre resta irrilevante ogni ulteriore riflesso pregiudizievole benché immediato e diretto. Così, in caso di revoca tempestiva della proposta, l'art. 1328 c.c. considera danno solo quello intrinsecamente legato alla lesione dell'affidamento e coincidente con le spese e le perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto; di contro, non rilevarebbe ad esempio il nocimento ulteriore eventualmente scaturente dalla rinuncia ad un affare alternativo a quello perduto. Oppure, a fronte del mutamento di titolarità di un bene conseguente all'ingerenza di un soggetto nella sfera di un altro, il danno giuridicamente rilevante è solo quello intrinsecamente connesso alla perdita di titolarità della *res*; sicché il danneggiato ha diritto al valore di mercato della cosa espropriata e non anche al maggior pregiudizio in

¹⁷⁷ Per un'illustrazione di questo principio cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2003, 272.

¹⁷⁸ *Contra* M. FRANZONI, *sub art. 2043 c.c., Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, 116 afferma che nelle fattispecie tipizzate di atto lecito dannoso si assiste ad una deviazione dal primo segmento del principio del tutto o nulla. Secondo l'A., infatti anche il comportamento dichiarato lecito da una norma diviene illecito qualora cagioni un danno posto che quest'ultimo dimostra che è stato fatto un uso improprio del potere attribuito dalla legge; è alla luce questa premessa che Franzoni conclude che ad essere eccezionale è « la previsione di un'indennità in siffatte ipotesi, posto che la regola generale è il risarcimento integrale del danno ».

¹⁷⁹ Si badi, però, che ciò non significa che le singole previsioni legali di atto lecito dannoso accolgano una nozione di danno in senso normativo, come sembra invece ritenere R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 595 che afferma che le prestazioni indennitarie reagiscono alla lesione o alterazione di un bene od interesse attribuendo al soggetto leso un compenso in denaro.

ipotesi sofferto per non aver potuto vendere il bene ad un terzo disposto a pagare un prezzo superiore a quello corrente (artt. 935, 939, 940). E, ancora, laddove consente l'accesso all'altrui fondo per la riparazione del muro comune, l'art. 843 c.c. attribuisce rilievo al solo danno strettamente legato dall'atto intrusivo e non anche ai pregiudizi ulteriori e diversi da questo; quali la perdita di una occasione di sfruttamento del fondo mediante una locazione¹⁸⁰.

Pertanto, il diritto positivo identifica il danno da atto lecito con il solo pregiudizio strettamente correlato alla posizione giuridica sacrificata, sì da salvaguardarne il contenuto essenziale senza contraddire però l'esito del bilanciamento operato tra i due interessi in conflitto. Contraddizione in cui, viceversa, l'ordinamento incorrerebbe se – come ritiene certa dottrina – dapprima autorizzasse il contegno lesivo e poi lasciasse la selezione dei danni da esso provocati alle regole contenute negli artt. 1223 ss. c.c. La teoria del diritto insegna all'interprete che il legislatore dev'essere immaginato come un soggetto razionale e che, a tale stregua, vanno esclusi tutti i significati di un enunciato legale che danno luogo a norme assurde. E posto che tra le norme assurde vi è senz'altro la norma contraddittoria¹⁸¹, valutazione di liceità dell'atto e predeterminazione del danno giuridicamente rilevante vanno interpretati come elementi di un armonico compromesso politico, di volta in volta realizzato dal legislatore, e che il giudice è tenuto a riflettere nella commisurazione ridotta della prestazione indennitaria senza far uso dei familiari criteri di liquidazione dell'obbligazione risarcitoria¹⁸².

¹⁸⁰ E' il caso affrontato da Cass., 20 agosto 1981, n. 4944, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, n. 53, che lo ha risolto nel senso riportato nel testo. In dottrina di questo avviso è F. DE MARTINO, *sub art. 843 c.c.*, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1954, 199 secondo cui « l'indennità dovuta per il danno cagionato al fondo funziona come *lex specialis* di fronte alla norma generale sull'obbligo di risarcire il danno » ed « è quindi strettamente limitata al caso previsto dalla legge »; *contra* MAZZOLA, *op. cit.*, 122 nega che nell'accesso al fondo di un terzo seguito da danno l'indennizzo sia un *minus* rispetto al risarcimento.

¹⁸¹ E' l'argomento c.d. *ab absurdo* o apagogico su cui v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2004, 176 e TARELLO, *op. cit.*; 369 s.

¹⁸² Alla ricostruzione proposta, qualcuno potrebbe obiettare che tra le figure normative ascritte alla categoria degli atti leciti dannosi ve ne sono alcune che contengono un indice di legittimazione del contegno dannoso e non contemplano la predeterminazione del danno giuridicamente rilevante, bensì un generico riferimento all'indennizzo. Tra queste ipotesi normative vi è l'art. 2045 c.c., il quale fa discendere dal fatto compiuto in stato di necessità una obbligazione indennitaria « la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice » (ricondata alla categoria degli atti leciti dannosi da DE CUPIS, *op. cit.*, 29 ss.; M. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Cedam, Padova, 1963, 146 ss.; RUBINO, *La fattispecie cit.*, 205); e vi è l'art. 142 l. a. menzionato nel testo che ammette il ritiro dell'opera dal commercio salvo l'obbligo di indennizzare i titolari di diritti patrimoniali sull'opera (annoverata tra gli atti leciti dannosi da DE CUPIS, *op. cit.*, 25; G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959, 41 s.). Peraltro, a questa obiezione eventuale si potrebbe rispondere, anzitutto,

Tirando le fila del discorso, si può ribadire che la categoria dell'atto lecito dannoso presenta uno spiccato margine di autonomia strutturale rispetto al modello risarcitorio. Nondimeno, si deve concludere che, similmente a quest'ultimo, essa è genericamente finalizzata alla riparazione di un danno¹⁸³: si tratti di risarcimento integrale o di compensazione *lato sensu*, infatti, la funzione sottesa ai due istituti è (anche se non quantitativamente) qualitativamente analoga. E, per questa via, dovrebbero potersi estendere all'obbligazione indennitaria quegli aspetti della disciplina del risarcimento del danno che siano ispirati alla funzione compensativa propria di quest'ultimo: si può pensare, a titolo meramente esemplificativo, alla regola della solidarietà passiva che governa il debito risarcitorio per il caso di concorso di più danneggiati (arg. ex art. 2055 c.c.).

3. – Sempre ai confini dell'area occupata dalla responsabilità civile, ma sul versante diametralmente opposto a quello appena indagato, si collocano una moltitudine di previsioni legislative che contemplano le figure che, in apertura, abbiamo chiamato obbligazioni pecuniarie da *atto illecito non dannoso*; emulando così – *a contrario* e solo

osservando che all'incompletezza di queste due norme in punto di descrizione del danno risarcibile fa da *pendant* una collocazione ermeneutica meno sicura delle fattispecie in esse contemplate all'interno della categoria degli atti leciti dannosi [così, in particolare, lo stato di necessità viene spesso ricondotto alle cause di esclusione della colpevolezza (in questo senso, *ex multis* MONATERI, *Manuale cit.*, 262 ss. e MESSINEO, *op. cit.*, 513); ed il ritiro dell'opera dal commercio viene qualificato come vero e proprio inadempimento contrattuale da cui scaturisce l'obbligo di risarcire il danno (così, *inter alios*, P. GRECO e P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere d'ingegno*, in *Trattato di diritto commerciale Vassalli*, Utet, Torino, 1974, 120 e, in senso simile, P. AUTERI, *Diritto d'autore*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2012, 582)]. Ove, invece, si condivide senz'altro l'inclusione di queste figure nel novero degli atti leciti dannosi si potrebbe, coerentemente, ritenere che il legislatore abbia eccezionalmente lasciato al giudice il compito di selezionare il danno rilevante in funzione dell'esito del bilanciamento da lui operato tra i contrapposti interessi; selezione, che quindi l'organo giudicante dovrebbe effettuare emulando il criterio usualmente adottato dalla legge con riguardo alle altre figure di atti leciti dannosi e, dunque, in definitiva, compensando solo il danno intrinsecamente collegato alla lesione e trascurando i riflessi pregiudizievoli ulteriori.

¹⁸³ Il *discrimen* tra risarcimento integrale e tutela compensativa *lato sensu* diviene assai evidente nelle obbligazioni indennitarie che reagiscono alla lesione *iure* del diritto di proprietà. Infatti, come osservano DI MAJO, *op. cit.*, 99 e 334 e A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, Milano, 1998, 295 e A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1995, 904, attraverso queste prestazioni pecuniarie l'ordinamento si preoccupa in primo luogo di elidere l'incremento patrimoniale sprovvisto di giustificazione conseguito da una parte e solo di riflesso di rimediare al pregiudizio patito dall'altra; ed a tale stregua, il sacrificio patrimoniale imposto dalla legge all'arricchito rinviene la propria spiegazione in una logica di restituzione, ancorché esso determini a vantaggio dell'altra parte un effetto anche compensativo.

provvisoriamente – lo sforzo definitorio compiuto da Rubino in relazione alla ben distinta categoria delle obbligazioni pecuniarie da *atto lecito dannoso*.

L'espressione ideata dal giurista palermitano e la nostra contengono un elemento appositamente inserito per discriminare l'uno e l'altro fenomeno normativo dalla fattispecie cui si ricollega l'obbligazione pecuniaria risarcitoria. Segnatamente, nella locuzione da noi impiegata quel profilo differenziale è evidenziato mediante l'impiego del qualificativo negativo *non dannoso*. È su questo aspetto che occorre pertanto riflettere in via preliminare, al fine di cogliere la peculiarità del fenomeno giuridico indagato ed apprezzare il criterio impiegato nella selezione delle figure normative, dalla cui essenza si cercherà di attingere gli elementi strutturali e funzionali di una categoria autonoma.

Ora, per cogliere il senso che il *non danno* riveste nell'ambito della nostra ricerca conviene soffermarsi, per un momento, sulla nozione e sul ruolo che il *danno* riveste all'interno dello statuto risarcitorio.

Quanto alla prima, occorre segnalare che – secondo l'orientamento oggi dominante, sebbene non privo di incrinature – il danno risarcibile non coincide con la mera lesione astratta di un interesse giuridicamente protetto, bensì con le conseguenze pregiudizievoli concrete ed ulteriori che discendono, a carico dell'offeso, da una condotta che è illecita in quanto lesiva di un interesse tutelato dall'ordinamento.

Con riguardo al ruolo del danno, si deve osservare che esso, nella sua concreta dimensione, è fatto costitutivo (*Tatsache*) della fattispecie (*Tatbestand*) di responsabilità civile. Infatti, tale elemento è dotato di una puntuale rilevanza giuridica, che si evince dalla disciplina degli effetti ad esso ricollegati dalla legge¹⁸⁴. In particolare, la

¹⁸⁴ L'impostazione seguita nel testo è frutto dell'adesione alla concezione tradizionale di "fatto giuridico" ovvero quella secondo cui un determinato avvenimento acquista rilevanza giuridica nel momento in cui il diritto gli riconnette il sorgere di conseguenze giuridiche e, per contro, restano confinati nell'area dell'irrelevanza giuridica tutti quei fatti che l'ordinamento lascia sprovvisti di effetti giuridici (cfr., tra gli altri, S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XIV, t. 2, Giuffrè, Milano, 1989, 181; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Jovene, Napoli, 1966, 106; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, v. 1, Cedam, Padova, 1936, 65 s.).

A margine, va dato atto dell'esistenza di due diverse linee di pensiero sviluppatasi in contrapposizione a quella appena riassunta. Secondo una prima tesi, il fatto rappresenta un'entità extragiuridica che diviene rilevante per il diritto quando possiede tutti gli elementi contemplati nell'ipotesi normativa ed indipendentemente da una sua efficacia immediata. Ed, in tal guisa, la rilevanza giuridica coincide con « l'idoneità di un atto a provocare mutamenti nella sfera delle effettualità giuridiche, e si esprime perciò come efficacia potenziale » derivante dalla sussunzione del fatto in un determinato tipo legale (così A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941, 27). Secondo un'altra

sussistenza di conseguenze pregiudizievoli ha, anzitutto, una portata condizionante in ordine alla produzione dell'effetto giuridico risarcitorio che, come è noto, si risolve nella seguente alternativa: se c'è danno, vi è risarcimento; se danno non c'è, neppure vi è risarcimento (arg. ex artt. 1218 e 2043 c.c.). La consistenza di quelle medesime conseguenze pregiudizievoli riveste poi un rilievo decisivo anche sul piano della specificazione del contenuto dell'effetto giuridico, posto che la misura dell'obbligazione risarcitoria deve riflettere con esattezza la dimensione del danno (arg. ex art. 1223 c.c.).

Ecco, allora, che in senso speculare alla nozione e alla portata che il *danno* assume all'interno dello statuto risarcitorio si può impiegare il sintagma *non danno* per descrivere sinteticamente la seguente caratteristica negativa: l'assenza di conseguenze pregiudizievoli nella fattispecie a cui una disposizione di legge ricollega un'obbligazione pecuniaria da atto illecito; o, il che è lo stesso, l'irrelevanza giuridica di un danno in senso proprio ai fini della produzione dell'effetto (obbligazione pecuniaria, appunto) sancito dalla norma¹⁸⁵.

Si badi, peraltro, che nel sintagma *non danno* il danno è assunto come elemento giuridico e non come elemento fattuale. Il che significa che dal concreta realizzazione dell'atto illecito indicato dalla norma un pregiudizio può anche derivare e, perciò, esistere nella realtà empirica; ma, in ogni caso, resta fermo che il verificarsi di un danno non assume alcuna portata condizionante in relazione all'effetto normativamente

impostazione, il fatto è un dato storico e naturalistico che diviene giuridicamente rilevante in virtù di un'astrazione del pensiero che, una volta accertatolo, lo sussume all'interno di uno dei modelli normativi previsti dall'ordinamento. Cosicché possiede rilevanza giuridica soltanto il fatto che si lascia ridurre ad un tipo, mentre resta irrilevante il fatto che non riceve alcun predicato giuridico. In quest'ottica il giudizio di rilevanza giuridica prescinde del tutto dalla circostanza del prodursi o meno di effetti giuridici, i quali non discendono mai dal fatto – che appartenendo alla natura o alla storia è idoneo a produrre conseguenze giuridiche – bensì scaturiscono dalla norma quando il fatto astrattamente previsto si è concretamente verificato rendendo possibile il giudizio di sussunzione (cfr. N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 ss.)

¹⁸⁵ È bene precisare che l'espressione *non danno* vuol semplicemente dire che il danno è giuridicamente irrilevante e che essa non indica invece un fatto giuridico negativo, comunque facente parte integrante delle singole fattispecie (sulla nozione di fatto giuridico negativo v. C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico – Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 124). Infatti, nelle disposizioni che contengono obbligazioni pecuniarie da atto illecito non dannoso, la sussistenza o meno di un danno, semplicemente, non condiziona in alcun modo la produzione dell'effetto giuridico; diversamente, se fosse un fatto giuridico negativo interno alla fattispecie, il non danno avrebbe una precisa rilevanza impeditiva dell'effetto giuridico.

previsto; sicché, in definitiva, la locuzione *atto illecito non dannoso* non sta per *atto illecito realmente non dannoso*, ma per *atto illecito non necessariamente dannoso*.

Così tracciato il *discrimen* tra *danno* e *non danno*, si può iniziare a censire il materiale legislativo che rappresenterà la base su cui tentare di edificare una nuova categoria giuridica¹⁸⁶. In particolare, formeremo un primo inventario scegliendo, tra le obbligazioni pecuniarie da atto illecito non dannoso, quelle solitamente accostate dalla letteratura (e, seppur più di rado, anche dalla giurisprudenza) al modello di matrice angloamericana dei danni punitivi. Il fatto che tale riferimento emerga con una certa frequenza nella descrizione di alcune figure normative segnala che gli interpreti intravedono in esse un qualche profilo, ad esse omogeneo, tale da giustificare il comune abbinamento ai *punitive damages*; anche se poi nessun autore si cura di chiarire quale sia quel dato di uniformità, ritenendo esaustivo il mero richiamo all'istituto straniero. Su questa intuizione dottrinale – diffusa, benché celata dietro l'argomento comparatistico – conviene dunque fare affidamento nel selezionare le figure normative che, nell'economia del presente lavoro, rappresentano il punto di avvio della ricerca volta a rinvenire un tratto unificante attorno a cui articolare la costruzione di una categoria giuridica omogenea.

Compiuta questa premessa e procedendo con la rassegna, vi è anzitutto da richiamare il già menzionato art. 12 della legge 47/1948 che fa discendere dal fatto di reato consistente nella diffamazione a mezzo stampa il diritto della vittima a domandare *a titolo di riparazione una somma* commisurata alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato; diritto che del tutto prescinde, quindi, dall'accertamento di un danno patrimoniale o non patrimoniale subito¹⁸⁷. Qualora poi dal contegno lesivo della

¹⁸⁶ Come osserva TARELLO, *op. cit.*, 387, infatti, il censimento rappresenta il passaggio necessariamente preliminare alla classificazione.

¹⁸⁷ Che il danno non assurga ad elemento integrante della fattispecie da cui dipende l'effetto giuridico consistente nella riparazione pecuniaria si evince dal rinvio effettuato nell'*incipit* dell'art. 12 al fatto penalmente rilevante della diffamazione a mezzo stampa; si tratta, in particolare, del delitto di diffamazione tipizzato dall'art. 595 c.p., ulteriormente aggravato dalla circostanza che l'offesa dell'altrui reputazione sia avvenuta con il mezzo della stampa (arg. *ex art.* 13 l. 47/1948). E considerato che tra gli elementi costitutivi del reato vi sono la condotta, l'evento, il nesso causale, il dolo, ma non il danno; ne risulta, a rigore, che pure la riparazione pecuniaria prescinde dalla sussistenza di qualsivoglia pregiudizio. D'altronde, a corroborare quest'interpretazione depone anche il testo della Relazione della Sottocommissione ad hoc, in Documenti, Assemblea Costituente, Doc. 15-A, p. 5: al fine « di soddisfare la necessità, vivamente sentita, di colpire con efficaci sanzioni, anche di carattere civile, la stampa libellista contraria al costume della libertà civile » s'introduce « la riparazione come una aggiunta, non solo ai danni patrimoniali, ma anche a quelli non patrimoniali ». L'irrelevanza del danno ai fini della liquidazione della riparazione pecuniaria *ex art.* 12 l. 47/1948 è pacifica in giurisprudenza: in tal senso, *ex*

reputazione siano ulteriormente scaturite delle conseguenze pregiudizievoli, la medesima norma accorda testualmente alla persona offesa il potere di chiedere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 185 c.p. in aggiunta alla riparazione.

All'interno del codice civile, si può considerare l'art. 70 disp. att. c.c. a mente del quale per « le infrazioni al regolamento di condominio » può « essere stabilito, a titolo di *sanzione*, il pagamento di una somma fino ad euro 200 e, in caso di recidiva, fino ad euro 800 »; prestazione pecuniaria, che deve essere « devoluta al fondo di cui l'amministratore dispone per le spese ordinarie » (*i. e.*, al condominio). Il compimento di un atto illecito, in quanto vietato dal regolamento, rappresenta il solo presupposto necessario ai fini dell'irrogazione della *sanzione* pecuniaria da parte dell'assemblea condominiale (v. art. 70 disp. att. in fine); infatti, la disposizione contiene un riferimento espresso alla sola infrazione, per tale intendendosi la trasgressione dei doveri di volta in volta contemplati nel regolamento di condominio¹⁸⁸. Di contro, il danno non viene esplicitamente menzionato; né sembra che tale profilo effettuale possa ritenersi implicitamente ricompreso nella nozione di infrazione¹⁸⁹.

Volgendo lo sguardo al codice di rito, l'art. 815, comma 4, c.p.c. statuisce che « nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione » dell'arbitro rituale, il presidente del tribunale « condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una *somma* equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense ». Anche in questo caso, l'accertamento giudiziale di un comportamento vietato è condizione sufficiente a far scattare una conseguenza economica negativa che grava sull'autore dell'illecito e si traduce in un beneficio per la vittima dello stesso; mentre, all'uopo, resta giuridicamente irrilevante l'eventuale verificarsi di un danno.

multis v. le recenti Trib. Salerno 7 gennaio 2016, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Taranto 15 dicembre 2015, disponibile su www.leggiditalia.it, ove si legge che ai fini della condanna alla riparazione pecuniaria è sufficiente il perfezionamento del delitto di diffamazione a mezzo stampa.

¹⁸⁸ Così, ad esempio, dalla casistica giurisprudenziale emerge che ai fini dell'irrogazione della sanzione sono sufficienti: la mera violazione del divieto di far sostare un veicolo all'interno degli spazi comuni (Cass., 26 gennaio 1995, n. 948, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 860); il solo mancato rispetto degli orari fissati in regolamento per lo scuotimento di panni e tovaglie e per la battitura dei tappeti (Cass., 26 giugno 2006, n. 14735, in *Imm. e propr.*, 2006, 11, 721); il semplice fatto di aver adibito l'unità immobiliare abitativa ad usi vietati dal regolamento qual è ad esempio la destinazione a poliambulatorio medico (Cass., 21 aprile 2008, n. 10329, disponibile su www.leggiditalia.it). Nel senso dell'irrelevanza del danno ai fini dell'irrogazione della sanzione condominiale si esprime M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 2006, 63.

¹⁸⁹ Secondo il DEVOTO-OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, il sostantivo 'infrazione' significa infatti semplicemente trasgressione, violazione di una norma.

All'interno della legislazione speciale, poi, si può considerare ai nostri fini il terzo comma dell'art. 3 della l. 18 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) che riconnette al ritardo nel pagamento dovuto dal committente al subfornitore, che ecceda trenta giorni « una *penale* pari al cinque per cento dell'importo » non corrisposto, che va ad aggiungersi agli interessi moratori¹⁹⁰ ed al risarcimento del danno ulteriore; e si può altresì menzionare la norma scaturente dalla lettura sistematica degli artt. 2 e 3 della l. 15 dicembre 1990, n. 386 (Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari) che fa gravare su colui che abbia emesso « un assegno bancario o postale che, presentato in tempo utile, non viene pagato in tutto o in parte per difetto di provvista » l'obbligo di « corrispondere al prenditore o al giratario che agisce nei suoi confronti per il pagamento del titolo una *penale* pari al dieci per cento della somma dovuta e non pagata ». In queste due disposizioni, come nelle precedenti, il sorgere di un'obbligazione pecuniaria rappresenta l'effetto giuridico di una fattispecie tra i cui elementi costitutivi vi è un atto illecito e non vi è invece traccia di danno¹⁹¹.

Ad evitare fraintendimenti, conviene compiere, già in relazione a questo primo campione legislativo, una puntualizzazione. Il fatto che talune norme facciano gravare sull'autore di un illecito un'obbligazione pecuniaria che va a vantaggio della vittima a prescindere dalla sussistenza di un danno, non esclude che possa altresì sorgere l'obbligazione risarcitoria nel caso in cui da quello stesso atto siano derivate delle conseguenze pregiudizievoli (e, naturalmente, sempreché esistano pure gli altri requisiti della fattispecie di responsabilità contrattuale od extracontrattuale). Tale eventuale duplicità di reazioni dell'ordinamento deve ritenersi consentita, come è ovvio, nell'ipotesi in cui una disposizione normativa l'abbia testualmente prevista (come accade negli artt. 12 l. 47/1948 e 3, comma 3, l. 192/1998)¹⁹². Ma il potenziale cumulo deve ammettersi anche qualora il legislatore abbia collegato ad un illecito una conseguenza patrimoniale negativa indipendente dal verificarsi di un danno, senza

¹⁹⁰ Si tratta degli interessi di mora pari al tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali maggiorato di otto punti percentuali, su cui v. *infra* § 8.

¹⁹¹ Sulla comminabilità della penale ex art. 3 l. 386/1990 sulla base del solo atto illecito consistente nell'emissione dell'assegno a vuoto indipendentemente dal danno patito dal portatore del titolo v. BARATELLA, *op. cit.*, 169.

¹⁹² Sul cumulo tra risarcimento del danno e riparazione pecuniaria ex art. 12 l. 47/1948 cfr. da ultimo Cass., 26 giugno 2007, n. 14761, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce *Responsabilità civile*, n. 226; in dottrina v. V. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985, 324 e, più di recente, C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1763.

richiamare espressamente il risarcimento (come avviene negli artt. 70 disp. att. c.c.; 815, comma 4, c.p.c.; 3 l. 386/1990); infatti, a fronte di quei comportamenti, la tutela risarcitoria sarà comunque applicabile per forza propria degli artt. 1218 ss. e 2043 ss., ogniqualvolta se ne verificano tutti gli specifici presupposti¹⁹³.

Se in certi casi, come in quello appena considerato, i silenzi del legislatore non recano alcun disturbo all'interprete¹⁹⁴, altre volte l'impiego di una tecnica redazionale eccessivamente laconica impone invece un notevole sforzo ermeneutico. In particolare, nell'ambito della nostra attività di rastrellamento del materiale legislativo, al fine di raccogliere le obbligazioni pecuniarie da atto illecito non dannoso, crea difficoltà di non poco conto la recente emersione a livello di legislazione ordinaria di norme c.d. senza fattispecie. Ovvero, di norme che il legislatore redige con il preciso intento di affermare un valore preminente e senza aver cura di ricalcare lo schema consueto della regola di diritto, composto dalla descrizione astratta e precisa di una determinata ipotesi fattuale e dalla correlativa previsione del suo trattamento giuridico¹⁹⁵; norme che risultano, dunque, strutturalmente imperfette.

Emblematico di tal genere legislativo è il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. (aggiunto dall'art. 45 della l. 18 giugno 2009, n. 69), secondo cui « in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata »¹⁹⁶. Preoccupato di perseguire i valori del buon

¹⁹³ Anche se dalla casistica non è mai emersa la necessità di una specifica pronuncia sul punto, si può comunque affermare che il condominio ed i singoli condomini possono altresì domandare il risarcimento del danno provocato dall'infrazione a ciascuno (GRANELLI, *op. cit.*, 1764), e, similmente, che il portatore dell'assegno a vuoto può beneficiare della penale e chiedere in aggiunta ad essa il ristoro del pregiudizio altresì patito (così G. L. PELLIZZI - G. PARTESOTTI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, Cedam, Padova, 2004, 579; G. SICCHIERO, *Aspetti civilistici della nuova legge per la repressione dell'emissione dell'assegno a vuoto*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 171 ss.).

¹⁹⁴ Interprete che, anzi, fa affidamento sull'ipotesi di un legislatore non ridondante ed opera nella « credenza che il legislatore [...] segua criteri di economicità e non sia ripetitivo : cioè che non produca – attraverso l'enunciazione di enunciati nuovi, o più particolari, o subordinati – la stessa norma che già era valida ed efficace » (argomento c.d. economico o del legislatore non ridondante; su cui v. TARELLO, *op. cit.*, 371). E ridondante sarebbe richiamare la disciplina generale della responsabilità civile, ogniqualvolta si discorre di un atto lesivo di una posizione giuridicamente tutelata (e potenzialmente dannoso).

¹⁹⁵ La scoperta e l'approfondimento di questo fenomeno normativo si deve a N. IRTI, *La crisi della fattispecie* cit., 36 ss. e ID., *Un diritto incalcolabile* cit., 11 ss.

¹⁹⁶ Ai fini di un'adeguata comprensione, si considerino anche il tenore degli altri due commi dell'art. 96 (*Responsabilità aggravata*): « [s]e risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata,

funzionamento e dell'efficienza della giustizia e, più in particolare, la ragionevole durata del processo¹⁹⁷, il legislatore della riforma ha impiegato una formula sibillina¹⁹⁸; ed ha affidato al generico inciso d'esordio « in ogni caso » il compito di individuare la *species facti* cui si aggancia l'effetto giuridico; limitandosi alla descrizione – oltretutto, *minus quam perfecta* – della conseguenza rimediale¹⁹⁹. Di fronte ai dubbi lasciati dalla formulazione letterale della norma in ordine ai presupposti dell'innovativo potere di condanna del giudice, letteratura e giurisprudenza si sono cimentate nel tentativo di ricostruire per quelle poche parole un significato accettabile. Questa attività di completamento del tenore testuale dell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. ha condotto ad una soluzione largamente maggioritaria sia pure non unanime: che tra i fatti costitutivi della fattispecie cui si raccorda il rimedio ivi testualmente previsto, vi sia un contegno processuale illecito e, di contro, non vi sia un danno. Segnatamente – traendo spunto dai primi due commi dell'art. 96 – si ritiene che la condanna al pagamento di una somma equitativamente determinata in favore della controparte possa esser officiosamente pronunciata dal giudice quando risulta che la parte soccombente ha agito o resistito con mala fede o colpa grave (arg. ex 1° comma dell'art. 96); ovvero consta che egli ha imprudentemente promosso l'esecuzione di un provvedimento cautelare, trascritto una domanda giudiziale o iscritto un'ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata (arg. ex 2° comma dell'art. 96)²⁰⁰.

su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente ».

¹⁹⁷ Essenzialmente queste sarebbero le finalità sottese all'intervento legislativo secondo una formula corrente nella giurisprudenza di legittimità e di merito: v. Cass., 22 ottobre 2014, n. 22465, disponibile su www.lex24.ilsole24ore.com; e Trib. Napoli 4 novembre 2013, in *Gazzetta forense*, 2014, 5, 84

¹⁹⁸ La doglianza relativa allo scarno tenore letterale del capoverso aggiunto in fine all'art. 96 c.p.c. è un *leitmotiv* in pressoché tutti i contributi sul tema: cfr. ex *pluribus* v. G. FIENGO, *La responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 2016, 117; R. BRENDA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. ed i punitive damages. Considerazioni in margine ad un caso giudiziario*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, 1885; T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2011, 55 s.

¹⁹⁹ Come osserva S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1036 s. si tratta di un *modus operandi* frequentemente impiegato dal legislatore comunitario che tende a predisporre « direttamente i rimedi a fronte delle istanze di protezione considerate, piuttosto che organizzare la sua disciplina intorno allo schema, a noi più familiare, della fattispecie originatrice di situazioni giuridiche soggettive ».

²⁰⁰ A sostegno di questa ricostruzione v. ex *pluribus*: in letteratura, DALLA MASSARA, *op. cit.*, 59 s.; M. VACCARI, *L'art. 96, comma 3°, cod. civ. proc.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 73; G. BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile (un primo commento della L. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 3, 777 ss.; ed in giurisprudenza v. Corte Cost., 31 maggio 2012, n. 138 disponibile su www.cortecostituzionale.it; Cass., ord. 11 febbraio 2014, n. 3003, disponibile su www.lanuovaproceduracivile.com; Cass., ord. 30 novembre 2012, n. 21570,

Ripercorriamo brevemente l'itinerario ermeneutico su cui si fonda tale esito per testarne la ragionevolezza e, con essa, soprattutto l'opportunità di un inserimento dell'art. 96, comma 3, c.p.c. all'interno del nostro elenco delle obbligazioni pecuniarie da atto illecito non dannoso.

Il metodo impiegato dall'orientamento dominante consiste nell'integrazione verticale della norma²⁰¹. Tale strumento ermeneutico si fonda sulla valorizzazione del collegamento tra l'ultimo comma dell'art. 96, aggiunto dalla novella, ed i suoi primi due commi, già esistenti nella versione originaria del codice di rito; e si attua selezionando da questi ultimi i dati fattuali necessari a riempire la fattispecie, testualmente mancante, del terzo comma. E precisamente, premesso che i presupposti delle condanne risarcitorie contemplate dai primi due commi sono un elemento subiettivo, un comportamento illecito, un danno ed il nesso causale tra illecito e danno²⁰², è tra questi che deve compiersi la scelta volta a colmare il vuoto dell'ultimo capoverso della disposizione. Peraltro, di scelta si tratta e non di importazione *tout court*: occorre infatti attribuire un qualche ruolo all'espressione « in ogni caso » che, impiegata in apertura del nuovo comma, imprime un evidente distacco rispetto a quel che precede. Fissate queste premesse attraverso l'argomento topografico e letterale, la ricostruzione ermeneutica in discorso opta dunque per una trasposizione necessariamente parziale delle fattispecie contemplate dai primi due commi. Esauriti gli indizi utilmente reperibili nel contesto dell'articolo, l'individuazione degli elementi fattuali da esportare viene compiuta guardando ai lavori preparatori della riforma²⁰³; all'interno dei quali si rinviene la specifica intenzione del legislatore di incrementare le potenzialità applicative

in *Danno e resp.*, 2013, 299 ss. con commento di G. VANACORE; Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 3134 ss.; Trib. Verona 7 febbraio 2012, disponibile su www.ilcaso.it; Trib. Bari 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2171 ss.

²⁰¹ Con riferimento all'ultimo comma dell'art. 96 il metodo dell'integrazione verticale è impiegato nella persuasiva argomentazione svolta da DALLA MASSARA, *op. cit.*, 57 ss.

²⁰² Le fattispecie del primo e del secondo comma dell'art. 96 c.p.c., così come descritte nel testo, sono a loro volta frutto di un'attività ermeneutica di integrazione: gli elementi costitutivi del danno e del nesso causale vengono infatti attinti dal contenuto della fattispecie generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., di cui la responsabilità aggravata rappresenta una specificazione: in tal senso A. DONDI e A. GIUSSANI, *Appunti sul problema del processo civile nella prospettiva «de iure condendo»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 ss.; G. BONGIORNO, voce *Responsabilità aggravata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 1 ss.; F. CORDOPATRI, voce *Responsabilità processuale aggravata*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1988, 1482 ss.; e Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 2011, I, 3134; Cass. 8 giugno 2007, n. 13395, in *Foro it. Rep.*, 2007; Trib. Varese 30 ottobre 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 488, con nota di R. BREDA.

²⁰³ Osserva TARELLO, *op. cit.*, 366, che l'argomento psicologico (o ricorso alla volontà del legislatore concreto) conserva una spiccata utilità quando « il tempo in cui l'enunciato oggetto di interpretazione è emesso, è vicino al tempo in cui l'attribuzione di significato viene decisa, motivata o proposta ».

della norma sulla responsabilità aggravata, fino ad allora assai ridotte dall'onere esistente in capo alla parte vittoriosa di provare il danno concretamente subito a causa delle condotte processuali tenute da controparte e vietate dai commi 1 e 2 dell'art. 96²⁰⁴. Ed a tale stregua, l'opinione maggioritaria giunge ad affermare che solamente i contegni illeciti, rispettivamente contemplati dal primo e secondo capoverso, integrano verticalmente la *species facti*, cui si raccorda la condanna al pagamento della somma equitativamente determinata; e che, per converso, resta giuridicamente irrilevante l'eventuale danno sofferto a causa di tale condotta.

Ora, a voler formulare – ai limitati fini della nostra raccolta – un giudizio sintetico su questa ricostruzione, si può osservare che essa è frutto di un buon esercizio di positivismo giuridico da parte dell'interprete; il quale risulta, tenuto conto delle poche parole e dei tanti silenzi del capoverso finale dell'art. 96 c.p.c., viepiù apprezzabile. Letteratura e giurisprudenza maggioritarie hanno infatti sfruttato al meglio le potenzialità dello scarno materiale testuale a loro disposizione ed hanno saputo coniugarlo con l'obiettivo perseguito dalla riforma; rendendo così esplicito il significato della norma (in)espressa dal legislatore²⁰⁵. La persuasività logico-argomentativa della

²⁰⁴ A questo proposito cfr. ancora FIENGO, *op. cit.*, 115 che osserva come la relazione illustrativa della riforma del 2009 dichiarasse la precisa finalità di ampliare l'ambito applicativo dello strumento della responsabilità aggravata sollevando la vittima del comportamento processuale scorretto dall'onere di provare il danno sofferto.

²⁰⁵ Peraltro, non sembrano altrettanto condivisibili le seguenti tesi ricostruttive formulate in alternativa a quella esposta nel testo.

Secondo una prima teoria (sostenuta in dottrina da M. F. GHIRGA, *La riforma della giustizia nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 459; e in giurisprudenza da T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26, in *Giur. merito*, 2010, 831) la condanna *ex art. 96 co. 3* prescinde da un danno, ma anche da un illecito; essendo ancorata al mero fatto della soccombenza della parte nei cui confronti può essere pronunciata. L'inciso d'apertura « in ogni caso » varrebbe dunque ad imprimere un distacco totale dalle fattispecie contemplate dai commi 1 e 2 del medesimo articolo. In quanto finisce per conferire al giudice una sorta di potere assoluto di sanzionare la parte soltanto per aver agito o resistito in giudizio, una simile lettura si pone in contrasto con l'art. 24 Cost. (in tal senso, correttamente, DALLA MASSARA, *op. cit.*, 59); e, pertanto, dev'essere scartata dall'interprete, a cui gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale impongono di scegliere tra i significati possibili di una disposizione quello compatibile con la Costituzione.

Secondo un'altra tesi (accolta in letteratura da R. GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 437; e nella giurisprudenza di merito da Trib. Bari 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2171; Trib. Torino, ord. 16 ottobre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 2701 e Trib. Terni, ord. 17 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2011, 2701) la fattispecie cui si ricollega il potere di condanna giudiziale andrebbe rinvenuta all'esterno dell'art. 96 e, precisamente, s'identificherebbe con la violazione dolosa od anche meramente colposa del dovere di comportarsi secondo lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c.; e prescinderebbe invece dalla sussistenza di un danno. Sebbene preferibile rispetto alla prima in quanto maggiormente rispettosa della garanzia costituzionale del diritto di azione, questa opinione non può essere condivisa in quanto non tiene in nessun conto la precisa scelta del legislatore di collocare la nuova norma in fine all'art. 96; anziché, ad esempio, all'interno di un ipotetico art. 88-bis.

ricostruzione dominante della fattispecie dell'art. 96, ultimo comma, c.p.c. consente allora di farvi affidamento al fine di includere il fenomeno giuridico ivi regolato nel nostro elenco delle obbligazioni pecuniarie da atto illecito non dannoso.

Come già osservato a margine e con riferimento al campione precedentemente raccolto, si può infine ripetere, anche in relazione all'art. 96, comma 3, c.p.c., che la condanna al pagamento di una somma equitativamente determinata ben può coesistere con un'eventuale condanna al risarcimento del danno, ogniqualvolta dal contegno processuale illecito del soccombente sia derivato un nocumento concreto e dimostrato nella sfera di controparte; interpretazione che – già suggerita dalle differenze strutturali tra le due pronunce – riceve un'evidente conferma dall'impiego dell'avverbio « altresì » all'interno del testo della disposizione²⁰⁶.

A conclusione – si badi, meramente provvisoria – del nostro inventario di obbligazioni pecuniarie da atto illecito non dannoso va infine citato un istituto previsto dall'art. 26 del d.lgs. 104/2010, che rappresenta l'*analogon* della pronuncia contemplata nell'ultimo capoverso dell'art. 96 c.p.c. nel contesto del processo amministrativo. Ancorché riduttivamente rubricata “Spese di giudizio”, tale disposizione espone la parte

Secondo un'ulteriore ricostruzione (proposta da G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 264) la fattispecie da cui dipende la condanna di cui all'ultimo comma coinciderebbe ora con quella del primo comma, ora con quella del secondo comma; ma in ambedue le alternative tra gli elementi costitutivi vi sarebbe (non soltanto l'illecito, ma) anche il danno. La novità introdotta dal legislatore consisterebbe allora, semplicemente, nell'attribuzione al giudice di un potere officioso-equitativo finalizzato a sopperire *in extremis* all'insuccesso della parte non soccombente nel fornire la dimostrazione del pregiudizio sofferto a causa dell'illecito. Così opinando, questa tesi finisce per contraddire la sua stessa premessa: che il danno sia effettivamente elemento integrante la fattispecie dell'art. 96 co. 3. Vero è che la *relevatio ab onere probandi* e l'attribuzione al giudice di un potere suppletivo non sono di per sé incompatibili con l'affermazione secondo cui il danno è presupposto dell'effetto giuridico contemplato dalla norma. Ma va anche considerato che qui l'intervento pretorio *adiuvandi vel supplendi causa* può essere attuato ad istruzione conclusa; sicché l'attivarsi del giudice non solo solleva il (preteso) danneggiato dall'onere di provare l'esistenza di un danno, ma nei fatti impedisce altresì al (preteso) danneggiante ogni possibilità di fornire la prova che un pregiudizio non si è invero verificato. In queste circostanze, il danno - che secondo la ricostruzione in parola è elemento della fattispecie – diviene al contempo oggetto di un'inedita presunzione *iuris et de iure* di iniziativa pretoria e, a tale stregua, la sua concreta sussistenza risulta giuridicamente irrilevante ai fini della condanna; il che equivale a dire – ed ecco la contraddizione – che il danno non è elemento integrante la fattispecie sostanziale. Oltretutto per la sua contraddittorietà, la teoria in discorso non può essere condivisa in quanto sembra porsi in contrasto con uno dei (pochi) indici letterali a disposizione dell'interprete. In parte *qua* prefigura un'alternanza secca tra la condanna al risarcimento del danno dimostrato e la condanna al pagamento di una somma equitativamente determinata in difetto di prova del danno, questa costruzione non tiene in debita considerazione la presenza nel testo della norma dell'avverbio « altresì », segno evidente del fatto che il legislatore del 2009 aveva invece immaginato la possibilità di cumulo tra il nuovo rimedio e quelli preesistenti; come si dice subito appresso nel testo.

²⁰⁶ Anche su questo punto concorda l'opinione dominante: v., *inter alia*, DALLA MASSARA, *op. cit.*, 69; VACCARI, *op. cit.*, 80 s.; G. MORLINI, *Il punto sulle spese di lite e la responsabilità per lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 2097 s.; G. BUFFONE, *Un «grimaldello normativo» in ambito civile per frenare la proliferazione di liti temerarie*, in *Guida dir.*, 2011, 50.

soccombente ad una serie piuttosto articolata di condanne aventi ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro: condanna al rimborso delle spese processuali; condanna al risarcimento dei danni sofferti dalla controparte a causa della lite, ove questa risulti temeraria; condanna al versamento al bilancio dello Stato di una sanzione pecuniaria, quale conseguenza ulteriore dell'aver agito o resistito in giudizio con temerarietà; ed infine – con formula che rievoca quella contenuta nell'art. 96, comma 3, c.p.c. – condanna al « pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata [comunque non superiore al doppio delle spese liquidate] in presenza di motivi manifestamente infondati ». Quest'ultima prestazione pecuniaria è oggetto di una pronuncia che « in ogni caso, il giudice, anche d'ufficio » può emettere sulla base del mero accertamento di un comportamento processuale illecito, che qui – a differenza che nella fattispecie testé incontrata nel codice di procedura civile – è puntualmente descritto dal legislatore senza fare alcun riferimento alla sua eventuale dannosità. Tale condanna potrà poi cumularsi, al pari di quelle precedentemente catalogate, con il risarcimento del pregiudizio sofferto dalla parte vittoriosa in conseguenza di una lite che risulti complessivamente temeraria (arg. ex art. 26, comma 1 che fa espresso rinvio all'art. 96 c.p.c.).

Essendo a questo punto dotati di un campione sufficientemente rappresentativo, è possibile interrompere momentaneamente l'attività di censimento e procedere all'analisi delle figure ora passate in rassegna.

4. – Da un rapido sguardo alla legislazione *lato sensu* civilistica emerge la tendenza ad affiancare alla tradizionale obbligazione risarcitoria conseguenze pecuniarie ulteriori e diverse da quella. Conseguenze, che del tutto prescindono dalla sussistenza di un danno e che, in virtù di questa connotazione strutturale negativa, debbono essere considerate non risarcitorie e tenute al di fuori dell'area occupata dalla responsabilità civile. Come detto a più riprese, l'approccio asistemico seguito dal legislatore nell'introduzione di queste figure richiede all'interprete di compiere uno sforzo di astrazione finalizzato a cogliere la natura giuridica omogenea ad esse sottesa.

Al fine di impostare quest'operazione ermeneutica con il necessario strumentario di concetti, s'impone una premessa di teoria generale. Occorre, cioè, chiarire da subito che

cosa s'intende parlando di natura giuridica. Nel contesto della nostra riflessione, questa nozione esprime la sintesi della struttura e della funzione di un istituto giuridico. E, precisamente, la struttura risulta dalla combinazione della fattispecie e del correlativo effetto giuridico; mentre la funzione, a sua volta, rappresenta l'unione dello scopo e del risultato che la norma ha mostrato di considerare nel descrivere la fattispecie e nel determinarne i correlativi effetti²⁰⁷. Pertanto, pare opportuno muovere dai due profili ora delineati, per risalire alla natura giuridica del fenomeno oggetto della nostra ricerca. Quanto alla sequenza dell'argomentazione, la preferenza per un metodo induttivo – invece che per un approccio deduttivo – suggerisce di cominciare il discorso con la descrizione della struttura comune alle diverse figure giuridiche censite; e – ragionando a partire da quest'ultima – considerare solo in un secondo momento la funzione che esse assolvono nell'ambito del nostro ordinamento.

In coerenza con questo intento programmatico, la disamina può dunque iniziare osservando che la fattispecie delle singole ipotesi normative inventariate è caratterizzata dalla costante presenza di un atto giuridico tra i suoi elementi costitutivi; ovvero, di un fatto dell'uomo produttivo di conseguenze giuridiche²⁰⁸. Nella configurazione delle diverse previsioni legislative il comportamento dell'agente riveste ora carattere commissivo (es. proposizione dell'istanza di ricusazione dell'arbitro), ora natura omissiva (es. mancato pagamento del corrispettivo dovuto dal committente al subfornitore), e consiste talora in una condotta istantanea (es. emissione di un assegno scoperto), talaltra in un contegno duraturo (es. agire o resistere in giudizio), altre volte ancora nella reiterazione di un atto (es. plurime infrazioni al regolamento condominiale).

Quali che siano le sue modalità, l'atto è in ogni caso connotato da un indefettibile profilo di illiceità²⁰⁹: nel contesto di ciascuna fattispecie normativa il comportamento dell'agente viene descritto dal legislatore o quale inadempimento di un'obbligazione o quale violazione di un dovere giuridico posto a presidio dell'interesse particolare di un privato.

²⁰⁷ Si segue, in sostanza, l'impostazione dogmatica suggerita da F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione nel diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, 239 s.

²⁰⁸ E, di contro, in nessun caso si tratta di un fatto giuridico in senso stretto.

²⁰⁹ Si parla di illiceità in luogo di anti giuridicità, proprio in quanto all'interno delle previsioni normative considerate il profilo della non conformità al diritto costituisce il predicato di un atto dell'uomo e mai di un fatto: a sostegno di questa scelta cfr. SCADUTO e RUBINO, voce *Illecito (atto)* cit., 703; B. ALBANESE, voce *Illecito civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, Milano, 50; P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90.

In particolare, l'illiceità dell'atto viene determinata dalla legge mediante l'impiego di un metodo casistico. Ciò significa che l'individuazione delle singole figure di illecito è compiuta attraverso l'enunciazione di ciascun comportamento vietato all'interno di una pluralità di disposizioni normative, all'uopo appositamente dettate²¹⁰, anziché essere affidata una volta per tutte alla formulazione aperta di una clausola generale, qual è quella contenuta nell'art. 2043 c.c. L'utilizzo della tecnica dell'enunciazione casistica dei contegni riprovati dall'ordinamento suggerisce l'idea che in questo contesto illiceità sia sinonimo di tipicità, al pari di quel che accade in relazione all'illecito penale, e a differenza di quel che avviene con riguardo all'illecito aquiliano. A questa stregua, si può affermare che il denominatore comune alla fattispecie di tutte le figure normative comprese nel nostro elenco è rappresentato dalla costante presenza di un atto illecito tipico.

Fermo restando tale dato essenziale ed omogeneo, ogni fattispecie contiene poi elementi costitutivi peculiari, che concorrono a delineare – in maniera ora più, ora meno precisa – il volto dell'illecito indicato da ciascuna di esse²¹¹. Talora, la norma incorpora circostanze fattuali, che pur essendo estranee alla condotta in quanto tale, valgono a definire l'illecito rilevante ai fini della produzione dell'effetto giuridico previsto: così, a mente dell'art. 3, comma 3, l. 192/1998 è il ritardo nel pagamento protratto per un lasso temporale eccedente trenta giorni – e non già il mero inadempimento – a far scattare in capo al committente l'obbligo di corrispondere al subfornitore la penale aggiuntiva. Talaltra, il perfezionamento dell'illecito tipico dipende dal verificarsi di un determinato evento conseguente alla mera condotta: si pensi, ad esempio, all'art. 3 l. 386/1990 a tenore del quale l'emissione di un assegno senza provvista non rileva *ex se*, ma solo in quanto seguita dal mancato pagamento del titolo presentato dal prenditore o dal giratario in tempo utile. Altre volte ancora, l'illiceità dell'atto dipende essenzialmente dalla sua connotazione soggettiva: è il caso della fattispecie (descritta dal primo e) presupposta dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c., in cui il confine tra *agere licere* e lite

²¹⁰ A nostro avviso, non contraddice il metodo casistico neppure la formulazione *prima facie* lacunosa dell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: infatti – come si è argomentato in precedenza nel testo – risulta in definitiva evidente la volontà del legislatore di riferire la prestazione pecuniaria alle fattispecie rispettivamente contemplate nei primi due commi della medesima disposizione.

²¹¹ Restano invece al di fuori della fattispecie i c.d. presupposti ovvero – secondo la nozione suggerita da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 6^a ed., Jovene, Napoli, 1959, 105 – quei fatti senza i quali l'atto illecito tipico non può verificarsi, ma che non concorrono a determinarlo. Con riguardo alle nostre figure, sono tali, ad esempio, la pendenza di un rapporto processuale o di un giudizio arbitrale, il contratto di subfornitura, il condominio, etc.

temeraria è segnato, di fatto in via esclusiva, dal binomio malafede o colpa grave²¹². In ogni caso, va precisato il differente atteggiarsi della configurazione dell'atto illecito tipico all'interno di ogni disposizione normativa non vale ad elidere il tratto di uniformità rinvenuto per astrazione dall'osservazione delle figure contemplate nel nostro elenco.

Ciò detto, l'analisi strutturale può proseguire osservando che ciascuna delle norme in parola fa dipendere dalla fattispecie astrattamente delineata (e, si ricordi, a prescindere da qualsivoglia conseguenza dannosa) un effetto giuridico, che si risolve sempre nella nascita di un'obbligazione pecuniaria non risarcitoria che grava sull'autore del contegno illecito e va a beneficio del soggetto titolare dell'interesse leso. Unitamente alla fattispecie, in ogni caso connotata dalla tipizzazione normativa di un atto illecito, tale effetto concorre a formare un nucleo strutturale comune a tutte le figure oggetto del nostro censimento.

Guadagnato questo primo risultato, è bene precisare che il *quid* di omogeneità appena rinvenuto non è inficiato dalla circostanza che in talune ipotesi la previsione di legge, sempre necessaria, non sia anche sufficiente ad instaurare il nesso di causalità tra illecito tipico e correlativo effetto giuridico, ed occorra all'uopo un ulteriore atto di produzione (es. il regolamento condominiale) o un determinato atto di imposizione (es. la deliberazione assembleare, il provvedimento giudiziale). Questi profili non modificano l'essenza strutturale propria delle singole figure, ma attengono piuttosto alla fonte di determinazione o al procedimento di applicazione richiesti da ciascun congegno normativo.

Nel rispetto delle nozioni di teoria generale sintetizzate in apertura, la riflessione sulle obbligazioni da atto illecito non dannoso deve essere, a questo punto, completata mediante l'approfondimento del secondo profilo testé delineato, ossia della funzione ad esse sottesa; infatti – come si diceva – è solo dopo avere accertato che alla riscontrata omogeneità strutturale corrisponda altresì un'affinità funzionale, che si potrà eventualmente iniziare a discorrere di una natura giuridica uniforme alle nostre figure.

²¹² Posto che il comportamento consistente nell' « agire o resistere in giudizio » non può essere in alcun modo considerato vietato, risulta chiaro che i profili psicologici non assolvono tanto la funzione di criteri di imputazione di un fatto di per sé già illecito, ma piuttosto concorrono a determinare l'illiceità del fatto. Detto in altri termini: attraverso l'inserimento degli elementi subiettivi all'interno dell'art. 96, l'ordinamento esprime un giudizio circa l'ampiezza della libertà di agire e resistere in giudizio. Sul rilievo del profilo soggettivo all'interno della nostra categoria v. *infra* §10 del presente capitolo.

Se si considera, ancora una volta, che l'*ubi consistam* di ciascuna previsione normativa risiede nella prospettazione e nell'imposizione di una conseguenza negativa per la violazione di un obbligo o per la trasgressione di un dovere, si riesce facilmente ad arguire che ognuna di esse riveste anzitutto un ruolo genericamente sanzionatorio²¹³. Ma una volta compiuta questa osservazione preliminare – e, così, individuata l'approssimativa collocazione delle nostre figure in seno all'ordinamento²¹⁴ – è necessario spostare l'attenzione all'interno della variegata gamma delle sanzioni giuridiche per tentare di scoprire quale sia la loro specifica funzione normativa.

Per orientarsi consapevolmente nell'ambito di tale *genus*, conviene anzitutto rammentare che la funzione normativa di un istituto s'identifica con lo scopo ed il risultato che la norma ha mostrato di considerare nel descrivere la fattispecie e nel determinarne gli effetti; e per ivi districarsi, torna utile seguire un ragionamento per esclusione, muovendo dalle seguenti tre funzioni tra di loro alternative: i) risarcitoria; ii) restitutoria; e iii) deterrente e punitiva²¹⁵.

Con il conforto di considerazioni già svolte, si può agevolmente negare che le prestazioni pecuniarie oggetto del nostro studio adempiano una funzione risarcitoria. Ciò è dimostrato, prima di tutto, dal fatto che la fattispecie descritta dalle norme che le contemplano non contenga mai il danno tra gli elementi costitutivi; sicché, in relazione ad ognuna di esse, l'esistenza o l'inesistenza di conseguenze pregiudizievoli dell'atto illecito resta sempre giuridicamente irrilevante. La connotazione non risarcitoria trova poi una conferma nel modo in cui ciascuna disposizione conforma il contenuto dell'effetto giuridico. Difatti, la quantificazione della prestazione pecuniaria dovuta dall'autore dell'illecito è talora completamente rimessa all'equità giudiziale (arg. ex 96,

²¹³ Si consideri a questo proposito la definizione di sanzione formulata da N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969., 530: « il termine “sanzione” viene usata nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza ».

²¹⁴ L'osservazione secondo cui al centro di ciascuna figura normativa vi è la reazione ad un illecito vale ad escludere che ad esse sia sottesa una funzione premiale oppure una funzione reintegratoria. La fattispecie delle figure normative preordinate all'uno o all'altro di questi due scopi contiene normalmente un onere (anziché un dovere o un obbligo) e la conseguenza del suo mancato assolvimento viene solitamente denominata misura (invece che sanzione). Sulla distinzione tra premio e sanzione v. P. CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Giuffrè, Milano, 1969, 10 e, in particolare, nt. 16.

²¹⁵ La tripartizione adottata nel testo segue lo sforzo classificatorio compiuto da T. PADOVANI, «Lectio brevis» *sulla sanzione*, in BUSNELLI e SCALFI, *op. cit.*, 58 ss. e, seppur impiegando una nomenclatura a volte diversa, da A. DI MAJO, voce *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, *passim*.

comma 3, c.p.c.), talaltra forfetizzata *ex ante* dalla legge (arg. *ex artt.* 3, comma 3, l. 198/1992 e 3 l. 386/1990), altre volte ancora legata a parametri che nulla hanno a che fare con la sfera del soggetto leso (arg. *ex artt.* 70 disp. att. c.c. e 12 l. 47/1948); ma, quali che siano le modalità di volta in volta prescritte per la sua commisurazione, il legislatore non impone mai che la misura della sanzione rifletta esattamente la dimensione del nocimento eventualmente scaturito dalla realizzazione dell'atto illecito. Da ultimo, la funzione non risarcitoria delle sanzioni *de quibus* pare ricevere una conferma ulteriore dalla circostanza che con esse ben possa cumularsi la condanna al risarcimento dei danni (sempreché, naturalmente, ne sussistano gli specifici presupposti).

Con minori argomenti ma non meno fermezza, si può altresì escludere che le figure normative in parola rivestano una funzione sanzionatoria di tipo restitutorio. Si consideri, a tal proposito, che il *proprium* della sanzione restitutoria consiste nell'imporre all'agente il sacrificio integrale del medesimo interesse che questi ha realizzato attraverso il compimento dell'atto illecito²¹⁶. All'interno della legislazione più recente, ne è un caso paradigmatico la « re(tro)versione » degli utili disciplinata dall'ultimo comma dell'art. 125 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale)²¹⁷. Questa disposizione attribuisce al titolare della privata

²¹⁶ DI MAJO, voce *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria* cit., 9. Com'è noto, nell'ordinamento italiano non è configurabile un'azione generale di arricchimento da fatto illecito, mediante la quale il responsabile possa essere obbligato in ogni caso alla restituzione del profitto ottenuto grazie alla violazione e, dunque, al sacrificio integrale dell'interesse per tale via realizzato (ciò che accade invece nei sistemi di *common law* con il *disgorgement of profits* e nel diritto tedesco con il *ungerechtfertigte Bereicherung*). Positivamente regolato è soltanto il rimedio dell'arricchimento senza causa, il quale – avendo natura sussidiaria (arg. *ex art.* 2042 c.c.) – è esperibile in via alternativa e residuale. Peraltro, ciò non esclude che specifiche disposizioni di legge possano talora smentire la regola generale della sussidiarietà ed imporre in via prioritaria la sanzione della restituzione dell'arricchimento da fatto illecito (sul punto cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* cit., 651). Da questa considerazione emerge l'opportunità di verificare se le figure, incluse nel nostro elenco ed introdotte *ad hoc* dal legislatore, contemplino sanzioni caratterizzate da una connotazione finalistica propriamente restitutoria.

²¹⁷ Così recita l'art. 125, co. 3, c.p.i. (introdotto dall'art. 17 d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140, in attuazione dell'art. 13 direttiva 2004/48/CE, c.d. *enforcement*): « In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui eccedono tale risarcimento ». È interessante notare che tale intervento correttivo del c.p.i. è stato realizzato mediante l'introduzione di un'altra norma senza fattispecie, simile a quella inserita in fine all'art. 96 c.p.c., di cui si è discusso sopra nel testo. Anche con riguardo all'ultimo comma dell'art. 125 c.p.i., gli interpreti si sono fatti carico del compito di integrare il testo lacunoso della disposizione. Ed anche in questo caso, sono pervenuti ad una ricostruzione maggioritaria; precisamente, gli industrialisti ritengono che la fattispecie da cui dipende la riversione degli utili si riduca al fatto storico della contraffazione, e prescindano invece dal dolo o colpa dell'autore della violazione (così A. M. ROVATI, *sub art.* 125 c.p.i., in L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 5^a ed., Cedam, Padova, 2012, 564 e la dottrina ivi citata; e nello stesso senso v. inoltre M. S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*,

industriale violata il diritto di pretendere dal contraffattore la restituzione di tutto il profitto illegalmente realizzato, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura eventualmente eccedente quest'ultima perdita²¹⁸. Questa figura e le sanzioni ricomprese nel nostro elenco consistono in obbligazioni pecuniarie da atto illecito non dannoso; tuttavia si differenziano tra loro nettamente sotto il profilo della conformazione dell'effetto giuridico collegato al perfezionamento delle rispettive fattispecie.

Nelle figure oggetto della nostra analisi, infatti, l'imposizione della prestazione pecuniaria in capo all'agente non vale ad elidere l'arricchimento da questi eventualmente conseguito mediante il compimento dell'atto illecito a spese della vittima e colpisce, di contro, un interesse diverso da quello che si è realizzato nella condotta. Esemplificando, il terzo comma dell'art. 3 della l. 198/1992 non impone al committente di restituire al subfornitore quanto, in ipotesi, egli sia riuscito a lucrare grazie all'ingiustificato differimento della prestazione dovuta; bensì ordina il pagamento di una penale consistente somma di denaro, del tutto disancorata dall'utile. Similmente, il condomino che, violando il regolamento, abbia parcheggiato la sua automobile nel cortile comune dello stabile non è tenuto – secondo il tenore dell'art. 70 disp. att. c.c. – a versare nelle casse del condominio una somma pari al risparmio di spesa conseguito per non aver dovuto prendere in locazione un garage; ma è obbligato in ogni caso a corrispondere la sanzione irrogatagli dall'assemblea condominiale per il solo fatto di aver compiuto l'infrazione. Ed ancora, l'editore responsabile della diffamazione a mezzo stampa non viene condannato – ai sensi dell'art. 12 l. 47/1948 – a corrispondere

in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, 187; V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 215).

²¹⁸ Nella letteratura industrialistica la misura prevista dall'ultimo comma dell'art. 125 c.p.i. viene prevalentemente qualificata come sanzione di tipo restitutorio e considerata una puntuale applicazione del principio dell'arricchimento ingiustificato (cfr. M. SCUFFI, *Il risarcimento del danno e la pubblicazione della sentenza*, in M. SCUFFI e M. FRANZOSI, *Diritto industriale italiano. Diritto procedimentale e processuale*, t. 2, Cedam, Padova, 2014, 1382; G. DRAGOTTI, *Commento al D.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, 28, nt. 28; *contra* SPOLIDORO, *op. cit.*, 198 e DI CATALDO, *op. cit.*, 214 affermano che la reversione degli utili ha un fondamento esclusivamente pragmatico e di conseguenza vano è il tentativo di ricondurla entro qualsivoglia categoria dogmatica). A favore della connotazione restitutoria depone altresì il seguente passaggio della relazione ministeriale al d. lgs. 140/2006: « [...] la nuova norma dell'art. 125 considera le misure del risarcimento del danno e della reversione degli utili come operativamente e concettualmente distinte essendo peraltro riconducibili rispettivamente al profilo della reintegrazione del patrimonio leso ed a quello – ben diverso – dell'arricchimento senza causa ». Del resto, prima dell'introduzione espressa della retrocessione dell'utile, l'archetipo della restituzione ha rappresentato il punto di riferimento dei tentativi dottrinali volti a rinvenire il fondamento di un obbligo di reversione del guadagno illecitamente ottenuto (per una rassegna di queste tesi v. ancora SPOLIDORO, *op. cit.*, 188 ss.)

alla vittima tutti e soltanto i profitti ottenuti mediante la diffusione del libello, bensì a pagare una riparazione pecuniaria commisurata alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato.

Ora, considerato che le obbligazioni pecuniarie contemplate dalle figure normative da noi censite colpiscono un interesse in ogni caso diverso da quello che si è realizzato nel contegno illecito, e tenuto conto che il sacrificio patrimoniale inflitto al responsabile non è mai funzionale al ristoro del danno eventualmente provocato, si può giungere ad arguire – come si diceva – per esclusione, che la funzione delle sanzioni in parola risiede nella deterrenza e punizione dell'atto illecito tipizzato dalle norme che lo contemplano.

In determinati settori, di fronte a certi comportamenti, l'ordinamento si prefigge l'obiettivo di ridurre al minimo gli episodi di inosservanza delle sue leggi e, perciò, sceglie di intimare e di applicare una sanzione per il semplice fatto della disobbedienza, di modo da riaffermare la forza del precetto violato, ogniqualvolta esso venga trasgredito, senza – si badi bene – rinunciare all'obiettivo che si era prefisso sol in quanto non vi sia alcun danno da riparare od alcun profitto da rimuovere. Ciò accade, tipicamente, nell'ambito della normazione penalistica. Ma avviene, analogamente, anche in seno al nostro campione di leggi civili, ove descrizione della fattispecie normativa e conformazione degli effetti giuridici sono univocamente orientate alla repressione dell'atto illecito tipizzato, e del tutto prescindono, invece, da pregiudizi e guadagni. È in presenza di queste condizioni che la sanzione assume una *ratio* esclusiva di deterrenza e punizione.

Beninteso, affermare che le sanzioni in discorso sono congegnate dal legislatore per assolvere primariamente una funzione di deterrenza e punizione non significa escludere che la loro concreta applicazione possa talora determinare anche un risvolto risarcitorio ovvero un esito restitutorio. Esemplicando: non si può negare – e neppure s'intende farlo – che la parte coinvolta in una lite temeraria tragga effettivamente un qualche ristoro dalla somma equitativamente liquidata dal giudice ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c., ogniqualvolta non sia riuscita a provare in tutto o in parte il danno realmente patito e, di conseguenza, ad ottenere un risarcimento integrale; oppure che l'editore responsabile della diffamazione a mezzo stampa venga di fatto privato di una fetta dell'utile conseguito attraverso la vendita dell'opuscolo denigratorio, se e nella misura

in cui sia costretto a versare alla vittima una cospicua somma di denaro a titolo di riparazione pecuniaria. Ma occorre tenere presente che questi scenari, sebbene plausibili, rappresentano meri riflessi ulteriori ed eventuali dell'irrogazione della pena. Essi attengono, invero, all'efficacia sociale della sanzione e non ne intaccano la precipua funzione normativa, che resta in ogni caso quella di deterrenza e punizione dell'illecito²¹⁹: funzione normativa ed efficacia sociale devono essere tenute rigorosamente distinte, al fine di evitare che la ricerca della funzione si riduca ad una sterile osservazione empirica; e per far sì che tale sforzo rappresenti invece la premessa di una ricostruzione della disciplina dell'istituto coerente con lo specifico obiettivo prioritariamente avuto di mira dal legislatore nell'introdurlo. Incidentalmente, si può osservare che la scissione tra questi due profili risulta non meno visibile e rilevante sul versante delle sanzioni risarcitorie e delle sanzioni restitutorie, ove per converso consente di distinguere i riflessi punitivo-deterrenti dalla funzione normativa rispettivamente preminente in seno alle une e alle altre; evitando così che risarcimento e restituzione vengano impropriamente qualificati e trattati alla stessa stregua delle pene²²⁰.

²¹⁹ La distinzione tra funzione normativa ed efficacia sociale di un dispositivo giuridico è perspicuamente tracciata da M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impr.*, 2008, 129: « la prima designa il tipo di problema a partire dal quale l'ordinamento ha ritenuto di fronteggiare un ambito di complessità del suo ambiente e le modificazioni dirette (simmetriche e specifiche) che le soluzioni apprestate vi inducono; la seconda designa, invece, i processi ulteriori (asimmetrici e diffusi) che l'operatività di un dispositivo normativo mette in movimento nell'ambiente sociale. Ciò – ovviamente – non significa affatto che la determinazione di un dispositivo normativo prescindia dalla sua efficacia sociale, ma comporta – altrettanto ovviamente – che la funzione giuridica di un tal dispositivo si definisca necessariamente a partire da quegli effetti sociali soltanto che l'ordinamento ha considerato ed in vista dei quali ha, alla fine, costruito le sue griglie selettive ed i suoi rimedi. Se si vuole, si può, perciò dire che la funzione giuridica coincide con quella specifica efficacia sociale che soltanto la norma (o un istituto) ha mostrato di considerare nel descrivere la sua fattispecie e nel determinarne gli effetti ».

²²⁰ Per quanto concerne il risarcimento del danno ed i suoi riflessi punitivi e deterrenti, non resta si può fare semplicemente rinvio alle considerazioni svolte *supra* nel capitolo I, § 8. Per quanto riguarda invece le sanzioni restitutorie, torna, ancora una volta, utile riflettere sull'istituto della reversione degli utili previsto dall'art. 125, ult. co., c.p.i. L'esistenza di un momento non riparatorio all'interno di questa misura induce parte della dottrina a sostenere che essa rivesta una funzione di tipo deterrente o punitivo (v. *ex pluribus* C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *IDI.*, 2012, 109 ss. e DI CATALDO, *op. cit.*, 203 s.). Così com'è formulata, quest'affermazione non può essere condivisa. A ben vedere, essa è frutto dell'indebita sovrapposizione tra funzione normativa ed efficacia sociale. Invero, il problema che il legislatore ha primariamente inteso risolvere è un conflitto attributivo di risorse (così A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei principî acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 588 e A. PLAIA, *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 1021 ss.). E, coerentemente, egli ha configurato l'istituto della retrocessione come un veicolo di trasferimento del profitto illecito dal patrimonio del responsabile della violazione a quello del titolare del diritto di proprietà industriale. Infatti – per un verso – tale sanzione non opera ogniqualvolta la contraffazione non

Chiusa questa breve parentesi e tornando alle nostre figure, va ancora considerato che la constatazione dell'esistenza di una finalità precipuamente afflittiva all'interno delle ipotesi legislative oggetto di analisi potrebbe insinuare in qualcuno l'idea che esse non siano, in realtà, norme civili; e ciò a causa della solita ostilità emozionale nei confronti di ogni momento di intersezione tra le funzioni del diritto penale e gli istituti del diritto privato. Tuttavia, va osservato che una simile reazione istintiva andrebbe a scontrarsi con una serie di indizi precisi e concordanti che, con ogni evidenza, depongono in favore della qualificazione civilistica delle sanzioni pecuniarie previste dalle norme incluse nel nostro elenco: (i) la collocazione topografica delle singole disposizioni; (ii) l'organo che di volta in volta chiamato ad applicare la sanzione; ma, soprattutto (iii) la circostanza che il beneficiario di quest'ultima sia sempre un soggetto *lato sensu* privato. Questo terzo profilo è segnale decisivo della natura civile della sanzione, in quanto – a differenza dei primi due²²¹ – rende concretamente manifesta la

abbia portato alcun utile al suo autore (eventualità nient'affatto remota, come osserva P. FRASSI, *I danni patrimoniali. Dal danno emergente al lucro cessante*, in *AIDA*, 2000, 97); e – per altro verso – quando un guadagno vi sia, la retrocessione non « altera *in peius* la consistenza quantitativa del patrimonio del soggetto responsabile, ma si limita a rimuovere il plus-valore che è stato creato dalla contraffazione, riportando così tale patrimonio alla sua consistenza quantitativa originaria » (così si esprime P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006, 842 argomentando da tale considerazione che il rimedio ha una connotazione restitutoria e, per converso, non è riconducibile al genere delle pene private). In definitiva, la sanzione della reversione degli utili colpisce solo l'interesse che si è realizzato nella condotta illecita, ponendo il contraffattore sulla medesima curva d'indifferenza in cui si sarebbe trovato se si fosse astenuto dalla violazione; ed assume così una precipua funzione normativa di natura restitutoria. Alla luce di ciò, può ritenersi corretta la posizione di quegli autori che individuano il referente comparatistico dell'istituto nel *disgorgement of profits*, anziché nei *punitive damages* (così fanno, ad esempio, N. ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 46 e P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005, 154).

Nondimeno, si può affermare che tale rimedio ha anche un potenziale riflesso deterrente: la prospettiva di poter perdere (tutti e soltanto) i proventi dell'iniziativa illecita – se non propriamente scoraggia, quanto meno – non incoraggia il potenziale contraffattore ad intraprenderla. E, analogamente, la privazione dell'utile ha un qualche impatto afflittivo; quanto meno nella misura in cui elide dal patrimonio del contraffattore il bramato guadagno, rammentando a lui e a tutti gli altri che *tort does not pay*.

Le conclusioni a cui si è giunti non mutano, neppure ove si consideri che nell'ultimo comma dell'art. 125 c.p.i. la reversione degli utili è accostata al risarcimento del danno, potendo essere richiesta in alternativa a quest'ultimo ovvero per l'eccedenza (c.d. metodo alternativo o correttivo). Resta infatti fermo che la violazione della privativa industriale resterà impunita, ogniqualvolta non vi sia alcun danno da riparare od alcun profitto da rimuovere; e tale eventualità è – a nostro avviso – inconciliabile con una *ratio* esclusiva di deterrenza e punizione dell'illecito. D'altro canto, che il legislatore non abbia perseguito fino in fondo lo scoraggiamento e la repressione della contraffazione è dimostrato pure dalla scelta di abbandonare nel testo definitivo della disposizione la possibilità di cumulare la condanna alla restituzione del profitto e quella al risarcimento del danno (di quest'opinione è SCUFFI, *op. cit.*, 1383).

²²¹ Osserva infatti A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987, 9, che, al fine di distinguere tra tutele civili, penali e amministrative, il parametro della fonte poteva andare bene in un tempo di scarsa produzione normativa in cui gli interventi del legislatore si riducevano alla novellazione dei codici, ma diviene inadeguato a fronte della proliferazione di leggi speciali che accorpano tutele

volontà del legislatore di tutelare, in prima battuta, l'interesse privato e, solo in via mediata e riflessa, l'interesse pubblico²²².

Peraltro, è verosimilmente la coincidenza tra interesse particolare ed interesse generale ad indurre nella più parte dei casi il legislatore a rinforzare la protezione civilistica del primo. A dimostrazione di questo assunto, si può riflettere, ancora una volta, sulle sanzioni processuali minacciate nei confronti del litigante temerario: esse si collocano idealmente sul punto di congiuntura tra l'interesse privato a non subire l'indebita procrastinazione del giudizio favorevole e l'interesse pubblico al buon funzionamento della macchina giudiziaria²²³. Oppure, si può pensare alla penale, pari al dieci per cento della somma dovuta e non pagata, che la l. 386/1990 stabilisce a carico dell'emittente di un assegno privo di provvista: la sanzione in parola, per un verso, tutela l'interesse patrimoniale del creditore cartolare e, per altro verso, salvaguarda la « fede pubblica, ossia [la] fiducia dei cittadini nell'idoneità dell'assegno ad assolvere la sua tipica funzione di pagamento »²²⁴.

Con tutta evidenza, la lesione della posizione giuridica individuale rappresenta, in casi come quelli appena esemplificati, l'occasione per la riaffermazione di un valore di dimensione collettiva; e proprio tale finalità ulteriore di ingegneria sociale giustifica, in definitiva, il *surplus* di tutela accordato al singolo dalla legge²²⁵.

d'ogni tipo; e non meno incerto appare il criterio dell'organo preposto ad amministrare la tutela se solo si considera che l'art. 185 c.p. consente al giudice penale di occuparsi di sanzioni civili.

A sostegno della nostra ricostruzione, si possono ricordare anche le seguenti parole di F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930, 83s.: « [n]oi diciamo che la norma è civile o penale, secondo che sia civile o penale la sanzione che vi è contenuta; in altri termini il colore civile o penale della norma è dato dalla sanzione, non dal precetto; questo, sotto tale aspetto è incolore ».

²²² La cruciale rilevanza del beneficiario della prestazione quale criterio distintivo è sottolineata da A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1991, 21 e 312; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, in *Contratto e impr.*, 1987, 532; G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983, 308

²²³ Lo ammette la recente pronuncia della Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152, disponibile su www.cortecostituzionale.it che, proprio sulla base della coincidenza tra l'interesse generale e l'interesse del singolo, ha affermato che deve ritenersi giustificata la scelta compiuta dal legislatore di stabilire che la prestazione pecuniaria sanzionatoria vada devoluta al soggetto privato invece che allo Stato. Similmente, secondo Cass. 21 luglio 2016, n. 15017, disponibile su www.leggiditalia.it, vi sarebbe, da un lato, l'esigenza di sanzionare la violazione del dovere costituzionale di solidarietà e, dall'altro, l'opportunità di reprimere l'uso strumentale ed illecito del processo. E, nello stesso senso, v. anche Cass. 22 ottobre 2014, n. 22465, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Milano 18 luglio 2016, disponibile su www.leggiditalia.it.

²²⁴ Così Cass. pen. 22 maggio 1997, n. 6607, in *Riv. pen.*, 1997, 1023 ss.

²²⁵ La considerazione delle conseguenze sociali della tecnica di protezione dell'interesse leso evoca la logica rimediabile propria degli ordinamenti giuridici di *Common Law*. Mentre in questi ultimi la selezione e la conformazione del rimedio è esclusivamente demandata al giudice, da noi la prospettiva rimediabile sembra permeare in sede di normazione ad opera del legislatore: in questo senso v. S. MAZZAMUTO, *La*

Riassumendo, dunque, riguardo alla natura giuridica delle figure normative fino a qui censite, possiamo fermare i punti seguenti: (i) tutte hanno una struttura omogenea che consiste nella descrizione di un atto illecito tipico e nell'imposizione di una prestazione pecuniaria a carico dell'autore dell'atto ed a beneficio della vittima dello stesso; e (ii) tutte hanno una funzione privatistica – altresì omogenea, nonché coerente con tale struttura – di punizione e di deterrenza dell'illecito. È dalla sintesi di questi due elementi che inizia a prender forma il nucleo essenziale della categoria a cui, d'ora in avanti, ricondurremo ogni fenomeno giuridico a quelle affini.

5. – A margine della conclusione raggiunta in merito alla connotazione teleologica delle ipotesi legislative comprese nell'iniziale censimento e prima di procedere alla raccolta di nuove figure ad esse omogenee, è opportuno dedicare un approfondimento al tema della funzione di punizione e di deterrenza, se non altro, in ragione della sua eccentricità nell'ambito del diritto privato.

Così, prima d'ogni altra cosa, occorre intrattenersi brevemente sulla nozione di punizione e su quella di deterrenza.

La punizione consiste nella reazione ad un fatto già accaduto; essa viene perseguita attraverso l'inflizione di un male a chi di un male si è reso responsabile e, precisamente, attraverso l'imposizione di una sanzione a colui che non ha osservato una norma giuridica.

Se la punizione guarda dunque al passato, per converso la deterrenza è sempre orientata al futuro²²⁶. Nella sua accezione più ristretta, essa indica la forza dissuasiva esercitata nei riguardi dell'autore dell'illecito, così da distoglierlo dal commettere altri fatti dello stesso tenore. Nella sua accezione più lata, la deterrenza consiste in una funzione di educazione e di indirizzo del comportamento dell'intera collettività: minacciando l'applicazione di sanzioni, l'ordinamento induce tutti i consociati ad osservare le proprie prescrizioni. Si consideri poi come gli effetti rispettivamente collegati alla punizione e alla deterrenza siano situati in due dimensioni (non solo temporalmente, ma anche) logicamente diverse. Le conseguenze desiderate della prima

nozione di rimedio nel diritto continentale, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 588; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 610.

²²⁶ In tal senso, con riferimento all'istituto dei *punitive damages*, DORSEY D. ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 *Southern Cal. L. Rev.* 8 (1982) osserva che la funzione punitiva è *backward-looking*, mentre quella deterrente è *forward looking*.

si collocano nella dimensione della certezza, in quanto la repressione dell'illecito si verifica immediatamente ed inevitabilmente al momento e per effetto dell'applicazione della sanzione. Per contro, l'obiettivo della deterrenza si colloca nella dimensione della mera possibilità, in quanto consiste in una conseguenza pratica mediata che potrebbe prodursi o meno all'esterno del sistema giuridico, sul tessuto sociale.

Ancorché distinguibili sul piano concettuale, deterrenza e punizione vanno sempre di pari passo e sono, in ogni caso, logicamente compresenti (o, per converso, logicamente assenti) nella configurazione normativa di una determinata sanzione.

In proposito, va anzitutto osservato che le funzioni in parola appaiono intimamente legate, a dar vita ad una sorta di *continuum* sanzionatorio²²⁷. Dapprima, di fronte all'eventualità della realizzazione di un illecito, l'ordinamento ne scoraggia il compimento mediante la prospettazione, rivolta ai consociati, di infliggere loro una punizione. Poi, a seguito della concreta realizzazione di quell'illecito da parte di taluno di essi, infligge al responsabile la punizione minacciata, quale conseguenza dell'insuccesso dello scoraggiamento. E, da ultimo, l'inflizione di questa punizione rappresenta un monito, nuovamente proteso a scoraggiare il responsabile ed il resto della collettività dalla ripetizione del medesimo illecito²²⁸.

Si badi, inoltre, che il *continuum* sanzionatorio ora descritto non può essere agevolmente spezzato.

Infatti, per un verso, non sembra che possa esistere una punizione senza deterrenza. In un primo momento, contribuisce a saldare questo legame l'argomento politico-giuridico, secondo cui l'imposizione di una pena in difetto di una preventiva minaccia legale di pena si porrebbe in contrasto con uno dei basilari canoni su cui è fondato lo Stato di diritto, ovvero con il principio di legalità²²⁹. E, in un secondo momento, il nesso tra punizione e deterrenza trova rinforzo nell'osservazione di logica e buon senso, secondo cui la concreta inflizione di una pena in capo a taluno porta inevitabilmente

²²⁷ L'idea del *continuum* sanzionatorio affiora dal seguente passaggio di N: BOBBIO, voce *Sanzione* cit., 531 osserva: « i diversi gradi di misure non si possono dividere con un taglio netto, anzi in molti casi si richiamano e si integrano l'uno con l'altro. Lo scoraggiamento si fonda sulla minaccia di una punizione (o di una riparazione), così come la punizione (o la riparazione) è la conseguenza dell'insuccesso dello scoraggiamento ».

²²⁸ In questo senso v. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 534; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti* cit., 66; PADOVANI, *op. cit.*, 60 s.

²²⁹ Il ruolo svolto dal principio di legalità nei diversi modelli punitivi esistenti nel nostro ed in altri ordinamenti sarà oggetto di un ampio approfondimento nel capitolo successivo a questo.

seco una spinta psicologica deterrente nei riguardi di tutti i soggetti potenzialmente esposti al medesimo trattamento repressivo²³⁰.

Per altro verso, non sembra esservi spazio, all'interno del sistema giuridico, per una deterrenza senza punizione. Prefigurare una simile scissione significherebbe, infatti, ipotizzare che l'ordinamento possa – da un lato – prospettare una conseguenza negativa in relazione al compimento di un atto vietato e – da altro lato – rinunciare, programmaticamente, a tradurre la minaccia nella punizione del trasgressore. Ora, una previsione legislativa così congegnata avrebbe, nella forma, una funzione (solo) deterrente. Ma risulterebbe, nella sostanza, del tutto inefficace, in quanto una minaccia progettata apertamente per rimanere senza seguito non potrebbe, palesemente, sortire alcuna coazione psicologica sui suoi destinatari²³¹. Dato che peraltro – lo si è già detto in altro contesto²³² – il legislatore va immaginato come un soggetto razionale, deve ritenersi coerentemente escluso che possano esservi, all'interno dell'ordinamento, norme programmate *ex ante* per restare completamente prive di effetto; e, pertanto, si deve anche credere che una figura giuridica con scopo deterrente possa sempre culminare in un risultato punitivo.

Eppure, malgrado l'apparente semplicità di quest'ultima considerazione, l'inscindibilità del binomio deterrenza e punizione non è oggetto di unanime condivisione. Capita frequentemente di leggere, specie negli scritti di materia privatistica, che una determinata figura normativa riveste funzione deterrente, ma non anche funzione punitiva²³³. Questa tesi costituisce – a ben vedere – il portato del metodo d'indagine, seguito da taluni civilisti, nell'analisi di prestazioni pecuniarie non ascrivibili al modello risarcitorio. Muovendo dalla sovrapposizione tra la nozione di pena criminale e la nozione di pena in genere, una parte della dottrina esplora la

²³⁰ L'osserva, ad esempio, Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Giur. it.*, 2016, p. 562, con nota di A. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, e di A. DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile*.

²³¹ Illuminante, a tal senso, è il seguente passaggio di PADOVANI, «Lectio brevis» *sulla sanzione cit.*, 60: «[...] le sanzioni punitive debbono essere inflitte dopo l'inosservanza, nonostante la loro assoluta (e programmatica) inidoneità a eliminare l'illecito. La loro applicazione corrisponde infatti, ancora una volta, ad una esigenza di prevenzione generale: la minaccia che restasse senza seguito perderebbe ogni significato nella comunità, e vanificato apparirebbe il messaggio negativo in essa contenuto».

²³² V. *supra* nt. 181.

²³³ Ritengono che possa esistere una misura con finalità deterrente, ma non anche punitiva S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 45 ss. (ove l'a. riprende la tesi già sostenuta in ID, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 978 s.); e F. PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, in *I ritardi nei pagamenti*, a cura di A. M. Benedetti e S. Pagliantini, Giuffrè, Milano, 2016, 121 ss.

dimensione sanzionatoria del diritto privato, avvalendosi della lente del diritto penale pubblico, ossia, compiendo « un aprioristico e, perciò stesso, arbitrario richiamo a concetti validi »²³⁴ all'interno di quest'ultimo settore. L'adozione di tale approccio "assimilazionista" conduce a negare la funzione punitiva della figura civilistica, di volta in volta indagata, non appena viene in essa riscontrato un qualche profilo, che vale a differenziarla dalla struttura che, tipicamente, connota il reato e la pena. Così, ad esempio, è piuttosto ricorrente l'opinione secondo cui non possono avere indole punitiva tutte quelle misure sanzionatorie che discendono dal perfezionamento di una fattispecie che non contempla un coefficiente psicologico tra i suoi elementi costitutivi. L'imprescindibile rilievo che la colpevolezza riveste in relazione all'illecito penale condiziona, cioè, la lettura delle sanzioni privatistiche e, conseguentemente, suggerisce di non impiegare in relazione ad esse concetti, come quello di punizione, che nitidamente evocano il sistema penalistico. D'altra parte, una volta negata la funzione punitiva di dette figure normative, permane il problema di trovarne la *ratio* altrove; senza che, ovviamente, si possa ripiegare nella logica risarcitoria. Ed è per superare questo stallo che taluni autori ricorrono, allora, all'*escamotage* consistente nello scindere la nozione di deterrenza da quella di punizione, per affermare, poi, che la misura civilistica, oggetto delle loro attenzioni, assolve un'esclusiva funzione deterrente; ritenendo – forse, per ragioni nominalistiche – che quest'ultima sia maggiormente slegata dall'apparato concettuale del diritto penale.

Al di là dell'opinabilità, per il ragionamento esposto poc'anzi, di una deterrenza senza punizione, anche il metodo adottato per raggiungere tale conclusione appare, di per sé, alquanto discutibile.

La premessa secondo cui hanno funzione punitiva solamente le sanzioni che ripetono esattamente le caratteristiche della sanzione di diritto penale pubblico, conduce infatti all'esito, praticamente scontato, della negazione di una dimensione punitiva del diritto privato. Onde evitare di percorrere un simile vicolo cieco, si è scelto di impostare questo studio secondo una differente prospettiva. Segnatamente, si è tentato di risalire, per via induttiva, dalla struttura alla funzione di alcune prestazioni pecuniarie non risarcitorie riscontrate nella normativa civilistica; e, nel compiere tale sforzo analitico, si

²³⁴ Così, in senso critico, A. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, Napoli, 1984, p. 24.

è evitato l'impiego di dogmi mutuati dal settore particolare del diritto penale pubblico, facendo, invece, ricorso a nozioni elaborate dalla teoria generale del diritto.

Questo metodo d'indagine non ha soltanto il pregio di non condurre a risultati preannunciati; ma appare anche preferibile sotto il profilo scientifico, considerato che è alla teoria generale – e non al diritto penale – che spetta « lo studio concettuale del diritto, volto ad individuare i concetti puri »²³⁵, di cui ciascun giurista può, poi, avvalersi nell'analizzare il settore dell'ordinamento di sua specifica competenza. Sicché, di fronte alla difficoltà di rinvenire direttamente nel sistema del diritto privato gli schemi concettuali adeguati a spiegare figure normative in esso collocate, appare preferibile rivolgersi al sapere neutro della teoria generale del diritto, anziché prendere a prestito schemi concettuali esistenti in altri settori disciplinari specifici.

Deve essere, però, precisato che questo diverso approccio non implica un completo disinteresse verso i canoni che informano il sistema penalistico. Piuttosto, l'inversione metodologica qui attuata incide sul ruolo che detti canoni rivestono nell'economia dello studio della dimensione sanzionatoria del diritto privato, nel senso che li trasforma da punto di partenza a termine di paragone, da lente della ricerca a spunto di riflessione. Ecco, allora, che il fondamentale rilievo che il principio di colpevolezza assume nel diritto penale non ha rappresentato, per noi, la cartina di tornasole volta a saggiare, all'inizio, la natura giuridica delle prestazioni pecuniarie non risarcitorie rintracciate tra le maglie della legislazione civilistica; e, così, non ha impedito di riconoscerne la funzione deterrente ed altresì punitiva. Nondimeno, la centralità di detto principio nel campo del diritto penale determina, ora, l'opportunità di svolgere un approfondimento sul rilievo che il criterio di riferibilità psichica dell'illecito, parallelamente, riveste nell'ambito delle figure incluse nel nostro catalogo.

Ciò premesso, si può iniziare a svolgere tale approfondimento, fotografando, nuovamente, le figure in parola, con l'obiettivo, questa volta, rivolto all'elemento soggettivo indicato da ciascuna fattispecie.

In tal modo, si può facilmente vedere che in alcune delle ipotesi legislative censite la conseguenza sanzionatoria scatta soltanto in presenza di un atto illecito colpevole e, più precisamente, a fronte di una qualità peculiare della colpevolezza, in termini di dolo o colpa grave. Talora, la necessità di questa connotazione subiettiva della condotta risulta

²³⁵ Così G. TARELLO, *Filosofia del diritto*, in S. CASSESE, *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978, 58.

espressamente dalla formulazione testuale della norma. È quanto accade, per esempio, nell'ipotesi della lite temeraria, ove il soccombente è condannato al pagamento in favore dell'altra parte di una somma equitativamente determinata, allorquando abbia agito con mala fede oppure con colpa grave (arg. ex art. 96, commi 1 e 3, c.p.c.). Talaltra, la qualificazione soggettiva necessariamente dolosa del contegno illecito non è legislativamente sancita, ma si evince, comunque, dalla materialità del fatto, di per sé stesso soggettivamente pregnante; si tratta, per intenderci, di fattispecie simili a quelle in relazione alle quali la dottrina penalistica ha coniato l'espressione di reati con *dolus in re ipsa*; o, se si preferisce, analoghe a quelle che la letteratura civilistica ha indicato come illeciti di dolo²³⁶. Specificamente, all'interno del nostro campionario di leggi, una componente di intenzionalità pare essere immanente alla condotta di diffamazione a mezzo stampa (art. 12 l. 47/1948); alla proposizione di un'istanza di ricusazione dell'arbitro rituale manifestamente inammissibile o manifestamente infondata (art. 815, comma 4, c.p.c.); ed alla instaurazione di un procedimento amministrativo in presenza di motivi manifestamente infondati (art. 26 d. lgs. 104/2010).

Esistono, d'altra parte, in seno al nostro catalogo di norme, anche figure la cui fattispecie del tutto difetta di un momento di riferibilità psichica dell'atto illecito (dolo o colpa); figure che, impiegando il linguaggio della responsabilità civile e della responsabilità penale, si potrebbero descrivere come oggettive. Tale è, ad esempio, l'art. 70 disp. att. c.c., il quale contiene un'autorizzazione, rivolta all'assemblea dei condomini, a stabilire nel regolamento una sanzione pecuniaria, ricollegandola al mero presupposto obiettivo di un'infrazione. Nello stesso modo, l'art. 3 l. 192/1998, riconnette il pagamento di una penale al semplice comportamento omissivo del ritardo, protratto per trenta giorni, nel pagamento dovuto dal committente al subfornitore. Ed ancora, la norma scaturente dalla lettura sistematica degli artt. 2 e 3 l. 386/1990 ammette l'imposizione di una penale in relazione alla sola condotta commissiva di emissione di assegni allo scoperto.

Da questa fotografia, emerge che l'elemento della colpevolezza non rappresenta un dato costante nella fattispecie delle previsioni normative comprese nel nostro primo

²³⁶ Con riguardo alla prima, si può fare rinvio allo studio di F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960; con riguardo alla seconda, è classico il riferimento al lavoro di P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 1976.

elenco. E, anzi, si ha l'impressione (impressione che, peraltro, troverà conferma nella successiva rassegna di figure ad esse affini) che la legislazione civilistica faccia un paritario uso di criteri di imputazione soggettiva e di criteri di imputazione oggettiva; sicché, non sembra lecito riguardare questi ultimi alla stregua di rare anomalie all'interno di una categoria generalmente informata dal principio di colpevolezza. Ora, è evidente che questa situazione normativa segna un netto *discrimen* tra le figure oggetto della nostra analisi e l'illecito penale, il quale, per converso, presuppone sempre un legame psicologico con l'agente, salve le limitatissime ed eccezionali ipotesi di responsabilità oggettiva. Eppure, malgrado tale diversità, il metodo d'indagine impiegato nel presente studio, in quanto sgombero da preconcetti penalistici, ci ha consentito di addivenire alla conclusione che le prime, come il secondo, assolvano una funzione deterrente ed altresì punitiva.

Se, seguendo l'itinerario argomentativo preannunciato, si prova ora a riflettere sul ruolo che la colpevolezza riveste nel contesto del diritto penale la conclusione precedentemente ottenuta esce peraltro rinforzata. Per rendersene conto, è sufficiente osservare che nella scienza penalistica appare fortemente recessiva l'idea che esista una relazione di coesistenzialità necessaria tra l'elemento della colpevolezza e la funzione di punizione o di deterrenza.

Così, innanzitutto, può dirsi ampiamente superata la tesi che, un tempo, ravvisava nella colpevolezza il fondamento della funzione punitiva del diritto penale. Questa tesi, infatti, era strettamente connaturata ad una concezione retributiva c.d. assoluta della pena, che affidava a quest'ultima lo scopo esclusivo di compensare la colpa del reo, trascurando, invece, fini ulteriori legati all'organizzazione dell'umana convivenza²³⁷. Una volta assegnato alla pena il compito di tutelare beni giuridici, però, tale concezione è stata abbandonata ed è « diventata [conseguentemente] precaria la sopravvivenza di quella che è stata ritenuta la sua stampella dogmatica »²³⁸. Il che significa che la

²³⁷ La concezione retributiva assoluta è ben espressa dal seguente passaggio di I. KANT, *Metafisica dei costumi*, traduzione italiana di G. VIDARI, Laterza, Roma-Bari, 2004: « [a]nche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima venire giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione ». Nella filosofia kantiana, l'idea della retribuzione pura discende dal fondamentale principio etico secondo cui l'uomo deve sempre costituire un fine, senza mai divenire un mezzo asservito ai fini degli altri uomini.

²³⁸ Usa questa espressione T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798. Nell'ambito di una critica all'idea della retribuzione assoluta, nega che la colpevolezza sia presupposto imprescindibile della funzione punitiva C. ROXIN, *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*,

colpevolezza ha correlativamente perduto il ruolo di fondamento della funzione punitiva del diritto penale.

L'obsolescenza del paradigma retribuzionistico e del suo corollario basta già a dimostrare che chi nega la funzione punitiva di una sanzione civilistica, motivando con il difetto di elementi di rimproverabilità soggettiva nella sua fattispecie, non incorre, solamente, in un errore di metodo, allorché compie un aprioristico richiamo a schemi penalistici; ma pecca, altresì, di superficialità, nel momento in cui assume come (improprio) referente una concezione (per giunta) superata del diritto penale.

Peraltro, allo scopo di fornire un supporto compiuto alla nostra conclusione relativa alla funzione (non soltanto punitiva, ma anche) deterrente di sanzioni civilistiche occorre ulteriormente osservare che – secondo le più recenti evoluzioni del pensiero penalistico – la colpa neppure serve alle esigenze della prevenzione speciale e generale (*i.e.*, di deterrenza). È una considerazione solo apparentemente ovvia – scrive infatti Pulitanò – quella secondo cui « solo una realizzazione colpevole può essere idoneo riferimento della deterrenza legale »; se si guarda alla realtà concreta – prosegue l'autore – ci si accorge facilmente che « attraverso il principio di colpa, l'area della punibilità viene ristretta rispetto all'area dell'illecito obiettivo tipico; vengono introdotte delle “scuse” legali, e con esse la pratica possibilità di farle valere, magari pretestuosamente », con il risultato che « si aprono maggiori *chances* di sfuggire fra le maglie della legge »²³⁹. Ragionando sul terreno empirico, la dottrina penalistica osserva dunque, che il requisito della colpa non rappresenta un presupposto fondante la funzione deterrente della sanzione criminale, bensì costituisce un elemento antagonista che, all'opposto, ostacola il pieno svolgimento di tale funzione²⁴⁰.

Questa deduzione, unita all'accantonamento dell'idea retributiva, testimonia che il concetto di colpa non attiene al fondamento finalistico del diritto penale e, così, finisce per fornire definitivo conforto alla tesi da noi sostenuta, secondo cui la mancanza di un criterio di riferibilità psichica dell'atto illecito non impedisce di

in *ZStrW*, 1984, (XC-VI), 641 ss., traduzione italiana a cura di L. EUSEBI, *Sul problema del diritto penale della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 16 ss.

²³⁹ Così D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2009, 316.

²⁴⁰ Il carattere empirico di questo ragionamento è affermato da G. FIANDACA, *Considerazioni su colpa e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 842. Ed è altresì dimostrato dalla circostanza che la medesima osservazione si rinvenga talora in studi non penalistici: v. ad esempio DI MAJO, *La tutela civile dei diritti* cit., 67.

riconoscere che la sanzione civilistica ad esso ricollegata possa svolgere le medesime funzioni della sanzione criminale.

Del resto, che tra funzione punitivo-deterrente ed imputazione oggettiva dell'illecito non sussista un rapporto di reciproca esclusione è confermato anche dall'esperienza straniera dei danni punitivi. Sebbene « *awarded against a person to punish him of his outrageous conduct and to deter him from similar conduct in the future* »²⁴¹, i *punitive damages* possono essere infatti irrogati pure in talune ipotesi di *strict liability*. Ciò che accade, con una certa ricorrenza, soprattutto nel settore della responsabilità da prodotto difettoso²⁴²; ove l'urgenza di salvaguardare i diritti della platea dei consumatori suggerisce di prospettare l'applicazione di misure sanzionatorie che inducano l'impresa a scegliere metodi produttivi che assicurino il massimo livello di sicurezza e, per converso, riducano al minimo i rischi di incidenti²⁴³.

Chiuso questo breve cenno comparatistico, occorre tornare, per un momento e prima di concludere, sul differente ruolo che la colpevolezza riveste nella struttura dell'illecito penale e nella configurazione delle figure civilistiche oggetto del nostro studio; giacché, se è vero – come si è cercato di dimostrare – che tale divergenza non è correlata alla diversità di funzioni svolte dall'uno e dalle altre, resta da chiarire da che cos'altro essa dipenda.

²⁴¹ Quella riportata nel testo è la formula descrittiva contenuta nel § 908 del *Restatement of Torts, Second* (1979). Per altre definizioni di *punitive* (od *exemplary*) *damages* v. *supra* nt. 143.

²⁴² Peraltro, non è questo l'unico campo in cui la condanna ai danni punitivi può prescindere da un collegamento psichico tra l'agente e l'atto illecito. FRANCESCA BENATTI, *op. cit.*, 37, nt. 117 menziona, ad esempio, gli ulteriori casi della responsabilità per i danni cagionati da animali e della responsabilità per i danni causati nell'esercizio di attività pericolosa.

Il fatto che, negli Usa, i danni punitivi vengano comunemente liquidati pure a fronte di responsabilità oggettiva non toglie che, intorno a tale prassi, si sia sviluppato un ampio dibattito. La letteratura nordamericana individua l'inizio di tale dibattito nel 1967, anno in cui due casi, vertenti su identiche fattispecie di *strict liability* del produttore, furono decisi in maniera diametralmente opposta da giudici diversi [in *Toole v. Richardson-Merrel Inc.*, 251 Cal. App. 2d 689, 60 Cal. Rptr. 398, 29 A.L.R. 3d 988 (1st Dist. 1967), fu ammessa l'irrogazione di *punitive damages* in caso di *strict liability*; mentre in *Roginsky v. Richardson-Merrel, Inc.*, 378 F. 2d 832 (2nd Cir. 1967) essa fu esclusa]. Non è certo il caso di esporre qui tutte le linee di questo dibattito (per cui si rinvia a JOHN J. KIRCHER e CHRISTINE M. WISEMAN, *Punitive Damages: Law and Practice*, Westlaw, 2012, 453 ss.) . Quel che preme sottolineare è solamente che chi nega l'ammissibilità di sanzioni civili pecuniarie in difetto di un coefficiente soggettivo adduce, ora, motivazioni di carattere garantistico, ora, osservazioni relative all'effetto già sufficientemente deterrente e punitivo dei *compensatory damages*; ma nessuno mette mai in discussione che sanzioni irrogate in difetto di colpevolezza possano comunque svolgere una funzione deterrente e punitiva.

²⁴³ Sul punto v. D. OWEN, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 *Mich. L. Rev.* 1291 (1974).

A tal fine, tornano nuovamente utili le riflessioni svolte dalla letteratura penalistica, la quale, dopo aver escluso che la colpevolezza costituisca il fondamento della punizione e della deterrenza, ha affermato che essa rappresenta, semmai, un limite al diritto penale, un argine garantistico tra lo Stato e la collettività. Insomma, l'esistenza di un raccordo psicologico tra l'agente ed il fatto di reato non influisce sull'idoneità della precetto a svolgere le sue funzioni, ma condiziona la sua compatibilità con l'art. 27, comma 1, Cost.; non incide sulla sua finalità, bensì sulla sua legittimità²⁴⁴.

La stessa dottrina penalistica ha precisato, poi, che il principio di personalità della responsabilità è posto ad esclusivo presidio della libertà individuale e, pertanto, va inteso quale limite esclusivamente riferito alla sanzione detentiva criminale, e non anche alle sanzioni che – come quelle ricomprese nel nostro censimento – hanno contenuto (immediatamente e solamente) pecuniaria; lettura restrittiva che – secondo taluno – trova un argomento decisivo nella lettura integrale dell'art. 27 Cost., il cui ultimo capoverso allude ad una funzione rieducativa, che non può avere alcun senso con riguardo ad una punizione di carattere meramente patrimoniale²⁴⁵.

Dovrebbe risultare chiaro, a questo punto, che risiede nella portata (solo) penalistica del vincolo sancito dal primo comma dell'art. 27 Cost. – e non nella diversità di funzioni – la ragione del differente ruolo che l'elemento soggettivo assume nella strutturazione della fattispecie delle sanzioni criminali e nella configurazione della fattispecie di sanzioni private di contenuto pecuniario e con finalità punitivo-deterrente. Oltre a lasciare impregiudicata tale finalità, l'irrilevanza del principio costituzionale di colpevolezza rende queste seconde strumento assai più duttile delle prime²⁴⁶. Difatti, il legislatore civilistico – a differenza di quello penalistico – resta libero di scegliere se far coincidere l'area della punibilità con l'area dell'illecito obiettivo tipico e conseguire, in tal modo, il grado massimo di deterrenza; oppure, di ridurre l'area della punibilità mediante l'introduzione di criteri di riferibilità psichica dell'illecito, ed ottenere, così,

²⁴⁴ Spiega chiaramente questa differenza FIANDACA, *op. cit.*, 839. Riprendendo Max Weber, l' a. osserva che l'imprescindibilità del presupposto della colpevolezza nel diritto penale non discende da un'esigenza di « razionalità rispetto allo scopo », ma da un'esigenza di « razionalità rispetto ai valori ».

²⁴⁵ Il significato solo penalistico dell'art. 27 Cost. è affermato e argomentato *funditus* da F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Cedam, Padova, 1984, 43 ss.

²⁴⁶ Che l'assenza di vincoli garantistici renda la sanzione civile uno strumento assai più duttile di quella penale è osservazione condivisa da BRICOLA, *Le "pene private" e il penalista* cit., 53 e da B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe Ein Beitrag zum schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Metzner, Frankfurt u. Berlin, 1961, 122.

un livello inferiore di deterrenza. E, guardando alle figure normative incluse nel catalogo compilato finora, sembra che il legislatore civilistico faccia ampiamente uso di questo margine discrezionale.

6. – Consolidata la conclusione raggiunta circa la funzione punitivo-deterrente di talune prestazioni pecuniarie civilistiche, è possibile ricominciare a percorrere l'itinerario delineato nell'*incipit* del presente capitolo.

In particolare, si può volgere ora lo sguardo ai fenomeni giuridici affini alle figure normative già censite e classificate, con l'obiettivo di raccogliere tra le maglie del diritto positivo tutti gli istituti che, pur presentando caratteristiche *prima facie* peculiari, condividono la natura giuridica tra quelle appena riscontrata e che, a questa stregua, pongono problemi di disciplina simili che reclamano soluzioni analoghe.

Il nuovo inventario sarà articolato in tre sezioni. In ciascuna di queste si effettuerà, dapprima, la disamina della natura giuridica di un istituto di portata generale – e, segnatamente: (i) la misura di coercizione indiretta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.; (ii) la clausola penale disciplinata dagli artt. 1382-1384 c.c.; e (iii) la caparra confirmatoria regolata dall'art. 1385 c.c. – e, a margine, si considereranno alcune figure normative a carattere di specialità, regolate ora dal codice civile ora da leggi di settore, che vengono ricondotte dagli interpreti ad ognuno di quei modelli. Questa scansione espositiva è appositamente scelta per riflettere nell'articolazione del nostro discorso i tentativi svolti da alcuna dottrina per rintracciare nell'ordinamento un istituto generale, in grado di assurgere a paradigma, e di ricondurvi figure normative che, seppur connotate da qualche profilo di specialità, ripetono le caratteristiche di uno di quei tre modelli.

Se si pensa, ancora una volta, all'obiettivo del presente capitolo, è facile intuire che simili sforzi di aggregazione formano un comodo punto di riferimento per procedere ad una raccolta ordinata del materiale legislativo volto ad integrare la nostra categoria, e rappresentano per noi un precedente alquanto significativo. Peraltro, la registrazione dei risultati delle riflessioni che hanno preceduto questa indagine costituisce un semplice dato di partenza per tentare di realizzare una più completa *reductio ad unitatem*. Se si considera che la valorizzazione di momenti di contatto tra figure sistematicamente lontane costituisce la premessa per colmare vuoti di disciplina lasciati dal legislatore in

relazione a taluna di queste, ben si comprende che la creazione di un genere più ampio e maggiormente inclusivo rappresenta uno strumento tanto più utile per attuare quel completamento.

Ecco, dunque, che con l'obiettivo di compiere quest'ulteriore passo sulla strada dell'uniformazione, si cercherà di dimostrare che gli istituti, ritenuti dagli interpreti di portata generale e come tali elevati a paradigma, non sono modelli giuridici rigidamente alternativi e reciprocamente escludenti, bensì espressioni di un *genus* più lato ed ontologicamente unitario. Misura coercitiva, clausola penale e caparra confirmatoria, infatti, sono connotate da una omogeneità di fondo che fa premio su singole diversità; ed il tratto che unisce queste figure coincide con i medesimi profili strutturali e funzionali che accomunano le ipotesi legislative raccolte nel corso del nostro primo censimento.

La considerazione delle figure normative a carattere di specialità, che dottrina e giurisprudenza hanno tentato di riportare ora all'uno ora all'altro di quei modelli, poi, offrirà un'ulteriore conferma di questa unione. Infatti, la riconduzione di queste figure speciali ad uno di quegli istituti generali si rivelerà talora riduttiva, posto che alcune di esse, in realtà, presentano contestualmente i tratti peculiari propri di più d'uno di tali modelli; e l'osservazione secondo cui i profili caratteristici di ciascun istituto generale si trovano talvolta compendati in un'unica e determinata fattispecie normativa dimostra che misura coercitiva, clausola penale e caparra confirmatoria non sono radicalmente inconciliabili o a compartimenti stagni, ma rappresentano variegati modi di declinare la medesima essenza; sfumature diverse di una categoria giuridica strutturalmente e funzionalmente omogenea.

7 – I tratti essenziali riscontrati in seno agli istituti compresi nel nostro primo censimento caratterizzano la misura di coercizione indiretta a carattere generale e di natura pecuniaria disciplinata dall'art. 614-*bis* c.p.c. Inserita nel codice di rito dalla riforma del giugno 2009, questa norma è stata nuovamente ritoccata dal legislatore, che nel luglio del 2015 ha scelto di estenderne l'ambito applicativo. A seguito di tale intervento, la misura coercitiva in parola risulta preordinata a garantire l'adempimento spontaneo dei provvedimenti che rechino condanna ad ogni obbligo,

purché diverso dal pagamento di somme di denaro; anziché – com'era in passato – solamente ad obblighi di *facere* infungibile o di non *facere*²⁴⁷.

Seguendo la scansione argomentativa impiegata per risalire alla natura giuridica delle figure comprese nel nostro primo inventario, si può iniziare dalla descrizione della struttura dell'istituto, osservando che al centro della fattispecie – da cui l'art. 614-*bis* c.p.c. fa dipendere la sanzione – vi è la « violazione o inosservanza successiva » ovvero il « ritardo nell'esecuzione del provvedimento » di condanna emesso all'esito del processo di cognizione; dunque, un'attività commissiva od omissiva connotata da un profilo di illiceità in quanto perpetrata in trasgressione dell'obbligo nascente dal *dictum* giudiziale²⁴⁸.

Precisamente, la prestazione sanzionatoria prevista dalla norma viene irrogata dal giudice ancor prima che l'illecito sia stato commesso ed è liquidata in maniera tale che possa aumentare progressivamente al suo protrarsi²⁴⁹; e forma oggetto di una condanna – condizionata ed in futuro²⁵⁰ – che acquista efficacia automatica di titolo esecutivo se e

²⁴⁷ La versione attuale dell'art. 614-*bis* c.p.c. quale risulta dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 27 giugno 2015, n. 83 (*Delle misure di coercizione indiretta*): « [c]on il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409.

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui la primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile ».

Prime dell'ultimo intervento legislativo, la rubrica dell'art. 614-*bis* c.p.c. recitava “*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*”, lasciando intendere che la misura coercitiva potesse accedere ai soli obblighi infungibili. D'altro canto, posto che nessuna indicazione al riguardo era contenuta nel corpo della disposizione parte della dottrina e qualche pronuncia giurisprudenziale anche prima della novella 83/2015 avevano ipotizzato che la misura coercitiva riguardasse non solo gli obblighi infungibili, bensì anche gli obblighi fungibili (in tal senso v. S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, 733 E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2009, 201 e 208; e Trib. Terni 6 agosto 2009, in *Giur. it.*, 2010, 637 ss.

²⁴⁸ Come riscontrato in relazione alla fattispecie di talune delle pene pecuniarie private già indagate, anche nell'art. 614-*bis* i contorni del contegno illecito non sono definiti dalla disposizione di legge, ma sono destinati a prendere forma solo a seguito dell'integrazione del precetto per mezzo del contenuto del provvedimento concretamente emesso dal giudice.

²⁴⁹ A differenza di quanto accade in Francia, ove l'*astreinte* – che costituisce l'archetipo della nostra misura di coercizione indiretta – viene accordata dal giudice della cognizione, ma viene liquidata dal giudice del processo esecutivo solo dopo che l'illecito si è effettivamente verificato.

²⁵⁰ Parla di condanna in futuro sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 205; parla di condanna condizionata A. SALETTI, *sub art. 614 bis c.p.c.*, in *Commentario della riforma del codice di procedura civile*, a cura di A. Saletti e B. Sassani, Utet, Torino, 2009, 200.

quando la violazione abbia a realizzarsi, così che l'avente diritto possa agire *in executivis* senza che si accerti preliminarmente l'illecito, sulla base della sua sola affermazione. Ciascuno di questi aspetti della misura – anticipazione, progressività ed esecutività – è specificamente preordinato a premere con la maggior forza possibile sulla volontà dell'obbligato, affinché ottemperi al comando giudiziale contribuendo così all'effettivo e rapido soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Ai fini dell'irrogazione della sanzione appaiono prive di rilevanza giuridica le conseguenze pregiudizievoli scaturenti dal contegno illecito del destinatario della condanna. A sostegno di questa connotazione negativa della fattispecie si è detto che, quando il giudice emette il provvedimento recante la misura compulsoria, un nocumento « per definizione » non si è ancora realizzato « e neppure è dato sapere se ed in che misura avrà a realizzarsi »²⁵¹.

Tale constatazione corrisponde certamente al vero, ma non chiude del tutto il problema interpretativo. Invero, qualcuno potrebbe osservare che al tempo della condanna neppure l'illecito si è ancora realizzato e potrebbe congetturare che entrambi, violazione del comando giudiziale e danno da essa scaturente, siano elementi costitutivi della fattispecie; ed infine potrebbe immaginare che, in quanto tali, essi possano formare oggetto di accertamento in un eventuale processo successivamente instaurato dall'obbligato allo scopo di evitare l'applicazione della sanzione²⁵². Ad evitare simili tentazioni ermeneutiche, è necessario mettere in evidenza che l'inserimento del danno tra i presupposti della misura coercitiva rappresenterebbe un'interpolazione della lettera della norma in aperto contrasto con l'intenzione del legislatore.

Ora, il primo comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. instaura chiaramente un nesso di causalità giuridica esclusivo tra « violazione [...] del provvedimento » e « somma dovuta dall'obbligato »; di contro, il « danno quantificato o prevedibile » compare soltanto all'ultimo capoverso della norma come uno tra i tanti parametri di commisurazione *ex ante* della prestazione pecuniaria, sicché, laddove un pregiudizio

²⁵¹ Così GRANELLI, *op. cit.*, 1767.

²⁵² E, precisamente, la sede appropriata per lamentare l'insussistenza dei presupposti di applicazione della sanzione sarebbe il giudizio di opposizione all'esecuzione che *ex art.* 615 c.p.c. l'obbligato può instaurare dopo la notificazione del precetto recante il credito alla misura coercitiva. A sostegno di una riduzione successiva del *quantum* della prestazione pecuniaria in funzione del danno effettivamente provocato dall'illecito si esprimono M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 789 e A. LOMBARDI, *Condanna pecuniaria al pagamento di una pena pecuniaria ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2010, 403.

non vi sia, il giudice non ne terrà conto, ben potendo comunque liquidare la sanzione sulla base del «valore della controversia», della « natura della prestazione » o, addirittura, avendo riguardo ad « ogni altra circostanza » da lui discrezionalmente scelta in quanto reputata anche semplicemente « utile »²⁵³. Insomma, nel testo della disposizione il danno non riveste alcuna portata condizionante in ordine all'applicazione della misura coercitiva e neppure si vede come, ed in virtù di qual indice normativo, questo elemento potrebbe assumere successivamente rilievo al tempo della sua esecuzione. E, d'altro canto, questa è l'unica conformazione della fattispecie che possa dirsi davvero coerente con la *ratio* sottesa all'istituto che – come detto poc'anzi – consiste nel « propiziare la realizzazione in natura dell'interesse protetto »²⁵⁴ attraverso la minaccia rivolta all'obbligato di un sacrificio patrimoniale imminente e via via crescente.

In definitiva, la misura compulsoria risulta strutturalmente e concettualmente contrapposta al risarcimento del danno; e, ad ulteriore conferma di tale assunto, si può soggiungere che, secondo l'opinione prevalente, la prima può essere in ogni caso cumulata con il secondo²⁵⁵. Pur non assumendo alcuna coloritura compensativa, la prestazione pecuniaria forma oggetto di un diritto di credito che sorge, a seguito dell'illecito, in capo al titolare dell'interesse leso: sul modello della francese *astreinte*²⁵⁶. In questo modo, la misura prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c. finisce per assomigliare alle figure normative precedentemente censite sotto ciascun aspetto strutturale.

Per quanto riguarda la connotazione teleologica della figura in discorso, si deve anzitutto ribadire che essa ha una vocazione compulsiva dell'adempimento o, il che è lo stesso, una funzione dissuasiva dell'inadempimento. La pressione sulla volontà dell'obbligato, già insita nella previsione legale astratta della misura coercitiva, diviene attuale nel momento in cui essa viene concretamente irrogata dal giudice; e, da allora, tale spinta deterrente inizia a crescere gradatamente, mano a mano che il protrarsi

²⁵³ Per una quantificazione della misura coercitiva del tutto slegata dal danno quantificato o prevedibile v. la recente App. Milano 4 febbraio 2016, disponibile su www.leggiditalia.it.

²⁵⁴ Sono le parole di S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, I, 647.

²⁵⁵ Sul punto v. *infra* § 9 cap.IV.

²⁵⁶ E a differenza di altre misure coercitive come, ad esempio, la *Zwangstrafe* germanica e la *multa coercitiva* spagnola, che vengono devolute allo Stato. Per un'analisi comparatistica avente ad oggetto i diversi modelli di misura compulsiva si rinvia a M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Jovene, Napoli, 1989, 63 ss.

dell'illecito determina il progressivo incremento della prestazione pecuniaria dovuta dall'obbligato. Non appena la condanna viene portata ad esecuzione su iniziativa del creditore, però, la prevenzione dell'inadempimento cede il passo alla sua repressione: in tale istante, infatti, la minaccia della sanzione cessa di incidere sul processo volitivo dell'obbligato e l'inflizione della stessa funziona come punizione del trasgressore²⁵⁷.

Va osservato che, mentre la finalità deterrente della misura trova in letteratura ampia condivisione, la sua funzione afflittiva piace decisamente meno.

Secondo taluno, il riconoscimento di una dimensione punitiva dell'istituto costringerebbe l'interprete a realizzare un'interpolazione dell'art. 614-bis c.p.c., tale da subordinare l'irrogazione della prestazione pecuniaria « alla verifica del dolo o di un fatto psicologico equipollente », e ciò finirebbe per diminuirne l'auspicabile potenziale dissuasivo dell'inadempimento²⁵⁸.

Il timore è senz'altro fondato. La sua premessa lo è decisamente meno. Che la funzione punitiva porti necessariamente seco l'elemento della colpevolezza o, addirittura, una qualificazione particolarmente intensa di essa è un assunto che – come si è ampiamente dimostrato alcune pagine addietro – si fonda su un richiamo inopportuno a concezioni superate del diritto penale. La connotazione soggettiva delle fattispecie di reato non attiene al fondamento finalistico della pena, ma rappresenta un limite che discende dall'art. 27, comma 1, Cost. Limite che, per converso, non s'impone al legislatore civilistico, il quale, pertanto, resta libero di scegliere di perseguire il massimo grado di deterrenza, minacciando l'imposizione di sanzioni pecuniarie in capo a chi realizzi un determinato atto illecito, a prescindere da un collegamento soggettivo tra l'agente e detto atto. Scelta che il legislatore ha compiuto nella stesura dell'art. 614-

²⁵⁷ Questa stessa considerazione si legge nella recente Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *www.leggiditalia.it*. In letteratura a favore della funzione afflittiva della misura: C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 742, che parla di « funzione coercitivo-sanzionatoria »; M. BOVE, *op. cit.*, 783, il quale discorre di « pena privata »; B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 324, che etichetta la misura coercitiva come « pena pecuniaria di tipo privatistico »; ed inoltre v. l'eloquente formulazione dell'art. 4.174 (corrispondente all'art. 614-bis c.p.c. formulato dal legislatore) del progetto di nuovo codice elaborato da A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 2, 99, che recita « [i] provvedimenti di condanna di obblighi di fare infungibili o di obblighi di non fare [...] determinano la pena pecuniaria privata che l'obbligato dovrà corrispondere al creditore per ogni giorno di persistenza della violazione »

²⁵⁸ Così MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.* cit., 46.

*bis c.p.c.*²⁵⁹; e su cui l'interprete né deve, né può incidere, inserendo nella fattispecie elementi non indicati.

Contro la lettura in chiave repressiva dell'istituto, si è detto, poi, che essa rischierebbe di rievocare « concezioni autoritarie, se non proprio reazionarie, secondo cui i mezzi di coercizione indiretta mirano in via principale a garantire e ribadire la coercitività del diritto e, soprattutto, del suo braccio secolare rappresentato dagli organi giurisdizionali, in vista della riaffermazione dell'imperio statale e della dignità dei giudici »²⁶⁰.

Per quanto suggestiva, questa preoccupazione non sembra fondata. Invero, l'attuazione della misura coercitiva punisce colui che ha trasgredito il *dictum* giudiziale, anzitutto, in nome del sacrificio arrecato all'interesse particolare del creditore – ovverosia a quel medesimo interesse di cui si è propiziata invano la celere realizzazione in natura – e solo in via mediata, in nome della lesione inferta ad un interesse generale. E in ogni caso quest'ultimo non s'identifica con salvaguardia della *potestas iudicandi*, bensì con l'aspirazione ad un processo giusto e di ragionevole durata²⁶¹.

È la coincidenza tra questi due interessi a giustificare sul piano sostanziale lo spostamento di ricchezza determinato dalla misura coercitiva. La valorizzazione di questo fondamento risulta viepiù importante dopo che la recente modifica dell'art. 614-*bis c.p.c.* ha disvelato che tale misura non rappresenta (o, quanto meno, non rappresenta soltanto) un « congegno tecnico »²⁶² strettamente preordinato ad aggirare gli ostacoli

²⁵⁹ Dal punto di vista comparatistico, è interessante osservare che la scelta compiuta dall'ordinamento italiano diverge da quella fatta dall'ordinamento francese, ove è previsto che il giudice, nel liquidare l'*astreinte*, debba tenere conto del contegno assunto dal debitore destinatario dell'ordine di esecuzione e delle difficoltà da questi incontrate nell'esecuzione del provvedimento (v. art. 36 l. 91-650 del 9 luglio 1991). In linea con l'impostazione da noi suggerita sembra essere A. CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta (astreinte) e l'infungibilità processuale della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 23 ss. confronta la nostra misura coercitiva con l'*astreinte* francese e sottolinea come l'assenza di un coefficiente soggettivo – anziché impedirne il riconoscimento – contribuisce semmai a rafforzare la portata deterrente del nostro istituto: l'esperienza francese dimostra, infatti, che l'obbligato tende a non rispettare il comando del giudice confidando nella benevolenza del giudice.

Per mera cronaca giuridica, si può poi ricordare che un disegno di legge delega collegato alla legge di Stabilità del 2014 aveva previsto l'inserimento della facoltà in capo al debitore di far valere la grave difficoltà di adempiere spontaneamente per causa a lui non imputabile; tuttavia, tale proposta è rimasta priva di seguito.

²⁶⁰ Il virgolettato è tratto da MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., 646.

²⁶¹ Cfr. M. TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, 744; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, 1546 s.

²⁶² Così, prima della recente riforma, definiva la misura coercitiva MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., loc. ult. cit.; spiegando poi (a pagina 649) che il *surplus* di ricchezza conseguito dall'avente diritto alla prestazione « rinviene la

frapposti al compimento dell'esecuzione forzata dal principio *nemo praecise ad factum cogi potest*; ma costituisce uno strumento che, in quanto può esser impiegato anche a prescindere dall'infungibilità della condanna, assolve anzitutto il fine sostanziale di rinforzare l'interesse privato, oltre che pubblico, alla pronta e celere tutela giurisdizionale dei diritti²⁶³. Tale vocazione funzionale completa la natura giuridica della misura di coercizione indiretta regolata dall'art. 614-*bis* c.p.c. e – con la sua dimensione strutturale – va a comporre il dato di omogeneità che consente di includerla all'interno della nostra categoria.

E a queste ultime possono essere altresì accomunate le misure coercitive a carattere di specialità che – a ragione – gli interpreti ritengono riconducibili al paradigma generale rappresentato dalla misura compulsiva contemplata dal codice di rito. Così, in primo luogo, dottrina e giurisprudenza hanno affermato che sono perfettamente sovrapponibili al modello regolato all'art. 614-*bis* c.p.c. le penalità giudiziali di mora che la legislazione della proprietà intellettuale (e, segnatamente, gli artt. 156 l.a. e 124 e 131 c.p.i.) pone a presidio dell'attuazione dei provvedimenti inibitori aventi ad oggetto l'ordine di cessare o di non ripetere un'attività di contraffazione, sì da incentivarne

propria causa non già nell'assetto di interessi da tutelare, ma sul versante della tutela giurisdizionale e non tanto in termini di forme di tutela (quelle che oggi si definiscono rimedi) quanto piuttosto in termini di tecniche di tutela ».

²⁶³ D'ora in avanti, la misura *ex art. 614-bis* potrà, per esempio, accedere a provvedimenti di condanna alla consegna di un bene mobile determinato. Posto che, in relazione ad un simile obbligo, i mezzi di esecuzione diretta sono già di per sé idonei a garantire il pieno ed effettivo soddisfacimento del creditore, la misura coercitiva rappresenta uno strumento volto a vincere le resistenze dell'obbligato sì da permettere – non già la tutela *tout court* ma – la tutela pronta e celere dell'interesse dell'avente diritto alla prestazione. Anche dopo la riforma del luglio 2015, restano invece fuori dall'ambito applicativo della disposizione in discorso gli obblighi aventi ad oggetto somme di denaro. Tale esclusione, però, è dovuta con ogni probabilità al fatto che con riguardo alle obbligazioni pecuniarie esistono già altri strumenti che a ben vedere assolvono la medesima funzione; precisamente, secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive tra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 397 s. questi strumenti alternativi sono gli interessi moratori; specialmente – aggiungiamo noi – quegli interessi che, ai sensi dell'art. 1284, penult. co., c.c., decorrono sin dalla data della proposizione della domanda giudiziale (e su cui v. *infra* § 8 del presente capitolo). Ad ulteriore conferma della necessità di fornire un fondamento alla misura coercitiva nella sua mutata ed ampliata veste, si può riflettere sulle argomentazioni svolte da Consiglio di Stato, ad. plen., 26 giugno 2014, n. 15, in *Corr. giur.*, 2014, 1408 s., con nota di F. G. SCOCA, aventi ad oggetto un parallelismo tra la penalità di mora disciplinata dall'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. e la misura prevista dall'art. 614-*bis* nella sua versione originaria: [...] nel sistema processual-civilistico, con l'innesto della sanzione in parola il legislatore ha inteso porre rimedio all'anomalia insita nell'esistenza di sentenze di condanna senza esecuzione, dando la stura ad una tecnica compulsoria che supplisce alla mancanza di una tecnica surrogatoria. Nel processo amministrativo, per converso, la norma si cala in un archetipo processuale in cui, grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza, caratterizzato dalla nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, tutte le prestazioni sono surrogabili [...] La penalità di mora, in questo diverso *humus* processuale, assumendo una più marcata matrice sanzionatoria [...] si affianca, intermini di completamento e di cumulo, alla tecnica surrogatoria che permea il giudizio di ottemperanza ».

l'esecuzione spontanea; e che – come la misura processualcivilistica – consistono in una somma di denaro predeterminata che l'inadempiente sarà tenuto a versare al titolare dei diritti « per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento »²⁶⁴. Ed, in secondo luogo, all'archetipo della misura di coercizione atipica contemplata nel codice di rito è stata ricondotta la recente (e singolare) misura compulsiva negoziale prevista dall'art. 11, comma 3, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, a mente del quale il processo verbale contenente l'accordo raggiunto dalle parti all'esito del procedimento di mediazione può disporre « il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento »; somma che – come è ragionevole desumere dalla mancata indicazione di un diverso beneficiario – deve essere pagata alla vittima dell'inadempimento²⁶⁵. A differenza delle penalità di mora previste dal c.p.i., questa misura compulsiva può essere altresì avvicinata ad una clausola penale, atteso che l'*an* ed il *quantum* della sanzione sono rimessi (non al giudice ma) alla volontà dei privati²⁶⁶.

8 – Al pari della misura di coercizione indiretta, l'obbligazione penale contrattuale ha carattere generale e presenta profili strutturali e funzionali affini a quelli che connotano la natura giuridica delle altre figure normative raccolte nel nostro primo censimento.

Secondo la descrizione che ne fa il primo comma dell'art. 1382 c.c., la clausola penale presuppone un rapporto obbligatorio di fonte negoziale del quale prevede la mancata o tardiva attuazione, e si sostanzia in un patto che instaura un nesso di causalità

²⁶⁴ Riconducono le *astreintes* industrialistiche alla misura coercitiva *ex art. 614-bis c.p.c.* L. PASSANANTE, *sub art. 131 c.p.i.*, in L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza cit.*, 599, M. VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 39; e Trib. Palermo 2 aprile 2012, disponibile su www.leggiditalia.it.

²⁶⁵ L'*intentio legis* è piuttosto chiara, specie se si considera che la previsione è inserita in un contesto normativo – quello dedicato alla disciplina della mediazione – complessivamente volto a deflazionare il contenzioso e, in definitiva, a rendere più efficiente la giustizia civile. E' questo il movente generale che ha indotto il legislatore ad accordare ai privati la facoltà di inserire nel testo della conciliazione una sorta di clausola penale in grado di rafforzare il rispetto dei termini dell'intesa, agevolare il soddisfacimento spontaneo degli interessi in gioco e scongiurare l'avvio del procedimento esecutivo; procedimento che può essere instaurato sul semplice fondamento del processo verbale di mediazione (che, ove sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati, costituisce titolo esecutivo: arg. *ex art. 12 d. lgs. 28/2010*). A favore dell'accostamento di questa sanzione alla misura prevista dall'art. 614-bis v. C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, t. 3, 12^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, 412.

²⁶⁶ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 398.

giuridica tra l'inadempimento o il ritardo ipotizzato e l'obbligo di compiere una prestazione²⁶⁷. Fatto generatore esclusivo dell'obbligazione penale è, quindi, un contegno illecito concordemente indicato dai privati nel testo del regolamento contrattuale a cui la legge compie, in sostanza, un rinvio in bianco²⁶⁸.

Per contro, l'obbligazione penale sorge a prescindere sia dall'esistenza che dalla consistenza del danno eventualmente provocato dall'inadempimento. L'irrelevanza del pregiudizio, al fine del perfezionamento della fattispecie, si evince dal capoverso dell'art. 1382 c.c., a tenore del quale « la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno ».

Invero, un'interpretazione strettamente aderente al tenore testuale della norma potrebbe suggerire che essa realizzi semplicemente un'inversione dell'onere della prova, di modo che al creditore sarebbe consentito di esigere la prestazione penale senza dimostrare il pregiudizio patito, ma il debitore potrebbe evitare di eseguirla fornendo la prova contraria che un nocumento non vi è stato o che ve n'è stato uno minore²⁶⁹. Tuttavia, letteratura prevalente e giurisprudenza unanime non aderiscono a tale lettura formalistica della disposizione in parola e reputano invece che, operando su di un piano prettamente sostanziale, la stipulazione di una clausola penale faccia sorgere in capo al creditore il diritto di conseguire senz'altro la prestazione concordata, indipendentemente dalla sussistenza di un danno e, correlativamente, precluda all'obbligato la possibilità di fornire la prova liberatoria di non aver cagionato alcun pregiudizio o, comunque, di averne cagionato uno inferiore²⁷⁰. In altri termini, predomina l'idea secondo cui le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento formano oggetto di una presunzione legale (non *iuris tantum*, bensì) *iuris et de iure*; il che equivale a dire che il danno non è

²⁶⁷ Testualmente il primo comma dell'art. 1382 c.c. così recita: « [I]a clausola con cui si conviene che, in caso di inadempimento, o di ritardo, nell'adempimento uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore ».

²⁶⁸ Cfr. MARINI, *op. cit.*, 35.

²⁶⁹ Nel vigore del codice attuale tale proposta ermeneutica è stata formulata da M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del codice civile D'Amelio-Finzi*, Barbera, Firenze, 1948, 537 s. e ripresa di recente da D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Esi, Napoli, 2010, 85. Sotto la vigenza del codice civile 1865 in questo medesimo senso si era espresso A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato. Libro delle obbligazioni*, t. 1, Utet, Torino, 1943, 353.

²⁷⁰ In tal senso F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Jovene, Napoli, 2015, 127; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Cedam, Padova, 1990, 132; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, Milano, 187

un elemento costitutivo della fattispecie causale della penale e, conseguentemente, anche ad affermare che essa non ha natura risarcitoria.

Diversi sono gli argomenti addotti a sostegno di questa traduzione libera e lata del capoverso dell'art. 1382 c.c.; non tutti, però, sono egualmente persuasivi. Soprattutto, non convince il tentativo di ricostruire la struttura della fattispecie argomentando dalla funzione propria della penale e, segnatamente, di escludere la rilevanza giuridica del danno muovendo ora dallo scopo preventivo, ora dal proposito punitivo dell'istituto²⁷¹. Difatti, secondo un suggerimento metodologico formulato dalla dottrina più attenta proprio in relazione agli studi sulla clausola penale (e che abbiamo ritenuto di dover accogliere nell'impostazione complessiva della presente analisi), è dalla struttura dell'istituto quale risulta dal dato positivo che occorre prendere le mosse, per giungere poi, in via induttiva, alla elaborazione di una teoria scientificamente fondata sulla funzione dello stesso²⁷²; di contro, l'itinerario inverso si risolverebbe in una petizione di principio e rischierebbe di non fornire una risposta adeguata né in ordine al problema ricostruttivo della struttura dell'istituto né in ordine al problema ricostruttivo della funzione dello stesso.

In quest'ordine di idee appare decisamente preferibile la scelta di rigore, compiuta da altra letteratura, che consta nel limitare alla disciplina positiva della penale l'ambito della ricerca di un sostegno alla tesi secondo cui la fattispecie della stessa prescinde dalla effettiva ricorrenza di un pregiudizio, anziché semplicemente dalla sua dimostrazione. Per tale via, un fondamento sicuro è stato rinvenuto nell'art. 1384 c.c., il quale attribuisce al giudice il potere di ridurre la penale ad equità unicamente quando: (i) l'obbligazione principale è stata in parte eseguita; o (ii) il suo ammontare risulta manifestamente eccessivo avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva

²⁷¹ Così fa ad esempio F. P. PATTI, *op. cit.*, 134 quando afferma che « subordinare l'efficacia della clausola penale all'esistenza di un danno risarcibile significherebbe ridurre le potenzialità del patto in esame, che assume importanza proprio allorché le ordinarie norme sulla responsabilità contrattuale non risultano sufficienti a indurre il debitore all'adempimento e a tutelare le ragioni del creditore ». Il più noto utilizzatore del canone teleologico nella ricostruzione della disciplina positiva della penale è stato V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1954, *passim*. Con specifico riguardo all'interpretazione del capoverso dell'art. 1382 c.c. V.M. Trimarchi afferma: « [d]imostrato che a clausola penale ha una causa punitiva, e che dal punto di vista giuridico non può essere intesa come atto di accertamento preventivo della misura del danno, questo, che ha una propria e separata rilevanza giuridica, non fa parte della fattispecie causale della penale ».

²⁷² Il primo a suggerire l'opportunità di un approccio induttivo negli studi sulla penale è stato L. CARRARO, *Recensione a V. M. Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 186 ss.; tale canone metodologico è stato poi condiviso da G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 e da A. ZOPPINI, *La pena contrattuale cit.*, 4 s.

all'adempimento. Se si accogliesse la tesi secondo cui il secondo comma dell'art. 1382 c.c. realizza una mera semplificazione probatoria – è stato osservato – « si dovrebbe in coerenza ammettere che la penale possa essere in ogni caso [...] ridotta se il debitore prova che il danno concretamente subito dal creditore è minore di quello (che si dice) liquidato nella clausola »; un simile corollario interpretativo, però – come è stato fatto correttamente notare – si porrebbe in irriducibile « contrasto [...] con la tassativa norma contenuta nell'art. 1384 c.c. »²⁷³. L'assenza del danno dalla fattispecie da cui dipende l'obbligazione penale informa, dunque, la disciplina dell'istituto e riveste un ruolo a tal punto caratterizzante da far supporre che i contraenti neppure possano derogare al capoverso dell'art. 1382 c.c., subordinando l'efficacia della penale al concreto verificarsi di un pregiudizio o alla sua dimensione, senza uscire dal tipo legale²⁷⁴.

La struttura della penale si completa con un effetto giuridico che – secondo la dizione generica dell'art. 1382, comma 1 c.c. – consiste nella nascita in capo al creditore insoddisfatto di un'obbligazione avente ad oggetto una « determinata prestazione »: non solo la corresponsione di una somma di denaro, ma anche la dazione di qualche altra cosa o, addirittura, un *facere*²⁷⁵. È ragionevole pensare che questa varietà contenutistica dipenda dalla circostanza che, a differenza di quanto accade in relazione alle altre obbligazioni non risarcitorie da atto illecito, la prestazione che forma oggetto della penale viene determinata con il concorso della volontà del potenziale obbligato; e questi può preferire il sacrificio di un suo bene oppure di una sua energia al pagamento di una somma di denaro, mentre difficilmente una valutazione siffatta potrebbe essere compiuta dal giudice o da un terzo.

²⁷³ L'argomentazione riportata nel testo è di MAGAZZÙ, *op. cit.*, 187; ad essa sembra aderire G. DE NOVA, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, t. 2, 3^a ed., 2004, Utet, Torino, 157, nt. 3. Secondo MARINI, *op. cit.*, 15 e ZOPPINI, *op. cit.*, 194, nt. 231 allo stesso esito si può giungere anche confrontando il testo dell'art. 1382, cpv., c.c. che prevede espressamente l'esclusione della prova del danno con le norme che, come l'art. 1988 c.c., stabiliscono un'inversione dell'onere della prova ed indicano sempre in modo esplicito la parte a favore della quale opera la *relevatio ab onere probandi*; lo stesso argomento sistematico si ritrova nel più recente lavoro di L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1103.

²⁷⁴ Osserva S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in BUSNELLI e SCALFI, *Le pene private* cit., 269 ss., che la penale, c.d. impropria, con cui le parti convengono di liquidare anticipatamente i danni in una misura forfettaria dovuta solo nell'ipotesi in cui i danni effettivamente si produrranno non può considerarsi una vera e propria penale. Sulla stessa linea sembra porsi DE NOVA, *op. cit.*, 156 qualificando come « effetto tipico » della clausola penale il diritto del creditore di pretendere la prestazione pattuita anche quando un danno non esiste.

²⁷⁵ Secondo una dottrina minoritaria, nonostante la sua genericità l'espressione determinata prestazione dev'esser intesa come se fosse affiancata dall'attributo pecuniaria.

Peraltro, va detto che, qualunque sia il suo oggetto iniziale, la prestazione penale deve essere in ogni caso traducibile in denaro dato che essa forma oggetto di un'obbligazione (arg. ex art. 1174 c.c.) e posto che essa deve prestarsi alla riduzione ad equità da parte del giudice (arg. ex art. 1384 c.c.)²⁷⁶. E il profilo di intrinseca monetizzabilità e di monetizzazione potenziale consente di accostare la figura normativa in parola alle altre obbligazioni da atto illecito non dannoso, sebbene queste ultime a differenza della prima abbiano consistenza *ab origine* pecuniarie.

Una volta ricostruita la struttura della penale sulla sola base della sua disciplina positiva, si può finalmente tentare di arguirne la funzione normativa. E, a tale scopo, si deve anzitutto riaffermare che la mancanza del danno all'interno della fattispecie tipica impedisce di riconoscere che l'obbligazione penale assolva una funzione risarcitoria in senso tecnico. D'altra parte, nessuna delle argomentazioni svolte dai sostenitori della tesi contraria appare in grado di mettere in dubbio questa convinzione.

Così, in primo luogo, non sembra che la connotazione non risarcitoria della penale possa esser smentita attraverso la valorizzazione dell'inciso, contenuto nel primo comma dell'art. 1382 c.c., secondo cui la sua pattuizione « ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa »²⁷⁷. È chiaro, infatti, che questa regola non vale a comunicare alla penale le caratteristiche strutturali e funzionali del risarcimento del danno ed è volta, piuttosto, a risolvere un problema di rapporto tra sanzioni che sono e restano distinte²⁷⁸. D'altronde – lo si è detto indagando la funzione delle figure normative oggetto del nostro primo censimento – l'opposta soluzione della cumulabilità, a fronte del medesimo illecito, tra risarcimento e prestazione pecuniaria diversa da esso non rappresenta l'indizio decisivo, ma una semplice conferma della finalità non riparatoria della seconda; conclusione già raggiunta *aliunde* attraverso l'esame, questo sì determinante, della struttura della clausola penale.

In secondo luogo, non appare corretto affermare che lo specifico intento dei contraenti possa imprimere alla penale la funzione risarcitoria che essa normativamente non ha. Certo, le parti sono libere di fissare l'ammontare della penale avendo precipuo

²⁷⁶ Sul punto cfr. BARATELLA, *op. cit.*, 18 ed E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1999, 396.

²⁷⁷ La valorizzazione di questo dato normativo in funzione dell'affermazione della finalità risarcitoria della penale si rinviene in C. M. BIANCA, *La responsabilità*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, 245; e, seppur in maniera più sfumata, in L. BOZZI, *op. cit.*, 1105.

²⁷⁸ L'osservazione è piuttosto ricorrente negli studi sul tema: cfr. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata cit.*, 270; ZOPPINI, *op. cit.*, 166 s.; MARINI, *op. cit.*, 30 ss.; e BARATELLA, *op. cit.*, 22.

od esclusivo riguardo al nocumento che esse reputano potrà scaturire dal futuro ed eventuale inadempimento: il diritto positivo, evidentemente, non esclude tale possibilità. E, forse, è pure vero che quello è il parametro di più largo impiego nell'ambito della contrattazione privata. Tuttavia, la considerazione del pregiudizio prevedibile come mero criterio di commisurazione *ex ante* della prestazione non conferisce alla penale una vera e propria natura risarcitoria, ma, tutt'al più, una semplice tinta compensativa. Difatti, quale che sia il metro utilizzato per calcolarla, la prestazione pattuita resta dovuta in dipendenza del solo verificarsi dell'illecito e, in ogni caso, a prescindere dall'esistenza e dalla consistenza del danno effettivo; infatti – come si è detto poc'anzi – l'autonomia negoziale non può spingersi fino all'estremo limite di occultare quest'ultimo tratto della disciplina dell'istituto senza fuoriuscire dal tipo legale²⁷⁹.

In terzo luogo, non può essere condivisa l'opinione secondo cui la penale assumerebbe soltanto *ex post facto* una funzione risarcitoria, ovvero una funzione punitiva a seconda che il valore della prestazione convenuta risulti uguale o, rispettivamente, superiore alla dimensione del danno concretamente provocato dall'inadempimento²⁸⁰. È facile accorgersi che questa soluzione interpretativa è affetta da uno scarso rigore dogmatico, in quanto assume implicitamente che nella sua configurazione normativa la penale sia teleologicamente neutra, che non assolva alcun ruolo nel corso del rapporto e che inizi a spiegare qualche effetto soltanto « in relazione ad un evento, il danno, successivo » al patto e, per giunta, « estraneo al realizzarsi della fattispecie »²⁸¹. Richiamando nozioni precedentemente esposte, si può osservare che i sostenitori di questa teoria rinunciano a comprendere quale sia la preminente funzione giuridica dell'istituto limitandosi a registrarne empiricamente l'efficacia sociale; e, così facendo, si privano di un elemento indispensabile per una ricostruzione della disciplina

²⁷⁹ Che l'obiettivo riparatorio avuto di mira dai contraenti e concretamente perseguito nella configurazione della penale comporti il mutamento di qualificazione della clausola è sostenuto e dimostrato con particolare dovizia da F. P. PATTI, *op. cit.*, 187 ss.

²⁸⁰ Precisamente, secondo DE CUPIS, *op. cit.*, 226 la funzione compensativa sarebbe sempre sottesa all'istituto, mentre il profilo punitivo subentrerebbe solo in via eventuale e successiva quando l'ammontare della prestazione dovuta a titolo di penale superi notevolmente la misura del pregiudizio effettivo. Da premesse simili muove anche l'argomentazione di R. PARDOLESI, *Liquidazione contrattuale del danno*, in BUSNELLI e PATTI, *Le pene private* cit., 252 ss. il quale giunge tuttavia ad affermare che a ben vedere non ha senso considerare punitiva una penale che risulti eccessiva rispetto al danno, in quanto tale esubero non dipende dall'intenzionalità dei contraenti, ma « è frutto del trapasso dalla valutazione *ex ante* ad una *ex post* »; ergo, secondo l'A. la funzione della penale sarebbe solo risarcitoria.

²⁸¹ L'osservazione è di ZOPPINI, *op. cit.*, 12.

dell'istituto che appaia completa e coerente con l'obiettivo avuto prioritariamente di mira dal legislatore nell'introdurlo.

La seconda e la terza ricostruzione pretendono di ricavare la funzione normativa della clausola penale da circostanze di fatto meramente ipotetiche ed, in tal modo, finiscono per confondere il risarcimento del danno in senso tecnico ora con semplici sfumature compensative, ora con risvolti riparatori soltanto eventuali²⁸². Ad ulteriore conferma dell'inopportunità di approcci così poco rigorosi, si può ancora osservare – certo, non senza qualche intento provocatorio – che prima o poi quei medesimi ragionamenti potrebbero essere piegati, *mutatis mutandis*, a supporto di una stravagante teoria sulla funzione restitutoria della penale: qualche autore particolarmente eccentrico potrebbe argomentare questa alternativa ermeneutica, affermando che i contraenti possono legittimamente scegliere di commisurare *ex ante* la prestazione dovuta avendo riguardo al profitto che essi reputano che l'obbligato potrà eventualmente ricavare dall'inesecuzione della prestazione principale; oppure un interprete originale, ma più moderato potrebbe sostenere che la penale assuma una funzione restitutoria in tutti quei casi in cui il suo ammontare coincida *ex post facto* con il lucro concretamente realizzato dal debitore attraverso l'inadempimento.

Ora, è chiaro che ragionamenti di tal fatta sarebbero inevitabilmente destinati ad infrangersi contro l'eloquente silenzio del diritto positivo che esclude ogni rilevanza giuridica del guadagno ottenuto dal responsabile mediante l'illecito contrattuale e, di conseguenza, impedisce l'elaborazione di qualsivoglia tesi su una ipotetica funzione restitutoria della penale. Ma – a nostro avviso – è non meno evidente che le teorie sulla funzione risarcitoria dell'istituto s'imbattono in un ostacolo altresì insormontabile, rappresentato dall'incisiva espressione (« la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno ») contenuta nel capoverso dell'art. 1382 c.c.

Non resta, dunque, che affermare che l'unica funzione tecnicamente compatibile con la struttura normativa della penale è quella di deterrenza, prima, e di punizione, poi, dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione designata dalle parti nella redazione del patto che la contempla²⁸³.

²⁸² In questo senso MAGAZZÙ, *op. cit.*, 189 afferma che « parlando di funzione risarcitoria [...] gli scrittori [...] ricorrono ad espressioni traslate, le quali vengono usate al di fuori del significato rigoroso che è loro proprio ».

²⁸³ A favore della funzione (solo) deterrente e punitiva della penale si esprimono MAGAZZÙ, *op. cit.*, 188 s.; e, a ben vedere, anche BARATELLA, *op. cit.*, 37 ss., ove il riferimento alla tutela dell'interesse del

Seguendo il nostro consueto schema argomentativo, occorre, a margine di questa affermazione circa la funzione della penale, compiere un cenno al tema del profilo soggettivo dell'illecito, cui si connette l'obbligazione di effettuare la prestazione pecuniaria sanzionatoria. In proposito, si può sinteticamente osservare che, sebbene la legge taccia sul punto, tende a prevalere in dottrina ed in giurisprudenza l'idea che l'inadempimento (o il ritardo nell'adempimento) presupposto della penale debba essere, quantomeno, imputabile al debitore (arg. ex art. 1218 c.c.)²⁸⁴. Non manca, però, in letteratura un'opinione, decisamente ossequiosa del dato testuale della legge, che, invece, esclude che l'imputabilità assurga ad elemento costitutivo della fattispecie tipica della penale²⁸⁵. Ai nostri fini, non è il caso di prendere posizione su questo specifico problema. Basta qui semplicemente chiarire che, quale che sia la soluzione prescelta, essa non va ad inficiare la conclusione raggiunta in merito alla vocazione teleologica dell'istituto²⁸⁶, considerato che – come si è dimostrato, dapprima, in generale, e come si è ribadito, poi, con riguardo alla misura di coercizione indiretta – la riferibilità soggettiva dell'illecito non fonda la punizione e la deterrenza, bensì le limita.

A differenza di quanto avviene per le pene di fonte legale, la minaccia volta a prevenire l'illecito non esiste già nella disciplina codicistica, la quale semplicemente autorizza i privati a pattuire una pena; ma, non appena i contraenti addivengono alla stipulazione della clausola²⁸⁷, il rischio di dover pagare la penale – per il solo fatto dell'illecito ed indipendentemente dal danno cagionato o dal profitto realizzato – inizia a premere sulla volontà dell'obbligato, sì da indurlo all'esatto adempimento. Laddove, poi, tale monito fallisca il suo obiettivo di deterrenza, l'obbligazione concordata sorge automaticamente in capo al debitore e sortisce l'effetto di punirlo per avere violato « l'interesse che il creditore aveva all'adempimento » dell'obbligazione presidiata dalla

creditore non designa una funzione ulteriore, ma completa la descrizione della funzione punitivo-deterrente connotandola in senso privatistico.

²⁸⁴ Cfr., *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, 584; DE NOVA, *op. cit.*, 158., MAGAZZÙ, *op. cit.*, 192; MARINI, *op. cit.*, 116 ss.

²⁸⁵ Cfr. V. M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 38 ed autori ivi citati.

²⁸⁶ Con specifico riguardo alla penale, v. l'opinione, conforme a quella qui sostenuta, espressa da D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992, 317: l'a. nega che il riconoscimento della funzione punitiva della penale presupponga la dimostrazione di un coefficiente soggettivo qualificato, atteso che nel diritto positivo francese esistono invero variegati ipotesi di pena privata la cui liquidazione avviene a prescindere dalla colpa.

²⁸⁷ Clausola, che con un'articolazione procedimentale analoga a quella che connota le misure coercitive contiene già la decisione sull'*an* e sul *quantum* della prestazione sanzionatoria, ancor prima della realizzazione dell'illecito: v. MARINI, *op. cit.*, 36.

clausola penale (arg. ex art. 1384 c.c.). Tale inadempimento non lede alcun interesse di dimensione collettiva, né potrebbe essere altrimenti, posto che l'ordinamento lascia ai contraenti la decisione relativa all'opportunità di impiegare lo strumento punitivo e rimette a loro la definizione dell'illecito da sanzionare²⁸⁸. A voler ravvisare un interesse generale dietro la disciplina normativa della penale, occorrerebbe piuttosto risalire alle ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere un meccanismo di rafforzamento dell'adempimento in natura dell'obbligazione²⁸⁹.

Sebbene declinate in maniera per certi versi peculiare, funzione deterrente e funzione punitiva connotano la disciplina normativa della figura regolata dagli artt. 1382 ss. c.c.; e ne improntano la natura giuridica, suggerendone conclusivamente l'assimilazione alla misura di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c.²⁹⁰ ed alle altre figure normative ricomprese nel nostro primo inventario.

Su impulso di alcuni studi dottrinali compiuti tra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, alla clausola penale sono state avvicinate una serie di figure regolate dal codice civile o da disposizioni settoriali che, seppur connotate da qualche profilo di specialità, condividono con il modello regolato dagli artt. 1382-1384 c.c. il nucleo strutturale composto da un atto illecito non necessariamente dannoso e da una prestazione pecuniaria non risarcitoria ad esso correlata; ed a sottolineare tale affinità, si è proposto di designare queste figure normative mediante la sintetica denominazione di 'obbligazioni penali'²⁹¹.

²⁸⁸ Come osserva correttamente DI MAJO, *La tutela civile dei diritti* cit., 65 infatti l'ordinamento riserva all'organo giudiziario non il potere di controllo « sul merito e/o l'opportunità di essi bensì sulla presenza dei presupposti che ne giustificano l'impiego ».

²⁸⁹ Un interesse generale potrebbe allora ravvisarsi nel garantire alle parti contraenti uno strumento finalizzato a rafforzare il vincolo, tutelare la fiducia nell'esatta esecuzione della prestazione e per tale via assicurare la certezza degli scambi commerciali.

²⁹⁰ La sovrapponibilità tra clausola penale ex art. 1382 c.c. e misura di coercizione indiretta ex art. 614-bis è rilevato da DALLA MASSARA, *op. cit.*, 68 laddove descrive la seconda come una « una sorta di "clausola penale giudiziale" »

²⁹¹ Precisamente, questa locuzione compare negli studi svolti da Silvio Mazzaresse, dapprima in occasione del convegno pisano sul tema delle pene private organizzato da Busnelli e Scalfi nel 1984 e poi nell'ambito del lavoro monografico del 1990 appunto intitolato "Le obbligazioni penali". Nel medesimo periodo l'analisi di figure normative accostabili alla penale sotto il profilo della fattispecie non dannosa è stata compiuta anche da MARINI, *op. cit.*, 52 ss.

In particolare, in quei lavori venivano ricondotte allo schema strutturale della clausola penale le seguenti figure.

L'art. 1518 c.c. in tema di vendita di cose mobili e rubricato "*Normale determinazione del risarcimento*", il quale stabilisce che se la vendita ha per oggetto una cosa che ha prezzo corrente e il contratto si risolve per inadempimento di una delle parti, il risarcimento è costituito dalla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente nel luogo e nel giorno in cui si doveva fare la consegna, salva la prova di un maggior danno.

Tra le obbligazioni penali rivestono un particolare rilievo – per la loro frequenza empirica, ma soprattutto per le finalità dimostrative sottese alla nostra analisi – le obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento degli interessi maturati a causa del ritardo nel pagamento di una somma di denaro.

In particolare, perfettamente sovrapponibili allo schema della clausola penale, giusta anche la loro fonte negoziale, sono i patti sugli interessi moratori che i privati possono stipulare qualora intendano derogare al saggio legale previsto dalla legislazione civilistica (art. 1224, comma 2, c.c.)²⁹²; oppure modificare – ma solo in aumento – al tasso maggiorato normativamente stabilito per il ritardo nel pagamento della subfornitura (art. 5, comma 3, l. 192/1998); od ancora, variare – questa volta in aumento ma anche in diminuzione – il tasso maggiorato fissato *ex lege* per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5, comma 1, d.lgs. 231/2002)²⁹³.

All'archetipo dell'obbligazione penale contrattuale, poi, vengono talora considerati riconducibili gli interessi moratori dovuti nella misura legale *ex art.* 1224, comma 1, c.c. sulla base della considerazione che, come la prima anche i secondi, prescindono

Il secondo capoverso dell'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori), il quale prevedeva e – malgrado le plurime novelle *medio tempore* intervenute – prevede ancor oggi la condanna del datore di lavoro a versare al lavoratore un'indennità che la legge definisce 'risarcitoria'. Si tratta però di una qualifica del tutto impropria, considerato l'indennità in ogni caso non dev'essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Stante questa forma di danno presunto *iuris et de iure*, la dottrina parla allora più correttamente di sanzione (così, per esempio, F. CARINCI, R. DE LUCATAMAJO, P. TOSI e T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, 7^a ed., Utet, Torino, 2011, 354).

Oltre agli interessi moratori *ex art.* 1224 c.c. di cui si dirà subito nel testo.

Calando lo schema di ragionamento, impiegato nel corso degli studi summenzionati, sulla legislazione intervenuta successivamente possono essere individuate ulteriori figure riconducibili alla nozione di 'obbligazione penale'.

Così, ad esempio, l'art. 4 del d. l. 22 settembre 2006, n. 259 (Nuove disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche) che, dapprima, recita « [a] titolo di riparazione può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti di cui al comma 2 dell'articolo 240 del codice di procedura penale, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico », e si conclude con la precisazione che « [i]n ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro ».

E allo schema dell' 'obbligazione penale' può essere riportata anche la figura prevista dall'art. 187-*undecies* (T.u.f.), secondo cui, nei procedimenti per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, la Consob può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto e del profitto del reato.

²⁹² Cfr. G. DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Esi, Napoli, 2010, 116 s. il quale afferma che « [i]n tal modo [le parti] concludono una vera e propria clausola penale »; e nello stesso senso BARATELLA, *op. cit.*, 47 e MAZZARESE, *op. cit.*, 200.

²⁹³ Riconduce alla clausola penale i patti previsti dalla nuova legislazione speciale BARATELLA, *op. cit.*, 76 e 80.

dall'incidenza effettiva di un danno e configurano « una sanzione a struttura obbligatoria e a carattere penale »²⁹⁴. Invero, tale accostamento desta qualche perplessità. È corretta l'osservazione secondo cui la prestazione degli interessi moratori al saggio legale – al pari dell'obbligazione penale contrattuale – risulta slegata dall'esistenza e dalla dimensione del pregiudizio cagionato dal ritardo nel pagamento; tuttavia, occorre considerare che questa – a differenza di quella – non rinviene la propria spiegazione precipua nell'illecito contrattuale. Per accorgersi di questa discrepanza, occorre considerare che nell'art. 1224, comma 1, c.c. il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria non è riguardato come un atto che va sanzionato mediante l'inflizione di una conseguenza negativa ma, piuttosto, considerato alla stregua di un fatto che costituisce « occasione del verificarsi di un “prestito” che, forzatamente, il creditore fa al debitore »; prestito, che la legge completa imponendo a quest'ultimo di continuare a versare al primo (salvi accordi difformi) il corrispettivo dovuto anche prima della scadenza²⁹⁵.

In altre parole e prendendo a prestito una nota terminologia kelseniana, si potrebbe dire che la prestazione degli interessi moratori non è *imputata* all'inadempimento, ma è *causata* dall'inadempimento²⁹⁶: quest'ultimo fa sì che il debitore continui a usufruire del denaro appartenente al creditore e la legge gli prescrive di pagare il prezzo di tale ulteriore godimento. Ecco, allora, che la prestazione degli interessi legali di mora forma un *pendant* della prestazione degli interessi corrispettivi che il debitore è tenuto a pagare, già prima dalla mora: e non a caso nella medesima misura (arg. *ex art.* 1282 e 1284 c.c.). Cosicché, in definitiva, si può dire che quella prestazione rinviene la sua spiegazione preminente non nel mero ritardo nell'adempimento, bensì nel rapporto di scambio che tale ritardo forzatamente determina.

Diversamente, il ritardo nel pagamento dell'obbligazione pecuniaria costituisce il reale bersaglio degli interessi che l'art. 3, comma 3, l. 192/1998 e l'art. 5, comma 1,

²⁹⁴ Così MAZZARESE, *Le obbligazioni penali* cit., 198 s. E nello stesso modo anche MARINI, *op. cit.*, 55 e E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 913.

²⁹⁵ Questa ricostruzione della funzione degli interessi è suggerita ed argomentata *funditus* da N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Cedam, Padova, 2010, 256 ss. Peraltro, l'art. 1224 c.c. non è l'unico luogo normativo in cui la legge impone uno scambio forzoso. Qualcosa di molto simile si verifica nell'art. 1591 c.c. a mente del quale « il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno ». Qui è il prolungamento forzato nel godimento della cosa locata – e non del denaro – a suggerire al legislatore di completare lo scambio imponendo al conduttore di continuare a versare il canone al locatore.

²⁹⁶ Sulla differenza tra queste due nozioni v. BOBBIO, *op. cit.*, 532.

d.lgs. 231/2001 pongono, rispettivamente, a carico dell'impresa committente nel rapporto di subfornitura e del soggetto tenuto al pagamento del corrispettivo nell'ambito di una transazione commerciale; nonché anche degli interessi che gli ultimi due commi dell'art. 1284 c.c.²⁹⁷ fanno decorrere dalla data della domanda giudiziale o dell'atto con cui s'instaura il procedimento arbitrale.

È l'obiettivo di disincentivare inadempimenti particolarmente allarmanti sotto il profilo economico e sociale²⁹⁸ e, rispettivamente, ritardi così ostinati da costringere il creditore a promuovere un giudizio²⁹⁹, che ha mosso il legislatore a porre in capo al debitore pecuniario conseguenze ulteriori e diverse dal contenuto dell'obbligazione principale, consistenti nell'imposizione di interessi di ammontare assai elevato e che del tutto prescindono dall'esistenza di un pregiudizio; interessi che per queste ragioni vengono spesso qualificati come punitivi³⁰⁰. Così come la prevenzione del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria rappresenta lo scopo che induce i contraenti a stipulare patti intesi ad incrementare il saggio legale degli interessi moratori.

Nei casi appena visti, la centralità dell'atto illecito tipizzato all'interno della fattispecie e la totale irrilevanza del danno inducono a condividere l'accostamento di queste prestazioni pecuniarie non risarcitorie all'obbligazione penale contrattuale. D'altra parte, occorre anche considerare che il carattere periodico del debito relativo agli interessi fa sì che la prestazione pecuniaria dovuta dall'obbligato incrementi

²⁹⁷ Questi due commi sono frutto della recentissima novellazione attuata mediante l'art. 17 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, contenente "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile" convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 e stabiliscono che « 4. Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale, il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. 5. La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale ».

²⁹⁸ Questa la *ratio* degli interessi previsti dalla legge sulla subfornitura e dal decreto in materia di transazioni commerciali secondo DI MARTINO, *op. cit.*, 13.

²⁹⁹ Questo il fondamento degli interessi previsti dagli ultimi due commi dell'art. 1284 c.c. secondo PIRAINO, *op. cit.*, 140.

³⁰⁰ Il tasso di questi interessi è pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di otto punti percentuali. La qualifica di questi interessi come punitivi compare in M. COSTANZA, *Interessi «punitivi» troppo punitivi*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006, 57 ss. e in DI MARTINO, *op. cit.*

La medesima qualifica si rinviene nella dottrina tedesca (v. ad esempio U. HUBER, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, a cura di W. Ernst e W. Zimmermann, Tübingen, 2001, 40) con riguardo agli interessi moratori maggiorati (di otto punti percentuali per le obbligazioni pecuniarie nascenti da negozi tra professionisti e di cinque punti percentuali per quelle nascenti da altri negozi) rispetto al tasso base nazionale, previsti dal § 288 BGB, come modificato per dare attuazione alla direttiva 2000/35/CE.

progressivamente con il protrarsi dell'illecito; e tale modalità sanzionatoria suggerisce il contestuale accostamento di queste figure normative alle misure di coercizione indiretta. Meglio sarebbe, dunque, evitare di identificare gli interessi punitivi soltanto con l'obbligazione penale o solamente con la misura di coercizione indiretta ed ascrivere invece queste prestazioni a carattere di specialità alla categoria giuridica che stiamo delineando e che comprende ognuno dei modelli generali ora detti.

Infatti – lo si è già detto in precedenza e giova ora ribadirlo – l'esistenza di una categoria unitaria, ovverosia di un contenitore inclusivo di tutti questi istituti, permette di valorizzare la circolazione capillare di alcuni tratti della disciplina relativa a ciascuno di essi e di apprezzare il loro coniugarsi in seno a determinate figure speciali in quella ricomprese. E la creazione di un genere strutturalmente e funzionalmente omogeneo rappresenta a sua volta un potenziale veicolo di uniformazione e completamento delle regole applicabili a ciascuna delle figure normative ad esso riconducibili.

9 – Sistemáticamente limitrofo alla clausola penale è l'istituto, altresì a carattere generale, della caparra confirmatoria³⁰¹. Essa s'identifica – secondo una tra le molte definizioni proposte – con « il negozio giuridico accessorio che le parti perfezionano versando l'una [...] all'altra [...] una somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili, al momento della conclusione del contratto principale, al fine di perseguire gli scopi di cui all'art. 1385 cod. civ. »³⁰². Per cogliere appieno l'essenza dell'istituto, occorre mettere in luce che il nesso di accessorietà unisce la caparra non alla dimensione statica del negozio principale, bensì al suo svolgimento dinamico; non al

³⁰¹ La disciplina della caparra confirmatoria è integralmente contenuta nell'art. 1385 c.c. che così recita: «[s]e al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra a titolo di caparra una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.

Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente l'altra può recedere dal contratto ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.

Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali».

Se da noi la caparra confirmatoria ha portata generale e può accedere a qualsiasi contratto, lo stesso non avviene in altri ordinamenti: così, ad esempio, il *code civil* regola l'*arrhe* nella sede specificamente dedicata alla *promesse de vente* (sul punto v. F. P. PATTI, *op. cit.*, 145, nt. 124).

³⁰² E' la definizione di M. BELLANTE, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 2008, 1

contratto come atto, ma al contratto come rapporto³⁰³. Collegando l'istituto alle vicende di una relazione contrattuale in divenire, tale vincolo ne condiziona ripetutamente la sostanza, facendogli assumere una « natura composita » ed una « funzione eclettica »³⁰⁴.

Sulla sola base del dato positivo – a cui dobbiamo strettamente limitarci, sì da addivenire con celerità al profilo di disciplina che ci interessa – è possibile discernere i seguenti tre momenti del rapporto principale, a cui si raccordano altrettanti modi di atteggiarsi dell'istituto. Così, al momento della stipulazione del contratto, la *traditio* di una somma di denaro o di una quantità di altre cose fungibili a titolo di caparra conferma la serietà degli impegni presi: eloquente a questo riguardo è l'attributo 'confirmatoria' che nella rubrica dell'art. 1385 c.c. è accostato al sostantivo 'caparra'³⁰⁵.

Nella situazione fisiologica in cui le obbligazioni principali vengano regolarmente adempiute, la caparra può essere considerata quale anticipazione parziale della prestazione dovuta dal *tradens* e, come tale, essere ritenuta dall'*accipiens* (o, in alternativa, essere restituita arg. *ex art.* 1385, comma 1, c.c.)³⁰⁶.

Ed infine, nella patologica eventualità che taluna delle obbligazioni principali non venga eseguita, la caparra vale ad accordare al contraente insoddisfatto una doppia tutela stragiudiziale, che consta nell'attribuzione del diritto di recesso unilaterale e nella forfezzazione immediata del sacrificio patrimoniale imposto all'autore dell'inadempimento. Precisamente, il secondo capoverso dell'art. 1385 c.c. scinde quest'ultima evenienza in due fattispecie diverse, a cui si ricollegano due effetti giuridici distinti: (i) se l'*accipiens* non esegue la prestazione dovuta, il *tradens* può recedere ed esigere il doppio della somma o delle cose fungibili date a titolo di caparra; (ii) se a rendersi inadempiente è invece il *tradens*, l'*accipiens* può recedere ed incamerare la somma o le cose fungibili ricevute a titolo di caparra. È soltanto in

³⁰³ In tal senso v. la perspicua spiegazione di S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Cedam, Padova, 2012, 4 s.

³⁰⁴ Il virgolettato è tratto dalla motivazione di Cass. 16 maggio 2006, n. 11356, in *Corr. giur.*, 2006, 1418, con nota di C. CONSOLO, *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata*. La particolare versatilità dell'istituto è affermata da pressoché tutti i contributi dottrinali sul tema della caparra confirmatoria.

³⁰⁵ In passato la consegna di una caparra confirmatoria al momento della conclusione del contratto principale assolveva principalmente la finalità di provare l'avvenuta stipula del negozio. Nell'ambito delle relazioni negoziali moderne, la funzione probatoria della caparra tende a sfumare (si tratta di un'osservazione ricorrente in dottrina: *ex pluribus* v. F. P. PATTI, *op. cit.*, 150, BELLANTE, *op. cit.*, 16 s.) a favore di una funzione di conferma della serietà dell'accordo.

³⁰⁶ Secondo BELLANTE, *op. cit.*, 13 s. l'art. 1385, co. 1, c.c. prevede la restituzione in alternativa all'imputazione avendo riguardo ai casi in cui « l'oggetto della caparra e l'oggetto della prestazione contrattuale non siano omogenei ».

relazione a queste due figure normative che può³⁰⁷ e deve essere argomentata la possibilità di una riconduzione alla nostra categoria.

Procedendo in tale direzione e seguendo lo schema argomentativo oramai consolidato, si deve preliminarmente osservare che – salva l'identificazione del soggetto responsabile – le fattispecie delle figure (i) e (ii) sono perfettamente coincidenti: nell'una e nell'altra è presente l'inadempimento di un'obbligazione principale³⁰⁸ e, di contro, in nessuna delle due compare il danno. La presenza di un illecito contrattuale non dannoso avvicina sensibilmente queste fattispecie a quella a cui si raccorda l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento della penale.

Anche se qui – a differenza di quanto fatto nell'art. 1382, cpv., c.c. – il legislatore non si cura di dire *expressis verbis* che l'esistenza di un pregiudizio resta giuridicamente irrilevante in ordine al prodursi dell'effetto consistente nell'incameramento/versamento del *duplum*. Eppure, malgrado tale silenzio, della connotazione non dannosa delle fattispecie in parola non vi è ragionevole motivo di dubitare³⁰⁹. In tal senso, depone infatti l'automatismo del congegno che il legislatore ha messo a disposizione della vittima dell'inadempimento, al fine di consentirle di reagire prontamente al malfunzionamento del programma negoziale. Aderire ad una lettura dell'istituto che, attribuendo rilievo al danno derivante dall'inadempimento, ammetta il contraente infedele a sollevare *ex post* contestazioni sull'esistenza o consistenza dello stesso significherebbe vanificare la speditezza che il legislatore ha inteso realizzare attraverso la predisposizione di quel meccanismo di autotutela³¹⁰. D'altra parte, l'impressione

³⁰⁷ La possibilità di prendere in considerazione un singolo modo di atteggiarsi dell'istituto è contestata da G. BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 1963, 195 ss.: secondo l'A. il negozio di caparra deve essere riguardato sempre nella sua unitarietà. Contro tale visione necessariamente compatta dell'istituto si può osservare che nulla esclude che le parti decidano di avvalersi di una soltanto delle configurazioni dell'istituto enucleate dall'art. 1385 c.c.: così, ad esempio, esse potrebbero scegliere di impiegare la caparra unicamente al fine di regolare le conseguenze dei reciproci inadempimenti (in tal senso N. DISTASO, *I contratti in generale*, v. 2, in *Giur. sist. Dir. civ. comm.*, Torino, 1980, 1370; W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1980, 894 s.; GHIRON, *op. cit.*, 544)

³⁰⁸ Il riferimento testuale contenuto dell'art. 1385, cpv. c.c. all'inadempimento fa ritenere a taluni autori, che per la produzione dell'effetto giuridico ivi previsto occorra l'inadempimento ed il mero ritardo non sia di regola sufficiente (così DE NOVA, in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 174, G. BAVETTA, *op. cit.*, 132 e V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 191); *contra* A. MARINI, voce *Caparra*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 3 e D'AVANZO, *op. cit.*, 894, sostengono che la nozione di inadempimento vada invece intesa in senso lato e, dunque, comprenda anche il ritardo nell'esecuzione di taluna delle obbligazioni principali.

³⁰⁹ Ed infatti, a quanto consta, nessuno ne ha mai dubitato.

³¹⁰ Cfr. la Relazione ministeriale al c.c. (n. 633) ove si legge « [la] disciplina della caparra [...] facilita le composizioni in caso di inadempimento: infatti, l'inadempiente, se l'altra parte non insiste per

dell'irrelevanza giuridica del danno riceve una conferma, sia pure indiretta, anche dalla formulazione dell'ultimo capoverso dell'art. 1385 c.c. che, dapprima, lascia al creditore insoddisfatto la possibilità di optare per i rimedi giurisdizionali ordinari dell'adempimento o della risoluzione del contratto e, poi, precisa che, a fronte di tale scelta, « il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali »; puntualizzazione che, letta *a contrario*, suggerisce che lo statuto risarcitorio non si applica quando viene attivato lo strumentario stragiudiziale di gestione del conflitto provocato dall'inadempimento (*id est* recesso e caparra).

Muovendo dal piano della fattispecie al profilo effettuale, è bene considerare le figure normative (i) e (ii) in modo separato. Nella prima, l'inadempimento dell'*accipiens* fa sorgere in capo a quest'ultimo ed in favore del *tradens* un'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del doppio della somma o delle cose fungibili ricevute al tempo della stipulazione del negozio principale. Seppur non identico, questo effetto giuridico somiglia nettamente a quello in cui si sostanzia l'obbligazione penale³¹¹; unico punto differenziale consiste nella circostanza che qui la misura dell'attribuzione patrimoniale è determinata dalla legge *per relationem* ad un valore già concretamente sborsato da una delle parti; e là viene invece decisa dai contraenti in via preventiva ed in modo astratto. Di contro, nella seconda figura contemplata dall'art. 1385, comma 2, c.c., l'inadempimento del *tradens* fa nascere in capo all'*accipiens* (non un diritto di credito, ma) il diritto a ritenere l'oggetto della caparra. A ben vedere, questa variante nella conformazione dell'effetto giuridico risponde ad una logica di economicità. Posto che al momento dell'inadempimento la prestazione è già nelle mani del soggetto a cui spetta, sarebbe inopportuno imporre all'*accipiens* di riconsegnarla al *tradens*, salvo poi obbligare quest'ultimo a restituire nuovamente al primo il *duplum* della stessa; ragion per cui il legislatore sceglie di lasciare la caparra lì dove essa si trova.

L'esistenza tra le maglie del diritto positivo di questa semplificazione dimostra che i due schemi – perdita della caparra/pagamento del doppio – sono considerati dalla legge sostanzialmente interscambiabili e, perciò, da essa ritenuti in qualche misura analoghi.

l'esecuzione o non domanda in giudizio la risoluzione, perde la caparra data o restituisce il doppio di quella ricevuta (art. 1385 secondo comma c.c.) e questa è certo una composizione spedita ».

³¹¹ Sulla sovrapponibilità tra clausola penale e caparra confirmatoria ha insistito V.M. TRIMARCHI, voce *Caparra* cit., 201. *Contra* v. l'approfondita confutazione di BAVETTA, *op. cit.*, 169 ss.

E, alla luce di questa constatazione, appare condivisibile l'affermazione dottrinale secondo cui anche l'effetto giuridico correlato all'inadempimento del *tradens*, al pari di quello derivante dall'inadempimento dell'*accipiens*, può essere assimilato all'obbligazione penale, avendo sol cura di puntualizzare che nel primo caso, a differenza che nel secondo, « la prestazione [...] avviene mediante caparra e cioè anticipatamente, prima della scadenza dell'obbligazione principale »³¹².

Peraltro, ai nostri fini, va aggiunto che la presenza di un atto illecito non dannoso all'interno della fattispecie e la correlativa previsione di un sacrificio patrimoniale, a carico del responsabile ed a beneficio della vittima, giustificano l'accostamento strutturale delle due figure previste dal secondo capoverso dell'art. 1385 c.c. – non soltanto alla clausola penale, come altri prima d'ora hanno notato, ma anche – a tutte gli altri istituti finora inclusi nel nostro inventario.

E nella medesima direzione conduce pure l'unica spiegazione funzionale dell'istituto che possa ritenersi tecnicamente compatibile con « [il] dato normativo e [con la] natura degli interessi tutelati »³¹³. Come detto poc'anzi, la disciplina positiva della caparra confirmatoria suggerisce che l'esistenza e la dimensione del pregiudizio sono irrilevanti ai fini della produzione dell'effetto giuridico contemplato dall'art. 1385, comma 2, c.c.; constatazione che impedisce di riconoscere che a fronte dell'inadempimento la caparra assolva una funzione compensativa in senso tecnico.

Un simile ostacolo non può essere aggirato – come qualcuno pretende di fare – affermando che l'irrelevanza del danno rappresenta un normale corollario del carattere forfettario del risarcimento liquidato in via pattizia mediante la caparra ed inferendo che quel dato costituisce in verità una conferma della peculiare funzione compensativa svolta dall'istituto³¹⁴. Ora, riprendendo un'argomentazione svolta in relazione alla penale, si deve ribadire, anche in questo contesto, che la volontà concreta delle parti può imprimere alla caparra un'indole riparatoria, ma non può spingersi sino ad attribuirle la funzione risarcitoria che, nella sua configurazione legislativa, essa non ha. Infatti, quand'anche intendano impiegare la caparra come strumento di liquidazione

³¹² Sul punto v. sempre V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra* cit., 201.

³¹³ È da questi dati che occorre partire per cercare la funzione della caparra, se s'intende rispettare « un corretto criterio metodologico »: così MARINI, voce *Caparra* cit., 2

³¹⁴ BELLANTE, *op. cit.*, 9 che riprende BIANCA, *op. cit.*, 224 ss.

convenzionale ed anticipata del risarcimento, i contraenti soggiacciono ai limiti fissati dal secondo capoverso dell'art. 1385 c.c.

Ciò comporta – in primo luogo – che essi non possono subordinare la produzione dell'effetto giuridico all'effettiva sussistenza e consistenza di un danno e – in secondo luogo – che, nel congegnare le rispettive pretese, essi debbono rispettare l'automatismo incentrato sull'oggetto della caparra, senza poterle modulare in misura difforme e, dunque, adeguatamente parametrata alle conseguenze pregiudizievoli verosimilmente diverse, che i reciproci inadempimenti produrranno nella sfera dell'uno e dell'altro. E d'altro canto – anche questo si è già detto parlando della penale – sarebbe scientificamente poco rigoroso affermare che l'istituto rivesta una funzione risarcitoria solo perché, a seguito dell'inadempimento di taluna delle obbligazioni principali, risulta che un nocumento si è effettivamente verificato e, inoltre, costa che la sua dimensione concreta riflette proprio il valore delle *res traditae*. Così opinando, si finirebbe infatti per identificare la funzione della caparra con le conseguenze accidentali di un evento futuro ed incerto (o forse, in questo caso, sarebbe più giusto dire improbabile); trascurando che la funzione normativa di un istituto giuridico deve invece rappresentare la spiegazione logicamente necessaria del modo in cui la legge ha mostrato di considerarlo nel descrivere la sua fattispecie e nel determinarne gli effetti.

Ove s'intenda invece rispettare la nozione di funzione normativa, occorre ammettere che la conformazione positiva dell'istituto – quale risulta dal capoverso dell'art. 1385 c.c. – rivela che il legislatore ha inteso mettere a disposizione dei contraenti uno strumento primariamente volto a prevenire gli inadempimenti reciproci ed idoneo a punirli nel caso in cui essi, nondimeno, si verificano³¹⁵; un patto sanzionatorio finalizzato a rinforzare la tutela degli interessi sottesi all'operazione economica programmata attraverso il contratto principale.

Merita senz'altro approvazione l'opinione dottrinale, secondo cui le parti debbono ritenersi libere di conformare tale patto, subordinando l'operatività della caparra ad un

³¹⁵L'affermazione della funzione compulsiva dell'inadempimento è piuttosto ricorrente in dottrina: v. A. RUSSO, *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*, Jovene, Napoli, 2012, 111 s.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti* cit., 63, MAZZARESE, *op. cit.*, 52. Che l'incameramento della caparra ed il versamento del doppio funzionino *ex post* come strumento repressivo è osservazione decisamente più rara: v. MARINI, *op. loc. ult. cit.*; e V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)* cit., 201, il quale però afferma che l'istituto possa in concreto assumere – non soltanto un ruolo punitivo, come noi riteniamo, ma – anche una valenza risarcitoria se attraverso il patto le parti « si propongano di determinare preventivamente la misura del risarcimento, da conseguirsi indipendentemente dalla prova del danno ».

inadempimento qualificato da dolo, colpa grave o colpa lieve, senza che simili specificazioni vadano peraltro ad interferire con la finalità assegnata all'istituto dal legislatore³¹⁶: questa opinione, infatti, si pone in linea con quanto da noi affermato, a più riprese, circa la relazione (in)esistente tra qualificazione soggettiva dell'illecito e funzione punitivo-deterrente della sanzione ad esso ricollegata.

Nella prospettiva della deterrenza, merita di essere sottolineata una leggera sfumatura tra le due figure previste dal capoverso dell'art. 1385 c.c. La compulsione all'adempimento è più intensa nei confronti del *tradens* posto che questi soggiace al rischio di perdere la prestazione anticipata immediatamente al verificarsi dell'illecito ed è più lieve nei riguardi dell'*accipiens* semplicemente esposto al sorgere dell'obbligazione di restituire il doppio della caparra: come si suole dire, *melius esse rem habere quam verba*.

Una spinta dissuasiva del tutto analoga a quella esercitata dal timore di perdere l'oggetto della caparra nei confronti del *tradens* si riscontra anche in altre figure normative a carattere di specialità.

Così ad esempio il capoverso dell'art. 1526 c.c., in tema di vendita con riserva della proprietà, autorizza i contraenti a pattuire che « le rate pagate [dal compratore] restino acquisite al venditore a titolo di indennità » nell'ipotesi in cui il contratto si risolva per inadempimento del primo.

Ed una regola simile a questa si rinviene ora nell'art. 23, comma 5 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133³¹⁷, ove si legge che in caso di risoluzione del contratto di *rent to buy* per inadempimento del conduttore, il concedente acquisisce interamente, a titolo di indennità, i canoni ricevuti fino a quel momento, sempreché le parti non abbiano convenuto diversamente.

E, ancora, si possono richiamare gli artt. 2344 e 2466 c.c. – rispettivamente dettati in ambito di società per azioni e società responsabilità limitata, secondo cui, nel caso di mancato pagamento delle quote dovute e di impossibilità di vendita delle stesse, gli amministratori della società possono escludere il socio e trattenere tutte le somme che questi abbia eventualmente versato in precedenza.

E si può considerare, ulteriormente, la regola contenuta nell'art. 587 c.p.c. che minaccia l'aggiudicatario del bene venduto all'incanto (di decadere dall'assegnazione e) di perdere la cauzione in precedenza depositata se non paga il prezzo dovuto entro il

³¹⁶ In tal senso si esprime V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra* cit., 195.

³¹⁷ Decreto successivamente convertito con la l. 11 novembre 2014, n. 164.

termine stabilito. Questa sanzione, che la legge definisce multa, va ad incrementare il ricavato dell'esecuzione forzata che viene distribuito all'esito del processo. Dunque, la perdita della cauzione – per un verso – penalizza l'aggiudicatario inadempiente e – per altro verso – si rivolge a beneficio dei creditori ed a vantaggio dell'esecutato (arg. ex art. 509 c.p.c.).

Ora, la tecnica sanzionatoria impiegata all'interno delle norme summenzionate stabilisce un'indubbia assonanza con la figura rappresentata dalla ritenzione della caparra confirmatoria da parte dell'*accipiens* a fronte dell'inadempimento del *tradens*, ovvero con il paradigma delineato dal secondo capoverso dell'art. 1385 c.c. D'altro canto, va osservato che queste ipotesi normative presentano altresì lo stesso minimo comune denominatore sotteso alle obbligazioni penali e, più in generale, a tutte le figure censite nel corso del nostro lavoro. Difatti, al pari di quanto abbiamo visto in relazione a queste ultime, anche il nucleo strutturale delle caparre speciali consiste nella realizzazione di un *atto* (omissivo) *illicito non dannoso*, a cui la legge riconnette un sacrificio pecuniario che nulla ha a che vedere con il risarcimento del danno. Ragion per cui le caparre speciali in parola possono essere incluse all'interno della nostra categoria, in modo tale da sfruttarne le potenzialità di completamento della disciplina specificamente dettata in relazione ad esse.

10 – Le riflessioni svolte finora ci hanno consentito di individuare nella legislazione civilistica una costellazione di figure normative connotate da un'omogeneità di fondo che fa premio sulle singole diversità.

All'inizio della nostra analisi, abbiamo sottolineato l'importanza che a queste ipotesi normative venga riservato uno spazio autonomo, separato dalla zona occupata dalle conseguenze risarcitorie del fatto illecito, nonché distinto dal microcosmo in cui sono situate le obbligazioni da atto lecito dannoso.

Giunti a questo punto, resta da valutare se esistano altri fenomeni giuridici che, pur essendo in una certa misura analoghi a quelli indagati finora, debbono preferibilmente restare fuori dall'area riservata a questi ultimi. Occorre, in altri termini, portare a compimento l'*actio finium regundorum* precedentemente iniziata, al fine di allontanare definitivamente tutte quelle figure normative che, in quanto presentano un qualche

profilo di peculiarità, rischierebbero di inficiare l'omogeneità rinvenuta e vanificare, così, il tentativo di articolare un regime giuridico unitario intorno alla nostra categoria.

Prima di procedere in questa direzione, però, ci sembra opportuno registrare lo sforzo analitico compiuto finora, assegnando un nome al suo risultato; ovvero, cercando un'espressione che sia idonea a descrivere sinteticamente la natura omogenea rinvenuta per astrazione tra le singole figure tipizzate.

Si badi che, a questo fine, nessun affidamento può essere riposto sulle opzioni nominalistiche compiute dal legislatore. Infatti, nel designare le prestazioni non risarcitorie da atto illecito, questi non fa mostra di alcuna coerenza di linguaggio ed, anzi, fa sfoggio di una creatività lessicale fors'anche eccessiva. Per rendersene conto, è sufficiente ricapitolare gli innumerevoli appellativi incontrati nel corso della nostra rassegna: 'riparazione pecuniaria' (art. 12 l. 47/1948), 'sanzione' (art. 70 disp. att. c.c.), 'somma equitativamente determinata' (artt. 96 e 815, comma 4, c.p.c.; 26 D.lgs. 104/2010); 'penale' (artt. 1382 ss. c.c.; 3 l. 192/1998; 3 l. 386/1990); 'misura di coercizione' (art. 614-*bis* c.p.c.); 'somma' senza aggettivi (artt. 124, comma 2 e 131, comma 2, c.p.i.; e 11, comma 3, D.lgs. 28/2010); 'interessi' (artt. 1284, penultimo e ultimo comma, c.c.; artt. 3 e 5 l. 392/1998 e 3 e 5 D.lgs. 231/2002); 'caparra' (art. 1385 c.c.).

In mancanza di un *nomen iuris* univoco ed in grado di designare complessivamente le figure normative in parola, occorre cercare un iperonimo, ovvero una locuzione che, non trovando alcun corrispondente nel linguaggio normativo, riesca ad esprimere genericamente la sostanza comune a tutta la categoria evitando di identificarla riduttivamente con questo o con quell'istituto in essa ricompreso.

A tal fine, introduciamo nella trama della nostra argomentazione l'espressione 'pena pecuniaria privata' in seno alla quale: il sostantivo 'pena'³¹⁸ vale ad esprimere l'idea che il tratto unitario, che le connota strutturalmente e funzionalmente, consiste nell'imposizione di un male a carico del trasgressore di un precetto giuridico al precipuo

³¹⁸ Osserva V. ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, 285, nt. 21 che il sostantivo 'pena' è avvolto da un'incertezza terminologica; e, in particolare, occorre decidere se impiegarlo in modo restrittivo con esclusivo riguardo alle sanzioni criminali oppure in modo ampio e dunque comprensivo di qualsivoglia sanzione successiva negativa in cui risulti prevalente l'elemento retributivo. A noi sembra preferibile utilizzare il termine 'pena' in un'accezione lata. Difatti, in primo luogo, l'introduzione di questo sostantivo nel discorso civilistico consente di identificare le figure normative di cui si occupa la presente ricerca senza confonderle con le sanzioni civili risarcitorie o restitutorie. In secondo luogo, si può osservare che il termine 'pena' non è del tutto estraneo al linguaggio del diritto privato posto che esso compare nel sintagma 'clausola penale' seppur in forma aggettivata.

fine di punirlo; l'aggettivo 'pecuniaria' sta ad indicare di qual natura sia questo male³¹⁹; e l'ulteriore qualificativo 'privata' serve a rivelare che l'interesse giuridico tutelato è, prima di tutto, quello individuale e, in via meramente eventuale e in ogni caso semplicemente riflessa, quello della collettività.

Inoltre, l'iperonimo 'pena pecuniaria privata' risulta decisamente utile per svolgere la missione cui è diretto il presente paragrafo, che consiste nel delimitare tutti i confini dell'area riservata alle sole figure che partecipano della natura giuridica sottesa alla nostra categoria. L'espressione di nuovo conio consente infatti di distinguere facilmente i due fronti maggiormente bisognosi di un'apposizione di termini.

Il primo di questi fronti è quello che separa il fenomeno giuridico da noi indagato da quelle figure normative che chiameremo 'pene pecuniarie civili', attingendo l'aggettivo 'civile' dall'etichetta recentemente adottata dal legislatore per designare le sanzioni pecuniarie, che l'autore di taluno degli illeciti depenalizzati mediante il d.lgs. 7/2016 è tenuto a versare nella cassa delle ammende (*ex art. 10*). Seguendo la scelta lessicale compiuta dal recente intervento normativo, si possono allora denominare 'pene pecuniarie civili' tutte quelle prestazioni pecuniarie che una disposizione di legge civile fa gravare sul responsabile di un comportamento illecito, prescrivendogli di versare la somma dovuta nelle casse di un soggetto pubblico. La destinazione della sanzione segna un evidente *discrimen* tra queste figure e le prestazioni pecuniarie incluse nella nostra categoria che, di contro, devono in ogni caso essere pagate al vittima dell'illecito; e che, in ragione di questa diversità, appare utile continuare a distinguere sul piano nominalistico parlando di pene pecuniarie private.

Peraltro, va anche osservato che, così come in queste ultime la devoluzione della prestazione pecuniaria al soggetto privato è indice della natura privatistica dell'interesse che la previsione legislativa è volta a tutelare, il beneficiario pubblicistico della prestazione pecuniaria rivela che ciascuna pena pecuniaria civile è immediatamente tesa a proteggere un interesse di dimensione collettiva³²⁰.

³¹⁹ A supporto dell'utilità e, per converso, della non ridondanza dell'aggettivo 'pecuniaria', si può considerare che: (i) al concetto di pena è indifferente di quale specie sia il male che colpisce il trasgressore della norma (così A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, traduzione italiana, Cedam, Padova, 1939, 33); (ii) neppure l'etimologia del sostantivo 'pena' suggerisce l'accostamento tra questa e la multa pecuniaria (cfr. A. G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, III, Giappichelli, Torino, 2001, 661, nt. 4).

³²⁰ La distinzione tra pena privata e pena civile sulla base del beneficiario privato e pubblico dell'oggetto della pena è frutto di una nota proposta di L. HUGUENEY, *Le sort de la peine privée en France dans la*

Il nostro codice di rito è piuttosto ricco di pene pecuniarie che debbono essere pagate al bilancio statale, ovvero – secondo la nomenclatura da noi proposta – di pene pecuniarie civili. Così l'art. 54 c.p.c. autorizza il giudice, che dichiara inammissibile o rigetta l'istanza di ricusazione, a condannare la parte che l'ha proposta ad una pena pecuniaria (non superiore a euro 250). L'art. 67. c.p.c. prevede che il custode che non esegue l'incarico assunto può essere condannato dal giudice ad una pena pecuniaria (da euro 250 a euro 500), oltretutto – eventualmente – a risarcire i danni cagionati alle parti. L'art. 118 c.p.c. minaccia il terzo estraneo al processo, che non consente l'ispezione sulla sua persona o sulle cose in suo possesso le ispezioni che appaiano indispensabili per conoscere i fatti della causa, di dover pagare una pena pecuniaria (da euro 250 a euro 1500). Ancora: l'art. 220 c.p.c. stabilisce che la sentenza che accoglie l'istanza di verifica della scrittura privata può condannare la parte che ha effettuato il disconoscimento ad una pena pecuniaria (non inferiore a euro 2 e non superiore a euro 20). E regola del tutto analoga vale – ex art. 226.c.p.c. – per colui che ha proposto la querela di falso nel caso in cui essa venga rigettata.

L'elencazione potrebbe continuare ancora piuttosto a lungo³²¹, ma il campione a nostra disposizione è più che sufficiente per quanto interessa qui osservare. Ovvero che con queste norme il legislatore processualcivilistico tenta di indirizzare il comportamento dei soggetti coinvolti nel processo in modo tale da assicurarne il corretto e sollecito svolgimento; e, in coerenza con la dimensione generale dell'interesse che ha inteso presidiare, stabilisce che le sanzioni all'uopo irrogate vengano versate nelle casse statali.

Ed anche al di fuori del codice di procedura civile, non è affatto raro rinvenire pene pecuniarie civili secondo l'accezione qui accolta: a titolo puramente esemplificativo³²², si può considerare la misura coercitiva che – ai sensi del settimo comma dell'art. 140 D.lgs. 206/2005 (Codice consumatori) – il giudice può irrogare al fine di assicurare

première moitié du XX siècle, in *Études offerts à G. Ripert*, v. 2, *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1950, 256 ss. L'A. francese – a cui si deve la riscoperta della pena di diritto privato – riteneva infatti come noi che la destinazione della prestazione sanzionatoria rappresenti l'unico indice sicuro della natura dell'interesse che il legislatore ha inteso proteggere attraverso la scrittura della norma.

³²¹ V. infatti gli artt. 255; 283; 408; 431, co.3; 476 c.p.c. Hanno un fondamento sostanziale analogo a queste norme, ma sono collocate fuori dal codice di rito l'art. 13, co. 1-*quater*, d.p.r. 115/2001 (Disposizioni in materia di spese di giustizia) e l'art. 26, co. 2, d. lgs. 104/2010.

³²² Per casi analoghi a quello riportato nel testo si rinvia alla lettura degli artt. 16, co. 2 e 18, u. co. 1. 300/1970 (Statuto dei lavoratori); art. 31, co. 2, l. 392/1978 (Locazione di immobili urbani); art. 37, co. 5, d. lgs. 198/2006 (Codice delle pari opportunità).

l'osservanza dei provvedimenti volti a far cessare o a rimuovere gli effetti di comportamenti lesivi degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti; in caso di inadempimento, la somma di denaro in cui si sostanzia la misura coercitiva deve essere versata all'entrata del bilancio dello Stato e precisamente – a riprova della tendenza del legislatore a stabilire una corrispondenza tra interesse tutelato e beneficiario della sanzione – ad un fondo destinato a finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori.

Sull'altro versante dell'area occupata dalle pene pecuniarie private, si colloca una zona dai contorni sfumati in cui devono essere residualmente sistemate tutte quelle figure, a cui la letteratura ha attribuito il nome di pene private. Si tratta di una congerie di ipotesi normative che – da un lato – condividono con quelle ricomprese nella nostra categoria il significato di prevenzione e repressione di un comportamento lesivo di un interesse individuale e – da altro lato – da esse si distinguono sotto il profilo della tipologia della sanzione minacciata. In particolare, il contenuto della sanzione oggetto delle “altre” pene private è caratterizzato da un elevato grado di disomogeneità; in nessun caso consiste in una prestazione pecuniaria; e non sempre si traduce in un beneficio per il soggetto titolare dell'interesse violato.

Molti esempi possono essere tratti dalle pagine che la dottrina ha dedicato al tema della pena privata.

Si pensi all'esclusione dell'associato che l'assemblea può deliberare (*ex art. 24, comma 3, c.c.*) ove sussistano gravi motivi; alla sospensione del diritto all'assistenza morale e familiare che (*ex art. 146 c.c.*) può essere pronunciata nei riguardi del coniuge che, essendosi allontanato senza giusta causa dalla residenza familiare, rifiuti di tornarvi; all'addebito della separazione che (*ex art. 151, comma 2, c.c.*) può essere dichiarato dal giudice a carico del coniuge che abbia tenuto un comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio; alla decadenza dalla responsabilità genitoriale che (*ex art. 330 c.c.*) può essere stabilita dal giudice nei confronti del genitore che abbia violato o trascurato i doveri ad essa inerenti o abusato dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio; all'esclusione dalla successione per le cause di indegnità tassativamente elencate dall'art. 463 c.c.; alla decadenza dal beneficio di inventario dell'erede che abbia alienato i beni appartenenti all'asse ereditario senza la necessaria autorizzazione oppure che abbia commesso omissioni o infedeltà nella redazione dell'inventario (art. 493 e 494 c.c.); alla cessazione dell'usufrutto che (*ex art. 1015,*

comma 1, c.c.) può verificarsi in conseguenza degli abusi dell'usufruttuario; e via dicendo.

Un'elencazione completa di queste figure sarebbe decisamente più impegnativa che utile al nostro scopo che è soltanto quello di rimarcare la linea di confine tra le pene pecuniarie private e le pene private *tout court*, facendo leva sulla diversa natura della sanzione in cui si traducono le une e le altre e con l'obiettivo di salvaguardare l'omogeneità fino a qui rinvenuta tra le prime. A sostegno della scelta operata, va anzitutto ricordato che la ricerca civilistica sulle pene private si è storicamente svolta senza valorizzare questo elemento di diversità: così nell'ambito del noto convegno tenutosi a Pisa nel 1984³²³, Francesco Donato Busnelli (promotore dell'iniziativa) suggeriva ai partecipanti di muovere da un'idea alquanto lata di pena privata consistente nella « privazione di un diritto privato o nella determinazione di un'obbligazione privatistica a scopo di punizione del trasgressore della norma »³²⁴; e di lì a poco, sempre in ambiente pisano, emergeva l'idea di distinguere la pena privata « minacciata e applicata dai privati nei confronti di altri privati » dalla sanzione civile intesa come « comminata dalla legge ed applicata dall'autorità giudiziaria »³²⁵.

Queste riflessioni hanno avuto certamente il merito di determinare la riscoperta della funzione deterrente e punitiva degli strumenti di diritto privato, ancor prima che l'attrattiva esercitata dalla cultura giuridica angloamericana e la globalizzazione economica³²⁶ iniziassero a premere nella medesima direzione sottoponendo all'attenzione dell'interprete italiano il modello dei *punitive damages*. Tuttavia, va anche detto che l'impegno profuso non ha mai condotto all'elaborazione di una categoria unitaria; tant'è vero che, sul finire dello scorso millennio, un'attenta dottrina segnalava l'opportunità di cercare all'interno del *mare magnum* delle pene private dei « dati omogenei, vale a dire [...] un minimo di elementi comuni, che giustific[assero] il raggruppamento di talune ipotesi, distinguendole dalle altre » con l'obiettivo di articolare attorno a quelle una disciplina comune in grado di legittimare la creazione di una categoria autonoma³²⁷.

³²³ Convegno i cui atti sono poi confluiti nel volume intitolato 'Le pene private', più volte richiamato nel corso delle nostre notazioni.

³²⁴ Riprendendo così la nozione suggerita da THON, *op. cit.*, 56.

³²⁵ Cfr. GALGANO, *op. cit.*, 532.

³²⁶ A questo proposito, si ricordi quanto detto *supra* cap. 1, § 2.

³²⁷ MOSCATI, *op. cit.*, 382.

Dando ascolto a questo suggerimento proveniente dalla letteratura e cogliendo lo spunto offerto dalla sempre più frequente emersione del problema dei danni punitivi, abbiamo scelto di considerare nel contesto della nostra ricerca le sole pene private che hanno consistenza pecuniaria. E, tra queste, abbiamo in effetti rinvenuto quella natura giuridica omogenea che consente finalmente di impostare l'attività di uniformazione e di completamento delle regole applicabili a ciascuna delle figure normative riconducibili alla nostra categoria.

Ecco, dunque, che se si vuole evitare di porre nel nulla il risultato raggiunto, occorre tenere ben distinte le nostre pene pecuniarie private dall'insieme del tutto eterogeneo delle pene private; lasciando ad altri la valutazione dell'opportunità di continuare a riflettere su di esse.

CAPITOLO III

Le pene pecuniarie private: confronto con altri modelli punitivi

SOMMARIO: 1. – *Caveat* preliminari: il contributo del presente capitolo nel quadro dell’opera. 2. – Confronto tra pene pecuniarie private e pena in senso stretto. In particolare: il differente ruolo dell’art. 25, comma 2, Cost. nella configurazione legislativa delle rispettive fattispecie. 3. – (*Continua*) Ricostruzione della portata attuale dell’art. 25, comma 2, Cost. e correlativa verifica della legittimità costituzionale delle disposizioni che contemplano pene pecuniarie private. 4. – Confronto tra pene pecuniarie private e *punitive damages*. Tra punti di contatto e profili differenziali alcune conclusioni (soltanto) provvisorie. 5. – Primo profilo differenziale. La relazione a distanza tra inadempimento e danni punitivi. 6. – Secondo profilo differenziale. L’inammissibilità di danni punitivi oltre le pene pecuniarie private. 7. – Il problema della riconoscibilità di sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*: soluzioni possibili e riflessi eventuali.

1. – Nell’articolazione dell’analisi finalizzata a sistematizzare l’insieme delle pene pecuniarie private, il presente capitolo rappresenta un intermezzo, la cui utilità può

essere compresa solo se si pone mente alle linee ed alle prospettive complessivamente sottese alla presente ricerca.

A questo proposito, conviene allora cominciare col ricordare che, in principio, è stata la constatazione di una persistente vitalità della tematica dei *punitive damages* in seno ai discorsi dei giuristi italiani a stimolare un'indagine volta a verificare se, nella trama del nostro ordinamento, esistano tracce di emersione del modello giuridico di matrice angloamericana. È nel corso dello svolgimento di tale ricerca che è affiorata, poi, la necessità – o, sarebbe forse meglio dire, l'occasione – di compiere un'attività di riordino di figure normative che, sebbene topograficamente lontane e *prima facie* distinte, vanno a comporre una dimensione del diritto privato strutturalmente e funzionalmente omogenea. E, all'esito di quest'opera di interpretazione, si è addivenuti, quindi, al perfezionamento di una categoria giuridica unitaria che si è ritenuto di poter unitariamente designare impiegando la locuzione 'pena pecuniaria privata'.

La categoria congegnata, dovrebbe costituire, ora, il punto di avvio, nonché il veicolo di un ulteriore sforzo ermeneutico teso a realizzare l'uniformazione ed il completamento delle regole applicabili a ciascuna delle ipotesi normative ascrivibili ad essa. A questo fine, la *reductio ad unitatem* delle pene pecuniarie private, preliminarmente compiuta, risulta decisamente utile, in quanto consente di impiegare, nella ricostruzione della disciplina di ciascuna di esse, lo strumento dell'interpretazione sistematica; e ciò, nonostante – si perdoni il bisticcio linguistico – l'asistematicità originaria di dette figure normative. L'argomento sistematico consiste infatti nell'interpretare una disposizione normativa, sulla base della considerazione del legame esistente tra questa ed il sistema giuridico del quale essa fa parte³²⁸. Peraltro, può accadere che – come nel campo nostro – il sistema di appartenenza non emerga già, in maniera evidente, dall'ordito della legislazione. Di fronte tale evenienza, l'interprete può, allora, tentare autonomamente di dar vita a costruzioni concettuali da calare, poi, sul testo normativo al fine di comprenderne il significato. È per realizzare questa peculiare operazione ermeneutica,

³²⁸ Segnatamente – osserva TARELLO, *op. cit.*, 375 ss. – che l'esistenza di un sistema giuridico può risultare: (i) dalla collocazione topografica degli enunciati legislativi (ad esempio, dal loro inserimento all'interno di un'unica sezione, capo o titolo di un codice); (ii) dalla costanza terminologica adoperata dal legislatore nel disciplinare figure normative diverse; e (iii) dalla disciplina organicamente sottesa ad un istituto.

specificamente indicata dalla teoria generale del diritto come sistematico-dogmatica³²⁹, che si è proceduto, nel corso del capitolo precedente, alla creazione della categoria delle pene pecuniarie private. Si consideri, inoltre, che l'argomento sistematico-dogmatico risulta altresì utile all'integrazione della disciplina dettata dal legislatore in relazione a ciascuna figura, in quanto, risolvendosi nella valorizzazione delle somiglianze esistenti tra figure *prima facie* distinte, fornisce un possibile « supporto agli argomenti della “famiglia” analogica, cioè all'argomento analogico ed a quello [...] dei principi generali »³³⁰.

Prima di cimentarsi in questa nuova impresa di interpretazione ed integrazione del regime delle pene pecuniarie private, però, appare opportuno dedicare uno spazio di riflessione – un intermezzo, come si diceva all'inizio – al raffronto tra la categoria in via di elaborazione e modelli punitivi decisamente più consolidati.

Precisamente, questo capitolo sarà, per una parte, diretto a confrontare la categoria della pena pecuniaria privata e la pena in senso stretto, ovvero la sanzione che connota il settore del diritto penale pubblico.

Si tratta – a ben riflettere – di un passaggio necessariamente preliminare all'impiego dell'argomento dogmatico-sistematico. Infatti, non sarebbe possibile prospettare l'estensibilità delle regole specificamente dettate dal legislatore in relazione a talune soltanto delle figure normative comprese nella “nostra” categoria, oppure prefigurare la vocazione espansiva di principi ad essa complessivamente sottesi, senza avere, dapprima, appurato che le pene pecuniarie private non s'identifichino con la sanzione penale e che, perciò, l'integrazione della disciplina dell'intervento punitivo nel diritto privato non soggiaccia ai limiti che condizionano l'interpretazione della legge penale e che consistono nel divieto di *analogia legis* e di *analogia iuris* (art. 14 disp. prel. c.c.).

Come è noto, i vincoli predetti rappresentano il precipitato, sul piano dell'interpretazione, del principio costituzionale di stretta legalità (art. 25, comma 2, Cost.); principio che, in prima battuta, informa la fonte dell'illecito penale, prescrivendo e, al contempo, condizionando la strutturazione legislativa del precetto. In

³²⁹ Sul peculiare metodo dell'interpretazione sistematico-dogmatica v. V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi sull'interpretazione*, Edizioni Ets, Pisa, 2012, 41 e 45; e GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi* cit., 171.

L'esempio di gran lunga più noto di impiego dell'argomento sistematico-dogmatico è, certamente, quello legato alla elaborazione della categoria del negozio giuridico e all'articolazione del suo regime.

³³⁰ Così TARELLO, *op. cit.*, 378.

considerazione di ciò, appare quindi opportuno procedere al confronto tra pene pecuniarie private e pene in senso stretto, muovendo proprio dal profilo della fonte, sì da accertare se l'art. 25, comma 2, Cost. valga anche in relazione alle prime; per poi trarre, dall'esito di tale accertamento, la soluzione al nostro problema se l'interpretazione delle previsioni legislative che contemplano pene pecuniarie private subisca o meno i limiti sanciti dall'art. 14 disp. prel. c.c.

Per un'altra parte, il presente capitolo sarà rivolto a compiere un raffronto tra la categoria interna delle pene pecuniarie private ed il modello giuridico straniero dei *punitive damages*.

Per comprendere le ragioni che si pongono alla base della scelta di svolgere qui, e non altrove, questo approfondimento, occorre sapere che i teorici del diritto ritengono che il metodo sistematico-dogmatico sia affetto da una certa debolezza e, di conseguenza, risulti opportuno utilizzare, unitamente ad esso, altri argomenti ermeneutici³³¹; e che, a tale scopo, vengono reputati adatti i canoni riconducibili al genere dell'interpretazione *ex auctoritate* (o *ab exemplo*), tra i quali rientra, appunto, l'argomento comparatistico³³².

Quest'ultimo – lo si è già detto in altra occasione ed è utile ribadirlo anche ora – non autorizza l'interprete ad importare *tout court* soluzioni giuridiche esistenti in altri ordinamenti. Nondimeno, detto argomento consente di fare riferimento a tali soluzioni per scoprire una possibile opzione interpretativa del diritto interno ed anche per saggiarne la correttezza, l'adeguatezza e la giustezza. Ecco, dunque, che, nello specifico contesto che ci occupa, l'osservazione della disciplina del modello dei *punitive damages* potrà condurre a sviluppare soluzioni esegetiche immanenti nel sistema delle pene pecuniarie private e di vagliarne, altresì, l'opportunità. Di modo che, dopo aver offerto

³³¹ Particolarmente significativo, ai nostri fini, è il seguente ammonimento di L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in L. MENGONI, *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Giuffrè, Milano, 2011, 163: « occorre [...] rendersi conto che la costruzione sistematica, cui tende il metodo dogmatico, non consente se non deduzioni formali, le quali sono la riproduzione delle premesse racchiuse nei concetti e nei loro nessi sistematici. Essa non ha [perciò] la capacità di sviluppare autonomamente nuove possibilità di soluzioni immanenti nel sistema ».

³³² Suggestisce di impiegare, a supporto del canone sistematico, gli argomenti di carattere autoritativo e, perciò, seppure l'a non lo dica espressamente – anche quello comparatistico TARELLO, *op. cit.*, 378. Per parte sua, MENGONI, *op. loc. ult. cit.*, afferma invece che le carenze del metodo sistematico – da lui segnalate (v. nt. precedente) – debbano essere colmate attraverso l'argomento politico. Nel presente lavoro, si cercherà di coniugare tra loro questi due insegnamenti declinando l'argomento comparatistico in funzione politica: questa scelta metodologica verrà spiegata più diffusamente *infra* al § 4 di questo capitolo.

l'occasione per effettuare un tentativo di sistematizzazione di un'area del diritto privato italiano, il modello in parola potrà rappresentare uno strumento utile a portare a compimento l'opera iniziata³³³.

Com'è ovvio, al fine di valutare se un istituto straniero possa fornire spunti ermeneutici utilizzabili nell'interpretazione di una previsione legislativa di diritto interno, occorre preliminarmente impostare un ragionamento teso a riscontrare i punti di contatto ed i profili differenziali esistenti tra il primo e la seconda³³⁴. Onde, risulta l'opportunità di svolgere in questo stadio della ricerca, ossia, prima della ricostruzione del regime delle pene pecuniarie private, il raffronto tra queste ultime e la categoria dei *punitive damages*.

Si consideri, infine, come, per tale via, il discorso sulle pene pecuniarie private finisca per intersecare quella che, in sede di considerazioni preliminari, abbiamo chiamato “questione dei « danni punitivi »”, determinando l'opportunità di provare a formulare nel'ambito del presente capitolo alcune risposte in relazione ad essa. Come si ricorderà, detta questione presenta una spiccata complessità, articolandosi in più nodi. Vi è, in primo luogo, l'interrogativo di interesse comparatistico, se esistano tracce di emersione di danni punitivi tra le maglie della legislazione italiana. Vi è, in secondo luogo, il tema, di rilievo interno, relativo alla possibilità di trarre dai *punitive damages* lo spunto per potenziare l'impiego degli strumenti di natura privatistica in funzione di prevenzione e punizione di taluni fatti illeciti. E vi è, in terzo luogo, il problema, di diritto internazionale processuale, della riconoscibilità delle sentenze straniere

³³³ Sull'apporto che lo studio comparativo della *common law* e del diritto continentale può dare alla scienza del diritto, nonostante la distinta matrice dei due sistemi giuridici, v. G. GORLA, *Studio storico-comparativo della « common law » e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 25 ss.

³³⁴ V. D. CANALE, *L'argomento comparatistico. Un contributo allo studio del ragionamento giuridico*, in *Ars Interpretandi*, 2016, 1, 51 s. e 59 s. L'a. spiega che questo è il primo dei due momenti in cui dev'essere scandito il procedimento ermeneutico comparatistico: si tratta di un ragionamento – solitamente non esplicitato nelle sentenze e negli studi giuridici – che viene condotto avendo riguardo ad una pluralità di modelli stranieri, al fine di valutare la comparabilità astratta di ognuno di essi con la norma interna; comparabilità che risulta verificata qualora risulti i due modelli presentano qualche somiglianza rilevante (e, dunque, una relazione di coerenza positiva) o qualche divergenza rilevante (e, dunque, una relazione di coerenza negativa). Il secondo momento di questo procedimento interpretativo consiste invece nella selezione di uno tra i vari modelli stranieri che soddisfano il criterio di comparabilità, selezione che deve trovare una giustificazione in canoni ermeneutici – com'è ovvio, diversi da quello comparatistico giacché, altrimenti, si sconfinerebbe nell'arbitrio – che si fondano, ancora una volta, sul riscontro di un qualche profilo di somiglianza tra la norma interna ed il modello straniero. Alcuni di questi argomenti saranno impiegati nel prosieguo, al fine di giustificare la possibilità di utilizzare la *law of punitive damages* come paradigma nella ricostruzione del sistema delle pene pecuniarie private.

comminatorie di *punitive damages*. È allo scioglimento di questi nodi che dovrà essere rivolta una parte dei nostri sforzi argomentativi.

2. – Seguendo la programmazione preannunciata, occorre affrontare ora l'esame della fonte delle pene pecuniarie private per tentare di comprendere se e quale influenza abbia su di essa il principio di stretta legalità.

A tal fine, è utile tornare, anzitutto, sulla struttura delle figure normative in parola. Nel corso del capitolo precedente, si è ritenuto di poter indicare il denominatore comune alla fattispecie di tutte le pene pecuniarie private in un atto illecito. E, nel descrivere questo elemento, si è scelto, allora, di impiegare l'aggettivo 'tipico', desumendo tale connotazione dalla circostanza che, nel novero delle ipotesi normative censite, la qualificazione di illiceità dell'atto non viene affidata, una volta per tutte, alla formulazione aperta di una norma contenente una clausola generale (sul modello dell'art. 2043 c.c.), ma viene compiuta, caso per caso, dal legislatore, predisponendo, all'uopo, una pluralità di disposizioni normative che enunciano il comportamento vietato e vi ricollegano una determinata pena pecuniaria..

Ciò rammentato, si può ora procedere rilevando che, in seno alla categoria della pena pecuniaria privata, il carattere di tipicità non assume la medesima rigorosa portata che esso riveste con riferimento al reato. Infatti – come si è accennato nel precedente paragrafo – nel contesto del diritto penale pubblico, la tipicità del fatto illecito è proiezione del principio di stretta legalità espresso, sul piano della legislazione ordinaria, dall'art. 1 c. p. secondo cui « [n]essuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge [...] », e riaffermato, a livello costituzionale, dall'art. 25, comma 2, Cost., a mente del quale « [n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso ». Stante la comune derivazione dal principio di stretta legalità, la tipicità dell'illecito penale si raccorda con l'esigenza di tassatività e determinatezza della fattispecie e, perciò, impone al legislatore di descrivere in modo sempre dettagliato e puntuale il fatto incriminato³³⁵; affinché non residui spazio per la successiva specificazione del precetto

³³⁵ Giacché, se così non fosse – osservano FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, 76 – « il principio di legalità sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza ».

al momento della sua applicazione³³⁶, e con il preciso scopo di tutelare i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario.

Diversamente, nelle disposizioni civilistiche che contemplano pene pecuniarie private, la rappresentazione dell'atto illecito non viene sistematicamente compiuta con la precisione ed il rigore imposti dal principio costituzionale di stretta legalità.

Così, in primo luogo, tra le ipotesi legislative in parola, ve ne sono alcune che indicano il comportamento sanzionato in maniera tale da lasciare uno spazio di indeterminatezza destinato ad essere colmato attraverso la formulazione del precetto al tempo della sua concreta applicazione in sede giurisdizionale. Sicché, nell'ambito di queste figure normative, è possibile distinguere una fonte creativa legale, che contiene l'autorizzazione rivolta al giudice ad imporre il pagamento di una pena pecuniaria privata a carico dell'autore di un atto illecito sommariamente indicato, ed una fonte determinativa giudiziale, che contempla l'enunciazione specifica del comportamento sanzionato.

Esemplificando, una scissione tra fonte creativa legale e fonte determinativa giudiziale è ravvisabile nella norma che risulta dall'integrazione verticale tra il primo comma dell'art. 96 c.p.c. – secondo cui « se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni » – ed il terzo comma del medesimo articolo – a mente del quale « in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata ». La fattispecie dell' « agire o resistere in giudizio con mala fede o colpa grave », da cui l'ultimo capoverso della disposizione fa dipendere l'imposizione della pena pecuniaria privata, è a tal punto vaga da conferire all'autorità giurisdizionale il «

³³⁶ La dottrina ha denunciato come non sia affatto facile verificare il rispetto da parte del legislatore dell'imperativo di tassatività e determinatezza della fattispecie. Il confine tra determinato e vago – hanno osservato taluni – è tutt'altro che netto, sicché non esistono disposizioni totalmente determinate e disposizioni totalmente vaghe, ma vi sono piuttosto variegate sfumature (sul punto v. C. LUZZATI, *Il diritto penale è un sistema chiuso?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 4, 515 ss. e CIAN, *op. cit.*, 258). Per parte sua, nel momento in cui è stata chiamata a verificare il rispetto di quell'imperativo, la Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1535 con nota di M. BRANCA, *In tema di fattispecie penale e di riserva di legge*, ha tentato comunque di formulare un criterio utile a tal fine. Così – secondo la Consulta – « la descrizione del fatto incriminato » può ritenersi sufficientemente precisa quando consente al giudice « di stabilire il significato di tale elemento (cioè della formula in discussione) mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato ».

potere discrezionale assoluto »³³⁷ di determinare, caso per caso, la condotta processuale specificamente vietata³³⁸.

Similmente, uno spazio per l'attività determinativa giudiziale esiste in seno alla fattispecie a cui l'art. 614-*bis* c.p.c. ricollega l'applicazione della misura di coercizione indiretta. Nella redazione di quest'ultima norma, il legislatore non ha rispettato la rigorosa formulazione delle norme incriminatrici e, anziché limitarsi a stabilire che « con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice [...] 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 », ha aggiunto l'inciso « salvo che ciò non sia manifestamente iniquo »³³⁹. Formula che, con tutta evidenza, finisce per rimettere alla discrezionalità equitativa³⁴⁰ giudiziale la possibilità di incidere sull'*an* della pena pecuniaria privata.

In secondo luogo, nel novero delle pene pecuniarie private, ve ne sono altre che rinvencono la propria generica autorizzazione in una fonte creativa legale, necessitando,

³³⁷ Così si esprime criticamente M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 123; in particolare – secondo l'a. – il difetto di indicazioni legislative precise ed uniformi per valutare se un dato comportamento sia o meno abusivo fa sorgere il pericolo che si realizzino notevoli disparità di trattamento (v. p. 128).

³³⁸ Dalla concretizzazione giurisprudenziale del precetto risultano sanzionate, ad esempio, le iniziative processuali fondate su contestazioni eccessivamente generiche, il comportamento gravemente contraddittorio della parte, la riproposizione di una domanda già rigettata da sentenza passata in giudicato, *etc.* (per un'articolata rassegna di queste condotte si può leggere FIENGO, *op. cit.*, 120 s.).

³³⁹ Per rendersene conto, basta confrontare la lettera dell'art. 614-*bis* c.p.c. con quella del suo *analogon* penalistico, l'art. 388 c.p., il quale, ovviamente, non contempla alcun riferimento alla valutazione equitativa del giudice penale.

³⁴⁰ Lasciandosi trasportare da un'ondata di dissenso nei confronti della scelta operata dal legislatore, la letteratura processualistica ha fatto talora uso di espressioni ben più forti di quella, da noi impiegata nel testo, di discrezionalità equitativa: così, ad esempio, A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 223 ha parlato di « incontrollabile potere discrezionale » del giudice; E. SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. Taruffo, Zanichelli, Bologna, 2010, 510 ha paventato un rischio di applicazione « aleatoria » della norma; A. CHIZZINI, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI e S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Utet, Torino, 2009, 169, ha denunciato la « sconcertante vaghezza » del dato normativo; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis*, p. 788, ha adombrato, addirittura un pericolo di « arbitrio ». Né sono valse a spegnere il dissenso maturato in ambiente processualistico le argomentazioni, d'intento rasserenante, formulate da S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., 973: secondo l'a. « i timori di un'eccessiva discrezionalità giudiziale si possono [...] fugare chiarendo che il criterio di iniquità ha struttura e funzione del tutto diverse dalla clausola generale della buona fede: la seconda fonda pretese nuove o dà rilievo ad interessi ulteriori rispetto a quelli espressamente sanciti dalla legge o dalla volontà delle parti nel piano delle obbligazioni e ciò sulla scorta di una direttiva che apre ai giudizi di valore del giudice, mentre il primo non è la causa giustificatrice della comminatoria ma vale ad escluderne l'operatività ».

però, di un atto di concretizzazione ad opera di un'ulteriore fonte determinativa di natura – non giudiziale, ma – privatistica.

Paradigmatico, a questo proposito, è il caso della clausola penale. Secondo la descrizione contenuta nel primo comma dell'art. 1382 c.c., essa presuppone un rapporto obbligatorio di fonte negoziale del quale prevede la mancata o tardiva attuazione, e si sostanzia in un patto che instaura un nesso di causalità giuridica tra l'inadempimento o il ritardo ipotizzato e l'obbligo di compiere una prestazione dovuta – a mente del capoverso del medesimo articolo – « dovuta indipendentemente dalla prova del danno ». Fatto generatore esclusivo dell'obbligazione penale è, quindi, un contegno illecito (non descritto dalla legge, ma) concordemente specificato dai privati nel testo del regolamento contrattuale a cui l'art. 1382, comma 1, c.c. compie, in sostanza, un « rinvio in bianco »³⁴¹.

Ed un rinvio in bianco è ravvisabile anche all'interno dell'art. 70 disp. att. c.c. Come si ricorderà, questa disposizione prevede che per « le infrazioni al regolamento di condominio » possa « essere stabilito, a titolo di sanzione, il pagamento di una somma fino ad euro 200 e, in caso di recidiva, fino ad euro 800 » in favore del condominio. Ed il termine « infrazione » – impiegato dall'art. 70 disp. att. c.c. – ha una portata così sfumata da poter assumere un qualche significato soltanto dopo che il regolamento redatto dall'assemblea dei condomini abbia concretamente individuato i contegni proibiti³⁴².

Da ultimo, si può osservare che nella rosa delle ipotesi normative, raccolte nel corso del precedente capitolo, esistono altresì disposizioni in cui la descrizione dell'atto illecito assume contorni sufficientemente precisi; talché fonte creativa e fonte determinativa coincidono identificandosi con la previsione di legge. È peraltro significativo che questa coincidenza si verifichi, solitamente, all'interno di figure normative di matrice penalistica.

Si può prendere, come esempio, la norma scaturente dalla lettura sistematica degli artt. 2 e 3 della l. 386/1990, n. 386 che fa gravare su colui che abbia emesso « un assegno bancario o postale che, presentato in tempo utile, non viene pagato in tutto o in parte per difetto di provvista » l'obbligo di « corrispondere al prenditore o al giratario che agisce nei suoi confronti per il pagamento del titolo una penale pari al dieci per

³⁴¹ Parla espressamente di « rinvio in bianco » A. MARINI, *La clausola penale* cit., 35.

³⁴² Per esemplificazioni tratte dalla casistica v. *supra* nt. 188.

cento della somma dovuta e non pagata ». Questa regolamentazione, che non sembra in effetti lasciare alcuno spiraglio per una ulteriore specificazione del precetto, proviene dalla depenalizzazione del corrispondente reato disciplinato, in precedenza, all'art. 139 della l. n. 689 del 24 novembre 1981.

Oppure, si può considerare la norma che risulta collegando l'effetto giuridico della condanna al pagamento della riparazione pecuniaria, regolata dall'art. 12 della l. 47/1948, alla fattispecie penalistica descritta dall'art. 595, commi 1 e 3, c.p. in termini di offesa arrecata all'altrui reputazione comunicando con più persone col mezzo della stampa; fattispecie che l'art. 12 della legge speciale dà per presupposta allorché parla *sic et simpliciter* di « diffamazione a mezzo stampa »³⁴³.

Dell'esistenza di questa varietà di sfumature nella enunciazione casistica dei singoli contegni vietati occorre, anzitutto, tener conto quando si dice che al centro della fattispecie delle pene pecuniarie private è costantemente presente un atto illecito tipico; e, perciò, bisogna aver cura di precisare che, in relazione ad esse, la nozione di tipicità assume un'accezione “debole”, ovvero, meno rigorosa di quella che la medesima nozione riveste nell'ambito della legislazione penalistica³⁴⁴. Per quanto concerne, poi, il quesito – movente pratico dell'analisi svolta finora – relativo all'influenza che il principio di stretta legalità assume in seno alla categoria delle pene pecuniarie private, l'esistenza di quelle sfumature induce a formulare un'importante constatazione. Nel momento in cui sceglie di demandare la strutturazione della fattispecie, da cui dipende l'applicazione della prestazione sanzionatoria, ad una fonte determinativa diversa dalla legge, il legislatore mostra di ritenere che il principio di stretta legalità sancito (oltre che dall'art. 1 c.p.) dall'art. 25, comma 2, Cost. non presieda l'intervento deterrente-punitivo di natura civilistica, ma soltanto quello di natura penalistica. Si badi, peraltro, che questa constatazione non può essere definitiva: resta, infatti, da verificare se il legislatore ritenga ciò, a torto, oppure a ragione.

È peraltro evidente che questa verifica non solo influisce sull'economia della nostra ricerca, nella misura in cui dal suo esito dipende la possibilità di utilizzare ragionamenti

³⁴³ Sul rapporto di presupposizione tra enunciati legislativi v. TARELLO, *op. cit.*, 137 ss., il quale spiega che detto rapporto può nascere, ora, da un rinvio esplicito, ora, da un rinvio implicito. Nello specifico caso dell'art. 12 della l. 47/1948 il rinvio è, evidentemente, esplicito.

³⁴⁴ Una tipicità a « maglie larghe » assimilabile a quella che si riscontra a livello comparatistico negli ordinamenti che prevedono un modello di responsabilità basato – non su una clausola generale – ma su un metodo casistico. Infatti, come osserva DI MAJO, *La tutela civile dei diritti* cit., 182 s., in tali sistemi la riproduzione dei singoli casi vietati risulta spesso alquanto sfumata.

di tipo analogico nella ricostruzione del regime delle pene pecuniarie private; ma riveste un rilievo ben più ampio, in quanto finisce per condizionare, addirittura, la legittimità costituzionale di talune delle previsioni normative che contemplano pene pecuniarie private. Ragione per cui, pare opportuno dedicare alla soluzione di questo problema un approfondimento separato.

3. – Al fine di verificare se – a dispetto di quel che ritiene il nostro legislatore – il principio costituzionale di stretta legalità abbia valore, oltretutto per la pena criminale, anche in relazione alle pene pecuniarie private, occorre comprendere quale sia la sua esatta portata.

Muovendo in tale direzione, si può iniziare col ricordare che il principio di legalità (senza aggettivi) nacque, nel contesto politico e culturale dell'Illuminismo, come strumento proteso ad eliminare i soprusi perpetrati dallo Stato assoluto nella delicata sfera della libertà personale³⁴⁵; intendendosi, per tale, la libertà dell'individuo da forme di limitazione fisica, ossia, in sostanza, dagli arresti (c.d. *habeas corpus*)³⁴⁶. Coerentemente con questo obiettivo, l'affermarsi di tale principio implicò, a quel tempo, soltanto l'attribuzione, in via esclusiva, alle assemblee legislative dello specifico potere di impiegare lo strumento della pena detentiva.

La traduzione del principio di legalità in termini tecnico-penalistici avvenne, poi, nei primi anni dell'Ottocento, per iniziativa di Anselm Feurbach, che lo canonizzò mediante il celebre aforisma *nullum crimen sine lege*. E, una volta trasposto sul piano giuridico, quell'imperativo iniziò a condizionare anche le modalità di configurazione della norma penale, imponendo all'assemblea legislativa vincoli di precisione, tassatività e determinatezza nella descrizione del fatto tipico. È avendo riguardo a questi obblighi ulteriori che nel discorso penalistico si iniziò a parlare di stretta legalità, anziché di legalità *tout court*.

Nel redigere il secondo capoverso dell'art. 25 Cost., l'Assemblea Costituente italiana recepì, poi, la matrice storica del principio di legalità, accogliendolo nel suo

³⁴⁵ Sul punto v. G. MARINI, voce *Nullum crimen sine lege (dir. pen.)* in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950.

³⁴⁶ Sulla nozione di libertà personale v. R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 16^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, 548.

senso più pieno, politico e tecnico, e formulandolo – a quanto consta – con esclusivo riferimento al reato ed alla pena della detenzione³⁴⁷.

Da allora, nella ricostruzione del significato della disposizione in parola, la dottrina si è mostrata favorevole a rispettare l'intenzione del legislatore storico ed ha tradizionalmente affermato che l'art. 25, comma 2, Cost. esprime un canone di stretta legalità di rilievo prettamente penalistico. Sull'interpretazione "originalista"³⁴⁸ dell'art. 25, comma 2, Cost., si è formata, così, una convergenza trasversale fra autori di diritto penale, voci del diritto amministrativo ed esponenti del diritto civile; indotti tutti, sebbene per ragioni diverse, a confrontarsi con questo specifico problema di interpretazione del dato costituzionale.

In primo luogo, si può ricordare la posizione assunta da Franco Bricola; tra i penalisti, il più pervicace sostenitore di una lettura restrittiva dell'art. 25, comma 2, Cost. Mosso dall'intento di ridurre lo spazio dell'intervento punitivo criminale e di relegarlo ad una sorta di *extrema ratio*, l'autore ha sostenuto, nel corso degli anni Ottanta, che il principio di stretta legalità assolve « un'esclusiva funzione di garanzia della libertà personale direttamente o potenzialmente (per quanto concerne le sanzioni pecuniarie convertibili) colpita dalla sanzione penale »³⁴⁹; e, per contro, non vale per le sanzioni che hanno un contenuto immediatamente e meramente patrimoniale come, ad

³⁴⁷ Lo rileva A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983, 61, nt. 7. Per un'ulteriore conferma dell'*intentio legis* si possono leggere le pagine scritte su questo specifico tema da R. A. FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Barbera, Firenze, 1950, 219 ss.

Per quanto concerne l'altra sanzione di diritto penale, la c.d. misura di sicurezza, l'esigenza di legalità è espressa separatamente dal comma 3 del medesimo art. 25 Cost. a mente del quale « nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge ».

³⁴⁸ Sull'interpretazione delle carte costituzionali esistono due tendenze. Secondo una prima tesi, le disposizioni costituzionali dovrebbero essere interpretate unicamente in chiave "evolutiva", sicché occorrerebbe adeguare il loro significato alla mutevolezza dei rapporti politici e sociali e non residuerebbe alcuno spazio per l'impiego dell'argomento del legislatore concreto (in questo senso v. ad esempio E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1986, 246 ss.). Una diversa opinione predilige un'interpretazione di tipo "originalista", motivando attraverso l'esistenza delle specifiche procedure di revisione costituzionale; precisamente, si ritiene che l'interpretazione evolutiva comporterebbe un aggiramento di queste procedure e, dunque, implicherebbe una trasgressione della Costituzione stessa (in questo senso v. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti cit.*, 341 s.).

³⁴⁹ Così F. BRICOLA, *Le "pene private" e il penalista cit.*, 50. Nello stesso senso v. anche G. BETTIOL e L. MANTOVANI, *Diritto Penale*, 12^a ed., Cedam, Padova, 1988, p. 58. *Contra v.* la voce fuori dal coro di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 63, ove l'autore afferma che le garanzie espresse dalla Costituzione in punto di legalità debbono estendersi ad ogni sanzione di efficacia intimidatoria, intendendosi per tale ogni « limitazione dei [...] diritti [del singolo] in conseguenza della violazione di un obbligo, e sempre che la limitazione dei diritti sia comminata per impedire la violazione dell'obbligo, e non abbia carattere omogeneo (come il risarcimento del danno) rispetto al contenuto dell'obbligo stesso »; e, dunque, ad ogni pena in senso sostanziale e non solo a quella « inquadrata formalmente negli schemi del codice penale ».

esempio, la sanzione di diritto privato. In quanto non vincolato dall'esigenza costituzionale di rigida tipizzazione, l'intervento punitivo civilistico risulterebbe allora – secondo Bricola – caratterizzato da maggior duttilità, candidandosi a questa stregua – ed in conformità con lo scopo dell'argomentazione svolta dall'autore – a rappresentare una perfetta alternativa alla pena criminale³⁵⁰.

In secondo luogo, che il nesso tra pena e libertà dell'individuo segni i limiti di rilevanza del principio costituzionale di stretta legalità è stato asserito, nel settore del diritto amministrativo, dagli interpreti della l. 24 novembre 1981, n. 689. Nell'intento di delineare una disciplina organica per la generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie, questa legge contiene, in apertura, l'elencazione dei principi che debbono informare la sanzione amministrativa; e, primo tra tutti, il principio di legalità, espresso con una formula che ricalca quella contenuta dell'art. 25, comma 2, Cost.³⁵¹. Muovendo verosimilmente dalla credenza che il legislatore sia sempre economico e mai ridondante³⁵², molti commentatori della legge hanno affermato la non superfluità di tale previsione e vi hanno, semmai, rinvenuto una conferma dell'esclusiva riferibilità della garanzia costituzionale alla pena detentiva³⁵³; deducendo, da ciò, che il canone del *nullum crimen sine lege* assume, rispetto alla sanzione amministrativa, un peso meno condizionante che rispetto alla sanzione penale, potendo ritenersi derogabile dal legislatore futuro³⁵⁴.

Infine, un discreto numero di civilisti ha affermato la portata (solo) pubblicistica del secondo capoverso dell'art. 25 Cost., nell'ambito di riflessioni essenzialmente volte a constatare la legittimità costituzionale di disposizioni che dettano una generica autorizzazione rivolta ai privati ad impiegare strumenti punitivi nelle relazioni negoziali, lasciando a questi ultimi il compito di determinare lo specifico contenuto del

³⁵⁰ L'opinione si trova espressa BRICOLA, *op. ult. cit.*, 53; e in ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela* cit., 80.

³⁵¹ Cfr. l'art. 1 l. 689/1981 (*Principio di legalità*): « [n]essuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione.

Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati ».

³⁵² Sull'argomento interpretativo c.d. economico (o ipotesi del legislatore non ridondante) v. TARELLO, *op. cit.*, 371.

³⁵³ In questo senso, v. TRAVI, *op. loc. ult. cit.*; e G. CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in *Atti XXVI Convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982, 64.

³⁵⁴ V. C. E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Politica del diritto*, 1983, 135.

comportamento vietato. Così, ad esempio, è stato escluso che il principio di stretta legalità rivesta un qualche ruolo rispetto alla clausola penale, sulla base della considerazione secondo cui detto principio « ha un suo specifico esclusivamente nei rapporti tra soggetti che “istituzionalmente” non si pongono sullo stesso piano, quale è appunto quello tra lo Stato che agisca *iure imperii* e il cittadino »³⁵⁵.

Si noti che, in quanto essenzialmente preordinata ad affermare la legittimità costituzionale delle norme che ammettono sanzioni punitive negoziali, l'argomentazione dei civilisti non s'addentra a definire l'esatto perimetro del principio costituzionale legalità, ma è formulata nei termini necessari ad escludere che al suo interno rientri la pena tra privati. In tal modo, le riflessioni della letteratura civilistica lasciano sostanzialmente aperta la questione del rapporto esistente tra l'art. 25, comma 2, Cost. e le disposizioni normative che autorizzano l'imposizione di una pena pecuniaria privata demandando ad un provvedimento giurisdizionale la precisa formulazione del precetto (quali, ad esempio, i summenzionati artt. 96, comma 3, e 614-*bis* c.p.c.). Da ciò risulta che, per verificare la legittimità costituzionale di tutte (e non soltanto di alcune tra) le figure normative ricomprese nella categoria della pena pecuniaria privata, non potrebbe bastare qui far assegnamento sulle argomentazioni precedentemente svolte da altri studiosi del diritto civile. Per contro, decisamente più interessanti, ai nostri fini, appaiono le indicazioni, più sopra riportate, provenienti dalla storia del diritto costituzionale, oltretutto dalla tradizione dottrinale penalistica ed amministrativa. Peraltro, posto che si tratta di indicazioni piuttosto risalenti nel tempo, occorre valutarne la persistente validità. In particolare, è da chiedersi se sia tuttora vero l'assunto secondo cui il nesso intercorrente tra pena e tutela della libertà personale segna il limite di operatività dell'imperativo costituzionale di stretta legalità, di modo che quest'ultimo condiziona soltanto la configurazione delle fattispecie penalistiche.

A questo proposito, va rilevato che, invero, la portata del secondo capoverso dell'art. 25 Cost. è stata ampliata, al di là della sola sanzione incidente sulla libertà dell'individuo, mediante un'interpretazione evolutiva realizzata dalla Corte Costituzionale. Dopo ripetute oscillazioni, la posizione di quest'ultima sembra infatti essersi oramai assestata nel senso che i principi, insiti nella disposizione in parola,

³⁵⁵ Quella riportata nel testo è un'argomentazione di ZOPPINI, *op. cit.*, 303. Nello stesso senso v. anche BARATELLA, *op. cit.*, 83; MAZZARESE, *op. cit.*, 141; B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe Ein Beitrag zum schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts* cit., 122.

valgono per tutte le sanzioni che non siano penali nella forma, ma siano comunque penali nella sostanza³⁵⁶. A tale esito, la Consulta è pervenuta, appoggiandosi alla ricostruzione, parallelamente operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, della nozione di pena quale presupposto rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 dell'omonima Convenzione³⁵⁷ (tra cui vi è anche il principio di stretta legalità). Con l'obiettivo di impedire che la c.d. "truffa delle etichette" determini un surrettizio aggiramento delle tutele dettate in relazione alla pena, i giudici di Strasburgo hanno infatti scelto di impiegare un percorso ermeneutico volto a disvelare la natura sostanzialmente penale di una sanzione, a dispetto della sua denominazione.

In particolare, secondo la Corte, la qualificazione giuridica adottata dal legislatore nazionale rappresenta, semplicemente, il punto di avvio di tale percorso; percorso che è destinato a proseguire, allorquando il diritto interno non classifichi la sanzione considerata tra quelle penali; ed è, invece, destinato ad arrestarsi nel caso opposto. Per contro, al fine di decifrare la sostanza della misura, risultano decisive l'analisi della natura dell'infrazione e la valutazione della severità della risposta; verifiche che debbono essere condotte alla stregua di una serie di indici sintomatici progressivamente enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nell'ipotesi in cui le verifiche ora dette ne suggeriscano l'ascrizione alla materia penalistica, fattispecie e relativa sanzione saranno infine attratte nell'area coperta dalle garanzie testualmente sancite dalla Cedu in relazione alla pena.

Facendo impiego di questo procedimento esegetico, la Corte di Strasburgo ha esteso la disciplina dettata dagli artt. 6 e 7 della Convenzione a sanzioni diverse dalla pena restrittiva della libertà personale. E, su impulso della giurisprudenza europea, anche la Corte Costituzionale italiana ha allargato i confini di operatività dell'art. 25, comma 2, Cost. oltre quelli originariamente tracciati dall'Assemblea Costituente. Per tale via, sono state ricondotte nell'alveo del *nullum crimen sine lege* anche sanzioni a contenuto

³⁵⁶ In tal senso v., da ultimo, quanto afferma Corte Cost. 9 giugno 2010, n. 196, disponibile su www.cortecostituzionale.it

³⁵⁷ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituisce, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost. parametro interposto nei giudizi di legittimità sulle leggi italiane; sicché la giurisprudenza della Cedu – per un verso – impone dei vincoli in capo al legislatore italiano e – per altro verso – condiziona la Consulta nello svolgimento del sindacato di costituzionalità (è quanto hanno precisato le note sentenze della Corte Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, disponibili su www.cortecostituzionale.it).

meramente patrimoniale, tra cui, per esempio, talune ammende amministrative, alcune maggiorazioni di imposta, o la confisca del veicolo prevista dal codice della strada.

Peraltro, non risulta che alcuna pronuncia abbia finora ascritto alla materia penalistica figure assimilabili a quelle incluse nella “nostra” categoria della pena pecuniaria privata. Ragion per cui, non resta che provare ad immaginare se, alla luce del procedimento ermeneutico utilizzato dalla Corte Edu e recepito dalla Consulta, tale categoria rientri nella nozione di pena e, conseguentemente, soggiaccia al principio di stretta legalità (espresso dall’art. 25, comma 2, Cost. e dall’art. 7 Cedu).

Al fine di procedere in questa direzione, si deve anzitutto osservare che, se, a livello di declamazioni astratte, il procedimento ermeneutico di riconoscimento sembrerebbe comportare la riduzione alla materia penale di qualsivoglia strumento di carattere afflittivo-punitivo, sul piano delle concrete applicazioni giurisprudenziali, il procedimento in parola determina invece la riconduzione all’ambito penalistico di quelle sole misure che, sotto una veste formale non penale, mascherano una vera e propria pena criminale³⁵⁸. Ciò che, del resto, appare perfettamente coerente con l’obiettivo dell’operazione esegetica congegnata dalla giurisprudenza europea che – come detto poc’anzi – consiste nell’evitare che il legislatore statale celi una diminuzione di garanzie dietro un cambio di etichetta.

Questa prima impressione trova, poi, ulteriore conforto negli indici sintomatici di cui è stato fatto concretamente uso nei casi decisi.

In particolare, si può osservare che, nel valutare se una determinata infrazione abbia natura di reato, la Corte europea dei diritti dell’uomo non si arresta alla mera constatazione della funzione afflittiva-punitiva del precetto, ma utilizza, congiuntamente a questo, indici aggiuntivi quali l’incidenza della condotta vietata su un interesse di dimensione collettiva³⁵⁹, la qualificazione attribuita al medesimo contegno da parte di altri Paesi membri del Consiglio d’Europa³⁶⁰ o il carattere pubblicistico delle procedure

³⁵⁸ A riprova di ciò, si noti come la Corte di Strasburgo abbia, sovente, escluso la natura penale di misure dai toni chiaramente punitivo-afflittivi: per esempio, il pensionamento disposto d’ufficio a carico di un funzionario amministrativo a seguito di un’infrazione al regolamento disciplinare (Corte EDU, 1 dicembre 2007, Moullet c. Francia, disponibile su *Hudoc.echr.coe.int.*); la detenzione amministrativa di tre giorni disposta a seguito di un comportamento di oltraggio alla Corte (Corte EDU, 31 luglio 2007, Zaicevs c. Lettonia, disponibile su *Hudoc.echr.coe.int.*); la restituzione all’erario della somma ricevuta a titolo di rimborso delle spese elettorali a seguito della dichiarazione di ineleggibilità del candidato (Corte EDU, 21 ottobre 1997, Pierre Bloch c. Francia, in *Recueil des arrêts et décisions* 1997- VI, 2223 ss.).

³⁵⁹ V. Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel et al. c. Paesi Bassi, in *Racc.* 1976, serie A, 22.

³⁶⁰ V. Corte EDU, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, in *Racc.* 1984, serie A, 73.

di irrogazione ed esecuzione della misura³⁶¹. E si può ulteriormente considerare che i giudici di Strasburgo reputano che una sanzione a contenuto patrimoniale risulti severa – e, a tale stregua, assimilabile alla pena in senso stretto – solo ove questa sia fissata dalla legge in un importo esorbitante³⁶² e, di solito, solo se abbinata ad una pena accessoria di tipo interdittivo³⁶³.

Ora, immaginando di applicare gli indici predetti alla categoria delle pene pecuniarie private, ci sembra di poter negare che essa vada ascritta alla materia penalistica e, perciò, debba essere regolata dalla disciplina garantistica riservata a quest'ultima.

Infatti, pur essendo connotate da una finalità deterrente e punitiva, le figure normative in parola non presentano alcuno dei tratti ulteriori, solitamente indicati come sintomatici dell'esistenza di una sostanza penale dietro la qualificazione civilistica. A conferma di ciò, si può infatti ricordare che le pene pecuniarie private sono volte a tutelare, in prima battuta, l'interesse particolare e, soltanto in via riflessa, l'interesse generale; che esse non trovano alcun *analogon* nel diritto penale dei Paesi membri del Consiglio d'Europa; che vengono applicate nell'ambito di un processo civile instaurato ad iniziativa del soggetto beneficiario della pena o, in altri casi, al di fuori di un procedimento giurisdizionale, nel contesto di una relazione tra privati; ed infine – ma sul punto si tornerà diffusamente nel capitolo seguente – che si risolvono nell'imposizione di una prestazione pecuniaria di ammontare necessariamente equo, senza essere mai abbinate ad una pena accessoria di tipo interdittivo.

Provando a tirare le fila delle notazioni svolte, si può dire che la portata del principio di stretta legalità si è senz'altro ampliata rispetto a quella che aveva negli anni Ottanta, epoca a cui risalgono le affermazioni della letteratura penalistica ed amministrativa circa l'esistenza di un nesso esclusivo tra l'art. 25, comma 2, Cost. e la pena detentiva. Tuttavia, non sembra che l'ampliamento progressivamente verificatosi sia tale da involgere anche l'intervento punitivo di carattere civilistico. Onde: il legislatore non erra nel redigere le disposizioni che contemplano pene pecuniarie private senza sentirsi vincolato dall'art. 25, comma 2, Cost. (né dall'art. 7 Cedu). Da questa conclusione ne

³⁶¹ V. Corte EDU, 10 giugno 1996, Benham c. Regno Unito, in *Recueil des arrêts et décisions* 1996, III, 211 ss.

³⁶² V. Corte EDU, 28 giugno 1984, Campbell Fell c. Regno Unito; in *Riv. dir. int.*, 1986, 502 ss.; Corte EDU, 27 agosto 1991, Demicoli c. Malta, in *Racc.* 1991, Serie A, 210.

³⁶³ V. Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia., in *Rass. trib.*, 2014, 939 ss., con nota di G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni su un tema europeo*.

discendono poi, a cascata, due ulteriori. La prima è che tutte le previsioni normative in parola sono costituzionalmente legittime; comprese quelle che rimettono ad una fonte diversa dalla legge la puntuale determinazione del precetto. La seconda è che, nell'interpretazione di tali enunciati legislativi, al privatista non è vietato ricorrere ad argomentazioni ermeneutiche di carattere analogico.

4. – In linea con la programmazione fissata in sede di *caveat* preliminari, è giunto ora il momento di volgere lo sguardo al diritto straniero, per procedere ad un'analisi comparativa tesa ad isolare i punti di contatto ed i profili differenziali che intercorrono tra pene pecuniarie private e *punitive damages*; analisi che, come ivi si diceva, condurrà a formulare conclusioni ravvicinate per quanto riguarda la questione dei « danni punitivi » e resterà, invece, meramente transitoria nell'economia dello studio ricostruttivo delle pene pecuniarie private.

In limine, devono essere svolte due considerazioni intorno al metodo della disamina che ci si appresta a svolgere.

La prima di queste riguarda la scelta del preciso termine con cui comparare con la categoria di diritto interno delle pene pecuniarie private. In occasione delle riflessioni preliminari al presente studio, si è detto che l'istituto dei danni punitivi è stato protagonista di innumerevoli *legal transplants* e che, nel corso di questa intensa circolazione, esso ha subito molteplici alterazioni rispetto al tradizionale archetipo angloamericano; sicché, ad oggi, non esiste più una *law of punitive damages* unitaria ed omogenea, bensì diverse varianti di essa³⁶⁴. Tra queste, occorre pertanto selezionare la versione maggiormente utile ai nostri fini. E, all'uopo, appare preferibile assumere quale termine di paragone il modello statunitense dei danni punitivi. Volendo esprimere qualche considerazione in ordine sparso a sostegno di questa scelta, si può dire, in primo luogo, che il diritto nordamericano costituisce il referente privilegiato dei discorsi condotti dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana sul tema dei *punitive damages* e che, ove s'intenda dialogare con tali formanti, appare opportuno esprimersi nella loro lingua. In secondo luogo, quella scelta sembra preferibile dal punto di vista empirico, atteso che il problema della riconoscibilità dei danni punitivi si è posto finora ai nostri

³⁶⁴ Cfr. *supra* cap. I § 1.

giudici sempre con riguardo a sentenze provenienti dagli Stati Uniti. In terzo luogo, il modello nordamericano dei danni punitivi appare utile in prospettiva dogmatica, in quanto il successo raggiunto dall'istituto in questo Paese ha reso la sua *law of punitive damages* molto articolata e, quindi, particolarmente ricca di spunti da attingere in vista della ricostruzione del regime delle pene pecuniarie private.

La seconda considerazione di metodo attiene alla scansione che si seguirà nello svolgimento dell'analisi. Posto che l'attività di comparazione di modelli giuridici distanti implica necessariamente il ricorso a qualche forzatura, si è scelto di ricalcare, per comodità, lo schema concettuale impiegato nel precedente capitolo per l'analisi della natura giuridica delle pene pecuniarie private; e perciò, di guardare, partitamente, alla struttura ed alla funzione degli istituti in parola.

Cominciando dalla seconda, basta semplicemente ricomporre in questa sede, quanto già affermato in luoghi distinti del presente lavoro e ribadire, quindi, che pene pecuniarie private e *punitive damages* condividono una funzione giuridica di tipo deterrente-punitivo e che, in entrambi i modelli, la compensazione dei pregiudizi o la restituzione dei profitti rappresentano, invece, dei riflessi meramente eventuali. Segnatamente, si tratta, in ambedue i casi, di una funzione deterrente-punitiva di natura civilistica. Connotazione che, per quanto concerne le pene pecuniarie private, è stata da noi affermata nel corso del presente studio, ritenendo di poterla desumere da una serie di fattori precisi e concordanti che – come si ricorderà – sono: la collocazione all'interno della legislazione *lato sensu* civilistica delle norme che le contemplano; l'organo, giudice civile o soggetto privato, incaricato di applicarle; e – indizio reputato fondamentale – il destinatario, sempre privato, della prestazione sanzionatoria. Una riprova importante della nostra deduzione di allora si ha adesso in ciò: che anche in relazione ai *punitive damages*, la natura di *civil punishment* (anziché di *criminal punishment*) viene riconosciuta dai giudici statunitensi sulla base della considerazione – a loro dire, assolutamente decisiva – che l'irrogazione della condanna avvenga ad iniziativa ed a beneficio di un soggetto privato (invece che pubblico)³⁶⁵. E si può anche

³⁶⁵ Il *leading case* è *Browning-Ferries Indus. Of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257, 279 (1989). In tale occasione veniva sottoposto ai giudici della Corte Suprema il quesito se i *punitive damages* fossero equiparabili a *criminal penalties* e, perciò, dovessero rispettare l'ottavo emendamento, che vieta l'irrogazione di pene crudeli ed eccessive; o se, invece, avessero differente natura e risultassero, così, slegati dalla c.d. *excessive fines clause*. La soluzione prescelta dalla Corte fu quella di affermare la natura civilistica dei *punitive damages*, motivando attraverso la circostanza che la loro liquidazione avviene tra

notare incidentalmente che i giudici continentali mostrano di condividere la qualificazione civilistica dell'istituto proposta dalla giurisprudenza straniera, allorquando applicano la normativa interna di diritto internazionale processuale al problema del riconoscimento delle sentenze comminatorie di danni punitivi³⁶⁶.

Quanto al profilo strutturale, si può, poi, rilevare che pene pecuniarie private e *punitive damages* sono accomunati dal medesimo effetto giuridico, che si risolve in una prestazione di carattere (esclusivamente) patrimoniale. Prestazione che, nell'istituto statunitense viene indicata mediante l'appellativo '*damages*'³⁶⁷; e che, in seno alla nostra categoria, assume invece denominazioni legislative variegata e numerose, per accorpate le quali si è proposto di impiegare l'iperonimo 'pena pecuniaria privata'.

In entrambi i modelli, la prestazione è imposta a carico di un soggetto privato e – come si è ribadito anche poc'anzi – va a beneficio di un diverso soggetto privato. Registrato questo profilo di contatto, è, però, interessante notare che se, presso di noi, la destinazione privatistica della pena è in via di faticosa affermazione, negli Stati Uniti, l'esclusiva attribuzione alla vittima dei *punitive damages* è oggi al centro di vivaci discussioni.

Sul versante italiano, va considerato che la Corte Costituzionale ha da poco affermato che la scelta, eventualmente operata dal legislatore, di stabilire la devoluzione della pena pecuniaria ad un privato non solo deve ritenersi legittima, ma risulta altresì opportuna allo scopo di « assicurare una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflattivo apprestato da quella condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che

soggetti privati. Per contro, la Corte asserì la connotazione pubblicistica, e dunque criminale, di tutte quelle limitate ipotesi in cui una prestazione punitiva sono imposti per iniziativa dello Stato e finiscono nelle sue casse.

³⁶⁶ Prima ancora che si presentasse il problema del riconoscimento delle sentenze comminatorie di danni punitivi, la questione della qualificazione civile o penale dell'istituto è stata affrontata, in particolare dalla giurisprudenza tedesca, in merito al problema della sussistenza o meno in capo alle autorità nazionali dell'obbligo di prestare assistenza giudiziaria alle autorità statunitensi in base alle convenzioni dell'Aja sull'assunzione di prove all'estero e sulla notifica all'estero. Ed anche in relazione a questo diverso problema, i giudici continentali hanno affermato la natura civilistica, escludendo a questa stregua la possibilità di rifiutare l'assistenza richiesta (sul punto v. SARAVALLE, *op. cit.*, 879, nt. 48).

³⁶⁷ Si ricordi, peraltro, che nelle versioni dell'istituto sorte a seguito di *legal transplant* può talora accadere la parola '*damages*' non compaia: così, ad esempio, la legislazione argentina impiega il nome *multa civil* anziché quello di *daños punitivos* (v. *supra* nt. 61).

graverebbero su di un soggetto pubblico »³⁶⁸. Questo passaggio motivazionale rivela una certa sensibilità – invero, piuttosto inconsueta agli occhi del giurista di formazione *civilian* – verso i vantaggi correlati ad un sistema di *private enforcement*, ovvero, verso quegli stessi vantaggi, che rappresentano la ragione della scelta, compiuta dai sistemi di *common law*, di attribuire al *plaintiff* la somma irrogata a titolo di *punitive damages*³⁶⁹. In detti sistemi, il profilarsi di un *windfall* costituisce, dapprima, un incentivo diretto alla vittima dell'illecito a farsi *private prosecutor* ed assumere un'iniziativa giudiziale destinata ad avere ricadute benefiche, in termini di deterrenza, per l'intera comunità; in seguito, il conseguimento di tale guadagno rappresenta per l'attore un premio per l'impegno effettivamente profuso.

Mentre l'argomentazione adoperata dalla Consulta segna un momento di avvicinamento della nostra cultura giuridica alle ragioni di convenienza collettiva sottese alla *law of punitive damages*, i giuristi statunitensi iniziano – come si diceva – a nutrire invece qualche dubbio in merito all'opportunità di assegnare alla vittima la somma liquidata a titolo di danni punitivi. Si ritiene, infatti, che la promessa di un simile guadagno possa rappresentare uno stimolo eccessivo all'instaurazione di processi e, in tale modo, provocare un indesiderabile incremento del contenzioso civile³⁷⁰. Ad ogni modo, va detto che si tratta di un ripensamento meramente parziale, che induce – non già a privare la vittima di qualsivoglia forma di soddisfazione economica, bensì – ad adottare sistemi di ripartizione dei *punitive damages* tra l'attore ed un determinato

³⁶⁸ Così Corte Cost. 23 giugno 2016 n. 152 cit., con specifico riguardo alla pena pecuniaria privata stabilita dall'art. 96 comma 3 c.p.c. per l'abuso del processo.

³⁶⁹ Le ragioni alla base della scarsa familiarità che il giurista continentale ha con i sistemi di *private enforcement* sono di due ordini. La prima è di carattere storico e si rinviene nell'esperienza fallimentare della figura del procuratore generale privato, esperienza che fu fatta nel periodo, immediatamente successivo alla Rivoluzione francese, del Terrore. La seconda ragione è rappresentata dalla circostanza che i vantaggi del *private enforcement* siano di natura eminentemente economica; e, com'è noto, il giurista di *civil law*, a differenza di quello di *common law*, è poco propenso a confrontarsi con le ragioni del benessere collettivo (entrambe queste ragioni sono messe in evidenza da F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013, 46-54 e 354 nt. 790.)

³⁷⁰ Preoccupazione che, trasposta da noi, evidentemente non vale per la pena pecuniaria di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c.; ove la preesistenza del giudizio rappresenta *conditio sine qua non* dell'irrogazione della misura. Ma che invece vale per altre pene pecuniarie private. Si pensi, ad esempio, agli interessi punitivi che l'ultimo ed il penultimo comma dell'art. 1284 c.c. fanno oggi dipendere dalla proposizione della domanda giudiziale. A questo riguardo, osserva P. TRIMARCHI, *Non convince il super-tasso contro l'abuso del processo*, in *Il Sole-24 Ore* del 30 settembre 2014, 45 che « l'eccesso degli interessi rispetto al danno [...] costituisce un premio di lotteria e un inopportuno incentivo per chi intenda proporre pretese infondate di pagamento sperando nelle incertezze del giudizio ». E nello stesso senso v. anche la dimostrazione compiuta da A. ROMANO e G. FUSCHINO, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, in *Foro it.*, 2015, V, 70 ss.

fondo (c.d. *split-recovery schemes*)³⁷¹. Soluzione che appare senz'altro adeguata a ristabilire l'equilibrio ottimale tra iniziative giudiziali evidentemente pretestuose ed iniziative giudiziali obiettivamente utili.

Di questa opzione mediana non vi è invece attualmente alcuna traccia nel nostro ordinamento. E, quando si è trattato di immaginare un possibile compromesso, il legislatore italiano ha, per parte sua, congegnato un assetto decisamente meno funzionale rispetto a quello prescelto in seno ai sistemi di matrice anglosassone. Ci si riferisce alla soluzione adottata, dal recente d. lgs. 7/2016 nella regolamentazione delle nuove sanzioni civili pecuniarie, le quali – per un verso – possono essere esclusivamente irrogate nell'ambito di un procedimento civile instaurato dalla persona offesa dall'illecito (art. 8) e – per altro verso – si risolvono in un profitto per la sola cassa delle ammende (art. 10). Il compromesso adottato dal legislatore consiste allora in ciò: che il privato dovrebbe farsi carico dell'iniziativa giudiziale e lo Stato potrebbe appropriarsi, per intero, dell'utilità economica prodotta da detta iniziativa. Dinanzi ad una disciplina siffatta, sorge spontaneo domandarsi perché mai la vittima di un illecito dovrebbe mettere il proprio tempo e le proprie risorse al servizio dell'apparato repressivo pubblico, senza alcuna speranza di ottenere, in cambio di tale sacrificio, un ritorno di tipo economico³⁷². E, a questa domanda, viene naturale rispondere che, verosimilmente, in pochi lo faranno.

Chiusa questa parentesi, si può nuovamente tornare al confronto strutturale tra *punitive damages* e pene pecuniarie private, osservando che l'imposizione delle prime,

³⁷¹ Schemi di *split recovery* sono stati adottati in Georgia, Alaska, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon e Utah. Per un'analisi dettagliata di questi sistemi v. KIRCHER e WISEMAN, *op. cit.*, 500 ss. È interessante ricordare che lo schema della ripartizione era stato scelto anche dall'Avant-projet Catala di riforma del diritto francese delle obbligazioni, il cui art. 1371 prevedeva i *dommages-intérêts punitifs* ed attribuiva al giudice « *la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public* ».

³⁷² Si badi, peraltro, che la prospettiva di ottenere il risarcimento del danno cagionato dall'illecito non fornisce un incentivo adeguato ad indurre la vittima ad assumere tutte le iniziative processuali necessarie ai fini dell'irrogazione della sanzione civile pecuniaria. Deve infatti considerarsi che i fatti da allegare e provare per ottenere il risarcimento ed i fatti da allegare e provare ai fini dell'imposizione della sanzione civile pecuniaria non coincidono. Difatti, la seconda richiede – ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. 7/2016 – la dimostrazione della qualificazione soggettiva dolosa dell'illecito, nonché di taluni degli specifici criteri previsti – dall'art. 5 del medesimo decreto – per la commisurazione della sanzione (gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del responsabile, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità dell'agente, condizioni economiche dell'agente). Al fine di porre rimedio a tale difetto e conservare il potenziale dissuasivo delle sanzioni civili, M. BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016)*, in *La nuova procedura civile*, 2016, ritiene che la soluzione sia quella di incrementare i poteri inquisitori del giudice civile a detrimento del principio dispositivo.

come quella dei secondi, dipende dalla realizzazione di un atto connotato da un indefettibile profilo di illiceità.

Peraltro, se si guarda alla precisa connotazione dell'illecito da cui dipende la sanzione, inizia a delinearsi tra i modelli in parola qualche dissonanza.

La prima di queste attiene alla natura (contrattuale od extracontrattuale) dell'illecito.

A tale proposito e dal lato dei danni punitivi, è sufficiente ripensare a quanto detto in occasione delle considerazioni preliminari alla presente ricerca. Così, si può sinteticamente rammentare che, nell'esperienza giuridica americana, esiste un'opinione tradizionale secondo cui il rimedio dei *punitive damages* dovrebbe essere messo ad esclusiva disposizione dei soggetti offesi da *torts* e, per converso, restare precluso alle vittime di *breaches of contract*. Disparità di trattamento che viene giustificata, adducendo una serie di argomenti, che abbiamo dimostrato non essere appieno condivisibili. D'altra parte, tra quell'opinione tradizionale e la realtà giuridica attuale esiste uno scollamento, che si traduce nell'apertura ad una serie di ipotesi in cui la liquidazione dei danni punitivi è eccezionalmente ammessa pure a fronte di un inadempimento contrattuale.

Questa constatazione, unitamente alla fragilità degli argomentazioni comunemente portate a sostegno del totale diniego di *punitive damages for breach of contract*, ci ha suggerito, in quella sede, di svolgere la ricerca di tracce di emersione di figure punitive nell'ordinamento italiano, evitando di circoscriverla al solo settore dell'illecito extracontrattuale. A conclusione di tale ricerca, si può osservare che la scelta allora compiuta era, in effetti, quella appropriata.

Ponendo mente al censimento compiuto nello scorso capitolo, ci si può infatti accorgere che, a differenza di quel che accade nella *law of punitive damages*, la punizione dell'inadempimento contrattuale risulta tutt'altro che eccezionale nel nostro sistema giuridico. Le pene pecuniarie private non hanno nell'illecito extracontrattuale un punto di riferimento privilegiato, ma vengono diffusamente impiegate, da parte del legislatore italiano, con lo scopo di premere sulla volontà del debitore, affinché questi adempia spontaneamente alle obbligazioni assunte. A conferma di ciò, si pensi alla recente introduzione ed all'ulteriore potenziamento della misura di coercizione indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c., od ai vari interventi normativi, succedutisi nell'arco di poco

tempo, tesi a combattere i ritardi nel pagamento delle obbligazioni pecuniarie³⁷³; oppure alla tradizionale esistenza nel nostro diritto positivo di diverse pene di fonte (determinativa) negoziale³⁷⁴.

In particolare, la presenza di queste ultime nel novero delle pene pecuniarie private segna un netto *discrimen* tra il nostro ordinamento ed i sistemi giuridici di *common law*, ove, per converso, è radicalmente precluso alla volontà dei contraenti dar vita a *penalty clauses*³⁷⁵ ed ove, coerentemente, anche l'applicazione dei *punitive damages* può avvenire soltanto attraverso l'intermediazione dell'autorità giurisdizionale.

Il secondo elemento di dissonanza tra il modello straniero dei danni punitivi e la categoria di diritto interno delle pene pecuniarie private risiede, poi, nella rispettiva fonte, ossia nelle modalità che presiedono alla creazione degli uni e delle altre.

Negli Stati Uniti la decisione relativa alla concessione dei *punitive damages* viene, solitamente, presa nell'ambito del c.d. *trial by jury*, processo che prevede la partecipazione di un giudice togato e di una giuria. La rassegna delle specifiche attribuzioni spettanti al primo ed alla seconda (attribuzioni che, per di più, tendono a mutare, a seconda della formula procedurale di volta in volta adottata) sarebbe un fuor d'opera; e, perciò, conviene qui parlare genericamente di 'giudice'³⁷⁶. Ciò precisato, si può genericamente affermare che al giudice spetta il compito di valutare, di volta in volta, se la condotta del *wrongdoer* sia o meno meritevole di una condanna ai *punitive damages* (accanto e in aggiunta a quella ai *compensatory damages* o ai *nominal*

³⁷³ Cfr., in ordine di tempo, gli artt. 3, comma 3, l. 192/1998; 4 e 5 d. lgs. 231/2002; e 1284, ult. e penult. comma, c.c. Gli interessi punitivi previsti da queste norme vanno a comporre un puzzle che finisce per coprire praticamente l'intero spettro dei potenziali rapporti aventi ad oggetto un'obbligazione pecuniaria (sul punto v. la ricapitolazione del quadro normativo vigente compiuta da B. SASSANI e R. PARDOLESI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 64 s.).

³⁷⁴ Cfr. gli artt. 1224, comma 2, c.c.; 1382-1384 c.c.; 1385 c.c.; 5, comma 3, l. 192/1998; 5, comma 1, d. lgs. 231/2002; e 11, comma 3, d. lgs. 28/2010.

³⁷⁵ Le *penalty clauses* sono clausole che hanno ad oggetto una stima del danno da inadempimento contrattuale marcatamente superiore a quello che potrebbe verosimilmente scaturire. Nei sistemi giuridici di *common law*, pattuizioni siffatte sono reputate invalide. Precisamente, le *penalty clauses* sono colpite da nullità parziale, il che significa che, venuta meno la clausola, il contratto resta in piedi per il resto. Per contro, in detti sistemi, sono ritenute valide le *liquidated damages clauses*; clausole che, a differenza delle prime, hanno ad oggetto una forma genuina di forfetizzazione preventiva del danno da inadempimento contrattuale.

Va detto che, se la distinzione tra *penalty clauses* e *liquidated damages clauses* risulta piuttosto semplice in linea astratta, lo stesso non vale sul piano della realtà effettuale. Perciò, la giurisprudenza anglo-americana ha poco a poco elaborato criteri utili al fine di discernere la precisa natura della clausola inserita dalle parti nel contratto: per una raccolta ed un commento a tali criteri v. A. RUSSO, *op. cit.*, 141 ss.

³⁷⁶ Per un esame dettagliato dei profili procedurali delle azioni di *torts*, ci si può dunque limitare qui a rinviare a J. G. FLEMING, *The American Tort Process*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1990, *passim*.

damages); valutazione che consiste nell'accertamento che l'atto illecito consista in una *willful, wanton, malicious, reckless, oppressive or fraudulent conduct*³⁷⁷. Queste caratteristiche dell'atto, che fungono da presupposti della comminatoria di danni punitivi, non sono cristallizzate all'interno di una precisa disposizione di legge (c.d. *statute*), ma sono enunciate in regole giuridiche (c.d. *legal rules*) tratte dalla *ratio decidendi* di talune sentenze.

Si aggiunga, poi, che la genericità dei presupposti evidenziati nelle *regulae iuris* d'origine pretoria ne consente una specificazione al momento della loro trasposizione sulla fattispecie concreta sottoposta singolo giudice; sicché, questi finisce per disporre di un margine di apprezzamento discrezionale decisamente ampio nell'individuazione delle caratteristiche della condotta meritevole di una condanna ai *punitive damages*³⁷⁸.

Ecco allora che, impiegando la distinzione concettuale proposta in merito alle pene pecuniarie private, si può dire che la versione statunitense dei danni punitivi rinviene la propria fonte creativa nella *legal rule* enunciata dai precedenti giurisprudenziali e la propria fonte determinativa nel concreto provvedimento adottato in sede giurisdizionale con riguardo alla condotta specifica tenuta dal *defendant*.

Rimettendo ad una fonte di natura sempre giudiziale il compito di creare e determinare il precetto, la *law of punitive damages* statunitense finisce per non lasciare alcun ruolo alla previsione scritta di legge. Sotto questo profilo, i danni punitivi si differenziano, dunque, con nettezza dalla disciplina giuridica che informa le "nostre" pene pecuniarie private, le quali hanno sempre nella disposizione di legge la propria fonte creativa, e rimettono, talora, la concretizzazione del precetto ad una fonte determinativa giudiziale ovvero privatistica³⁷⁹. Sul piano dei concetti giuridici, risulta che mentre in relazione alle pene pecuniarie private si può impiegare la nozione di

³⁷⁷ Sono questi i connotati che, secondo le corti statali, deve presentare la condotta del *tortfeasor* per essere riprovevole e, perciò, meritevole di una condanna ai danni punitivi. A titolo meramente esemplificativo, si possono citare i casi seguenti: *Rosenthal v. Sonnenschein Nat & Rosenthal, LLP*, 985 A.2d 443 (D.C. 2009); *Mellen v. Lane*, 377 S.C. 261, 659 S.E.2d 236 (Ct. App. 2008); *Oliver v. Martin*, 460 A. 2d 594, 595 (Me. 1983); *Collen v. New Cannan Water Co.*, 155 Conn. 477, 234 A.2d 825, 832 (1967). Si tenga peraltro presente che, nelle singole decisioni, si rinvengono poi lievi differenze nell'elencazione delle caratteristiche della condotta che giustifica l'imposizione di *punitive damages*; sicché, quelle riportate nel testo sono soltanto quelle più statisticamente più ricorrenti.

³⁷⁸ Sul punto v. JOHN C. P. GOLDBERG e BENJAMIN C. ZIPURSKY, *Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 353.

³⁷⁹ Che questo sia il più rilevante *discrimen* tra i *punitive damages* e le prestazioni sanzionatorie esistenti nel diritto italiano è affermazione condivisa da GRANELLI, *op. cit.*, 1768; D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 396 e BARCELONA, *op. cit.*, 141 ss.

tipicità (seppure, in senso debole) a designare l'atto illecito da cui esse dipendono, l'utilizzo di tale nozione risulta, invece, inappropriato con riguardo al *wrongdoing* da cui può scaturire la condanna ai *punitive damages*³⁸⁰.

Esauriti i profili da comparare, si può cercare ora di abbozzare qualche riflessione, a mo' di conclusione provvisoria.

La prima riflessione concerne il primo nodo in cui si articola la complessa questione dei « danni punitivi », ovvero il quesito relativo all'esistenza di tracce di emersione dell'istituto nordamericano nella trama del nostro ordinamento.

Sulla scorta della disamina compiuta fino a questo punto, si può sinteticamente dire che esistono all'interno della legislazione civilistica figure normative non perfettamente identiche e non radicalmente diverse, ma per certi aspetti simili al modello statunitense dei *punitive damages*. Ricordando quanto esposto nel primo capitolo a proposito del *legal transplant* – ovvero, che esso non consta necessariamente nell'imitazione pedissequa di istituti giuridici esistenti in ordinamenti stranieri – è facile dedurre che la circostanza che le pene pecuniarie private non ripetano tutte le caratteristiche del paradigma nordamericano non vale senz'altro ad escludere che si tratti di tracce di emersione di *punitive damages*.

Peraltro – si può aggiungere ora – non è vero neppure il contrario: cioè, che l'esistenza di alcune similitudini basti già a far concludere che le figure in parola sono effettivamente tracce di emersione di *punitive damages*.

E si badi, inoltre, che anche laddove si dovesse giungere a tale conclusione, resterebbe, comunque, da valutare se sia davvero conveniente di parlare, in relazione ad esse, di 'danni punitivi', anziché – come si è fatto finora – di 'pene pecuniarie private'. Occorre, infatti, accertarsi che tale mutamento nominalistico sia foriero di qualche utilità. E, soprattutto, è bene assicurarsi che una simile rettifica non risulti, addirittura, inopportuna. Utilità ed opportunità che, naturalmente, dovrà essere misurata in funzione dei nostri propositi operativi e, perciò, in vista dello scioglimento degli altri nodi in cui

³⁸⁰ Salvo, naturalmente, che non s'intenda impiegare la nozione di tipicità con riferimento al *tort* che, in ogni caso, deve sottostare alla condanna ai *punitive damages* atteso che questi ultimi sono sprovvisti di un'autonoma *cause of action*. Com'è noto, infatti, nel *common law* non esiste una clausola generale di responsabilità extracontrattuale, ma esistono un elenco di *torts* affiorati, poco a poco, dalla prassi giudiziale. È per descrivere questo sistema che viene talora impiegato il concetto di tipicità (in questo modo v. ad esempio MATTEI, *Il modello di common law cit.*, 225). Ma si tratta di una tipicità certamente *sui generis*; una tipicità giurisprudenziale, evidentemente diversa da quella legale, a cui il giurista *civilian* suole fare riferimento ed a cui noi alludiamo nel testo (sul punto v. G. ALPA e M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito. I profili dottrinali*, Giuffrè, Milano, 1977, 317 ss.)

si articola la questione dei « danni punitivi », e nella prospettiva della ricostruzione del regime delle pene pecuniarie private.

Lasciamo, per il momento, da parte il secondo nodo in cui si sviluppa la questione dei « danni punitivi », ovvero quello riguardante la fondatezza delle costruzioni – elaborate, ora, in dottrina, ora, in giurisprudenza – che rinvergono nel modello straniero in parola un aggancio idoneo a realizzare un'estensione dell'intervento punitivo nel settore civilistico.

Una seconda riflessione può invece essere svolta, fin da ora, in merito al problema del riconoscimento di sentenze straniere, che rechino un capo di condanna ai *punitive damages*; problema che rappresenta il terzo nodo della questione dei « danni punitivi ».

Anche qui, si può osservare che la semplice somiglianza tra danni punitivi e pene pecuniarie private lascia la porta socchiusa sia ad una soluzione affermativa, sia ad una soluzione negativa.

L'art. 64 lett. g) della l. 218/1995 prescrive al giudice del riconoscimento di compiere un confronto tra due poli³⁸¹. Il primo polo consiste negli effetti che l'ingresso della decisione estera determinerebbe nell'ordinamento italiano. Il secondo polo è rappresentato dall'ordine pubblico, clausola generale che – secondo la lettura prevalente – esprime in sintesi « i principi etici, economici, politici e sociali che condizionano e caratterizzano il modo d'essere (degli istituti) del nostro ordinamento giuridico »³⁸², principi « desumibili dalla Carta Costituzionale » oppure « di carattere settoriale [...], non necessariamente desumibili dalla Costituzione, che [tuttavia] connotano in maniera irrinunciabile un settore specifico del nostro ordinamento »³⁸³.

Calato su una sentenza comminatoria di danni punitivi, questo schema di giudizio dovrebbe indurre l'organo incaricato del riconoscimento a considerare – da un lato – l'impatto che avrebbe da noi il pagamento di una prestazione pecuniaria irrogata, a titolo di pena privata, a carico dell'autore dell'illecito ed in favore della vittima dello stesso e – da altro lato – la legislazione esistente al tempo del giudizio³⁸⁴. E,

³⁸¹ L'immagine dei poli opposti è di MOSCONI e CAMPIGLIO, *op. cit.*, 274

³⁸² Così MOSCONI e CAMPIGLIO, *op. cit.*, 261.

³⁸³ Così Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592, in *www.leggiditalia.it*. Nello stesso senso v. anche le più recenti Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Giur. it.*, 2016, 562, con nota di A. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, e di A. DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile*; e Cass., sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380, disponibile su *www.leggiditalia.it*.

³⁸⁴ Che la normativa da prendere in considerazione al fine di dare corpo alla clausola generale dell'ordine pubblico sia quella esistente al tempo del giudizio (c.d. relatività temporale dell'ordine pubblico) è

precisamente, il giudice dovrebbe porre l'attenzione su quella porzione di essa che appaia rilevante in relazione agli specifici effetti prodotti dalla decisione straniera di cui è domandato il riconoscimento. Così facendo, egli dovrebbe accorgersi della presenza, nel tessuto della normazione civilistica, di un certo numero di figure – le pene pecuniarie private – simili ai danni punitivi³⁸⁵; e, in quelle, potrebbe ravvisare un indice significativo della compatibilità tra danni punitivi ed il modo d'essere dell'ordinamento italiano.

Indice significativo, ma – si badi – non ancora decisivo. Infatti, posto che di similitudine si tratta, e non di perfetta identità, residua aperto il dubbio che le divergenze esistenti tra i due modelli rappresentino il portato di valori irrinunciabili del nostro sistema giuridico, ovverosia siano espressione di principi di ordine pubblico. Dubbio che il giudice del riconoscimento dovrà necessariamente dissolvere prima di decretare l'ingresso di una sentenza comminatoria di *punitive damages*.

Prima di chiudere, si può dedicare un'ultima riflessione al tema dell'utilizzabilità di spunti tratti dalla *law of punitive damages* nell'ambito dello studio volto a ricostruire la disciplina delle pene pecuniarie private. Per ragionare su questo punto, occorre rileggere il risultato della disamina compiuta in questo paragrafo alla luce dei suggerimenti, formulati dalla teoria generale dell'interpretazione giuridica, sul modo in cui l'argomento comparatistico deve essere correttamente impiegato³⁸⁶.

Secondo tali suggerimenti, la scelta di un determinato modello straniero (*comparans*) quale punto di riferimento nell'interpretazione di un istituto di diritto interno (*comparandum*) deve essere supportata da una giustificazione adeguata. E, tra le

affermazione costantemente ripetuta dalla letteratura internazionalistica (v., ad esempio, F. MOSCONI e C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 266; CARELLA e DI CHIO, *op. cit.*, 1282 s. C. F. EMANUELE, *Definizione e funzionamento dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato*, Ed. Quasar, Roma, 1996, 74 ss.).

³⁸⁵ Di alcune di queste figure sembra essersi finalmente accorta la giurisprudenza di legittimità. Infatti, nel propiziare un'apertura ai *punitive damages*, la recentissima Cass. ord. 16 maggio 2016, n. 9978 cit., menziona talune delle figure ascrivibili al novero delle pene pecuniarie private quali, ad esempio, la riparazione pecuniaria di cui all'art. 12 l. 47/1948 e le prestazioni pecuniarie sanzionatorie previste dall'art. 96, comma 3, c.p.c. e dall'art. 26, comma 2, d. lgs. 104/2010 in relazione all'abuso del processo. Tuttavia, questo spiraglio di inedita avvedutezza s'accompagna a due errori evidenti. Il primo consiste nel qualificare queste ipotesi legislative come « rimedi risarcitori », trascurando che la fattispecie da cui dipendono dette sanzioni non ha il danno tra i suoi elementi costitutivi. Il secondo errore consiste nell'affiancare ad esse figure normative che nettamente divergono dal modello dei danni punitivi. Così, ad esempio, appare inconferente il richiamo alle sanzioni civili pecuniarie introdotte dal d. lgs. 7/2016 quale surrogato della pena criminale in relazione a taluni illeciti depenalizzati. Queste sanzioni, infatti, finiscono per intero nelle casse dello Stato e, perciò, difettano di quella connotazione incentivante e premiale che costituisce l'imprescindibile base del sistema di *private enforcement* in cui s'inscrivono i *punitive damages*.

³⁸⁶ V. *supra* nt. 334.

giustificazioni che vengono indicate come potenzialmente adeguate ve ne sono almeno un paio che sembrano attagliarsi allo specifico caso che ci occupa.

La prima di queste consiste nella circostanza che *comparans* e *comparandum* siano espressione di funzioni giuridiche analoghe (argomento teleologico). In termini più precisi, si ritiene che, qualora risulti che l'istituto straniero persegue i medesimi obiettivi dell'istituto nazionale e che, nel corso della sua applicazione, esso si è rivelato idoneo a conseguire detti obiettivi, allora, il regime giuridico del *comparans* potrà essere assunto come modello nella ricostruzione della disciplina del *comparandum* di diritto interno.

Se, sulla scorta di questa indicazione, si considera che come i *punitive damages* anche le pene pecuniarie private sono strumenti tesi a realizzare la deterrenza e la punizione di determinati illeciti civili, è possibile inferire che i primi potrebbero fornire qualche spunto al fine di prefigurare soluzioni adeguate a raggiungere le predette finalità.

La seconda giustificazione consiste nell'adeguatezza dell'esperienza maturata nel corso dell'applicazione dell'istituto straniero a rappresentare le conseguenze operative che potrebbero derivare da una certa opzione ricostruttiva del modello giuridico nazionale (argomento consequenzialistico)³⁸⁷.

Il fatto che danni punitivi e pene pecuniarie private constino in una prestazione pecuniaria non risarcitoria che si risolve nell'arricchimento di un soggetto privato determina, verosimilmente, il sorgere di problemi comuni ad entrambi gli istituti. Si può pensare, ad esempio, alla questione – già menzionata poc'anzi – legata all'incentivo che il profilarsi di un simile guadagno potrebbe determinare alla proposizione di giudizi infondati; oppure, al tema relativo all'imponibilità di detto guadagno a fini tributari; o, ancora, al problema della ripartizione degli oneri probatori nel corso del processo.

Ora, è assai probabile che nel corso della lunga esperienza maturata intorno ai *punitive damages* siano state immaginate e, poi, sperimentate una o più soluzioni preordinate a risolvere problemi come quelli appena esemplificati. E, da quelle, l'interprete italiano potrà certamente trarre un ausilio utile al fine di valutare quale sia l'alternativa ermeneutica più opportuna nella strutturazione dei corrispondenti profili della disciplina delle pene pecuniarie private.

³⁸⁷ Sul problema della scelta del modello straniero da adottare nell'impiego dell'argomento comparatistico (problema c.d. del *cherry picking*) e sulle sue possibili soluzioni v. CANALE, *op. cit.*, 60 ss.

Se, per le ragioni dianzi esposte, appare dunque giustificato far riferimento al modello straniero dei *punitive damages* nella configurazione del regime giuridico delle pene pecuniarie private, è però bene precisare che le soluzioni che verranno attinte da tale modello dovranno, in ogni caso, essere sottoposte ad una successiva verifica attraverso la considerazione del diritto positivo. Difatti, se è vero che l'osservazione del paradigma comparatistico può aiutare l'interprete ad affrontare il momento, c.d. politico, dell'elaborazione creativa di soluzioni opportune, non bisogna tuttavia dimenticare che, a tale momento, deve sempre seguire un ulteriore momento, c.d. dogmatico, nel corso del quale l'interprete deve valutare la « traducibilità della decisione progettata in una forma dogmatica idonea a inserirla nell'ordine del sistema »³⁸⁸.

5. – Allo scopo di completare i ragionamenti fin qui abbozzati, appare opportuno insistere ora sui profili di divergenza riscontrati tra i modelli punitivi in esame, cercando – dapprima – di cogliere le ragioni ad essi sottese e tentando – poi – di comprendere quale riverbero possano avere tali difformità in ordine alla questione dei « danni punitivi » e nella prospettiva dello studio ricostruttivo della categoria delle pene pecuniarie private.

Cominciamo, allora, col chiederci che cosa giustifichi il più ampio impiego che l'ordinamento italiano fa della pena pecuniaria privata in ambito contrattuale, rispetto a sistemi giuridici, come quelli di matrice anglosassone, tradizionalmente più propensi del nostro ad ammettere pene di carattere civilistico sotto forma di *punitive damages*.

La risposta a questo interrogativo risiede – a nostro parere – nel differente spazio che la dottrina dell'inadempimento efficiente, rispettivamente, occupa in seno al primo ed ai secondi.

Malgrado i suoi vistosi limiti, la teoria dell'*efficient breach* ha riscosso un enorme successo nell'ambiente giuridico di *common law*. E qui, essa rappresenta – come si è dimostrato in sede di riflessioni preliminari – il più vitale ostacolo alla diffusione di

³⁸⁸ Quelle riportate nel testo sono parole di MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica* cit., 163 s. Ma nel medesimo senso, si possono anche leggere le più recenti riflessioni di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2012, 51.

punitive damages for breach of contract, e costituisce – si può aggiungere ora – altresì la ragione principale dell’ostilità verso le *penalty clauses*³⁸⁹.

Al contrario, la teoria dell’inadempimento efficiente ed i suoi corollari non sembrano aver minimamente attecchito nel diritto positivo italiano. Diversi sono infatti gli argomenti che – secondo noi – inducono ad escludere che nel nostro ordinamento sia lasciata al debitore la possibilità di optare deliberatamente per il risarcimento del danno, in luogo dell’adempimento dell’obbligazione, sulla base di considerazioni di mera convenienza economica³⁹⁰.

A tal proposito, si deve anzitutto sottolineare che, presso di noi, l’utilità di un illecito non può rappresentare in nessun caso criterio automatico di giustificazione³⁹¹. L’efficienza economica della scelta di non adempiere non può mai decretarne la legittimità, la quale deve invece essere valutata alla stregua del dato normativo.

³⁸⁹ Osserva, ad esempio, E. ALLAN FARNSWORTH, *op. cit.*, 811 s. che la predeterminazione convenzionale delle conseguenze dell’inadempimento può avere qualche utilità in termini di prova e, quindi, di tempo per il giudice, la giuria ed i testimoni e di spese processuali per le parti. Tuttavia – soggiunge l’a. – questi vantaggi sono inevitabilmente destinati a venire meno, qualora la somma fissata *ex ante* dalle parti sia « *significantly larger than compensation* » e sortisca, così, un « *terrorem effect* » nei riguardi del debitore, incentivandolo ad adempiere ad ogni costo. Esito che – conclude Farnsworth – si porrebbe in contrasto con il principio secondo cui soltanto l’inadempimento inefficiente dev’essere disincentivato. Spiegazioni simili sono assai frequenti nella letteratura di *common law*: v. *ex multis* C. J. GOETZ e R. SCOTT, *Liquidated damages, penalty and the just compensation principle: some notes in an enforcement model and theory of efficient breach*, in *Columbia Law Review* (1977), 554 ss. Per una spiegazione delle interrelazioni tra clausola penale e inadempimento efficiente v., nella letteratura italiana, ZOPPINI, *op. cit.*, 123 ss.

³⁹⁰ Il tentativo di misurare la compatibilità tra la dottrina dell’inadempimento efficiente e un modello *civilian* non è nuovo. I primi a compiere un simile ragionamento sono stati i francesi B. BUDDEN e PH. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, 1015 ss., assumendo come punto di riferimento la disciplina positiva dell’inadempimento contenuta nel *code Napoléon*. Un paio d’anni dopo, l’esperimento è stato ripetuto dall’italiano F. COSENTINO, *Efficienza economica dell’inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull’inadempimento del contratto*, in *Quadr.*, 1988, 484 ss., in relazione alla normativa italiana. I due lavori hanno condotto ad esiti diametralmente opposti: così, mentre i due aa. francesi hanno ritenuto che vi fosse radicale incompatibilità tra il diritto francese e l’*efficient breach*; Cosentino ha concluso la sua analisi, dicendo che « il tipo di tutela [...] predisposta dal legislatore appare avere [...] il pregio di premere sul debitore per l’adempimento, ma allo stesso tempo di permettere la violazione delle obbligazioni, quando ciò si riveli opportuno ai fini di una migliore allocazione delle risorse ».

³⁹¹ E’ quanto osserva a proposito dell’inadempimento efficiente U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, 367. Analogamente si esprime anche DELLACASA, *op. cit.*, 476 secondo cui la teoria dell’inadempimento efficiente « non può essere accolta nelle sue implicazioni prescrittive », e può semmai avere una « valenza descrittiva in quanto rappresenta attendibilmente la condotta delle parti quando il creditore può procurarsi una prestazione equivalente a quella attesa concludendo un contratto sostitutivo ». In senso simile e ancora in riferimento alla teoria dell’*efficient breach*, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, Jovene, Napoli, 2011, 228 afferma che « il riconoscimento all’analisi economica di una valenza normativa è incompatibile con il carattere precettivo del diritto ed anzi ne rappresenta la negazione, sicché il suo rifiuto deve essere dei più netti ».

E, sotto quest'ultimo profilo, si deve osservare che la legittimità di una simile scelta è certamente esclusa dalla presenza nel codice civile dell'art. 1218, norma polare del sistema della responsabilità contrattuale, la quale stabilisce che se il debitore non esegue esattamente la prestazione dovuta, è tenuto al risarcimento del danno (salvo l'unico limite dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile e) senza che rilevi in alcun modo la convenienza economica della scelta di non adempiere.

Peraltro, per suffragare la nostra affermazione secondo cui l'inadempimento efficiente è radicalmente inconciliabile con il modo d'essere del nostro ordinamento, resta da dimostrare che il meccanismo risarcitorio predeterminato dal legislatore funzioni, effettivamente, in maniera tale da chiudere ogni spazio alla scelta del debitore di non adempiere per ragioni di opportunità economica.

A tal fine, decisamente interessante sembra essere l'art. 1225 c.c., a mente del quale « se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione ». La disposizione in parola enuncia sinteticamente due norme distinte: il risarcimento è limitato al solo danno prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione, in caso di inadempimento colposo; e, reciprocamente, il risarcimento dev'essere altresì esteso ai pregiudizi imprevedibili al momento del sorgere dell'obbligazione, nell'ipotesi di inadempimento dipeso da dolo.

Secondo l'interpretazione maggioritaria, "inadempimento dipeso da dolo" significa intenzione di non adempiere³⁹²: il dolo *ex art. 1225 c.c.* sarebbe dunque coefficiente psicologico dell'illecito contrattuale ed avrebbe come referente esclusivo l'inadempimento, ovvero l'omissione dell'esatta esecuzione della prestazione dovuta; più specificamente, il dolo nell'inadempimento coinciderebbe con la volontà avente ad oggetto la condotta e la sua antiggiuridicità, e non anche la sua dannosità.

³⁹² In questo senso si esprime la dottrina maggioritaria: si vedano, *ex pluribus*, DELLACASA, *op. cit.*, 476 e 534 n. 161; C. A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008, 28 s.; G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Giuffrè, Milano, 2001, 72 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, Milano, 1994, 362, U. BRECCIA, *op. cit.*, 645; e nella stessa direzione si muove anche la giurisprudenza recente: Cass. 17 maggio 2012, n. 7759, in *Notariato*, 2012, 4, 366, e Cass. 16 ottobre 2008, n. 25271, in *Foro it. Rep.*, 2008, voce *Obbligazioni in genere*, n. 80

Ora, è evidente che questa lettura maggioritaria della norma mal si concili con l'ipotesica ammissibilità³⁹³ dell'inadempimento efficiente. Infatti – da un lato – nella ricostruzione dell'*efficient breach*, il debitore deve essere lasciato libero di scegliere di non adempiere l'obbligazione, ogniqualvolta sia in grado di prevedere che il costo del risarcimento dei danni sarà inferiore al costo della prestazione; e – dall'altro – l'art. 1225 c.c. penalizza³⁹⁴ proprio colui che non adempie intenzionalmente, costringendolo a risarcire (non solo i danni prevedibili, ma anche) i danni imprevedibili.

È pur vero che nel sanzionare l'inadempimento doloso con l'estensione dell'obbligo risarcitorio, la norma fa riferimento ai danni che il debitore non poteva prevedere all'epoca in cui l'obbligazione è sorta, e non anche a quelli che egli non può prevedere al tempo dell'inadempimento; ed in tal modo, lascia aperta la possibilità che, al momento della scelta di non adempiere, il debitore sia ormai venuto a conoscenza dell'ammontare complessivo dei danni che sarà costretto a risarcire, ivi compresi quelli che non era stato in grado di prevedere al tempo del sorgere dell'obbligazione; cosicché, potrebbe accadere che – proprio dopo aver confrontato il costo dei pregiudizi (prevedibili e non) con il valore della prestazione – il debitore scelga intenzionalmente di non adempiere e di risarcire il danno³⁹⁵. Tuttavia, a ben riflettere, una simile eventualità non è così frequente³⁹⁶. Di solito, infatti, il creditore comunica al debitore le circostanze, da cui desumere i potenziali riflessi dannosi dell'inadempimento, già al tempo delle trattative; e, al contempo, è piuttosto remota l'eventualità che le informazioni, non apprese al momento della conclusione del contratto, vengano successivamente ed autonomamente scoperte dal debitore. Pertanto, la presenza dell'art.

³⁹³ Si badi che in questo contesto “ammissibilità” non vuole dire “legittimità”: come detto, l'inadempimento efficiente non è mai legittimo. Il sostantivo “ammissibilità” va inteso più propriamente come “possibilità alla luce del quadro normativo esistente”.

³⁹⁴ L'espressione “penalizza” – impiegata nel testo – dev'essere correttamente intesa: come osserva giustamente C. M. BIANCA, *op. cit.*, 155, quella prevista dall'art. 1225 c.c. non è una vera e propria pena privata, in quanto l'obbligazione risarcitoria dipende pur sempre dall'esistenza e dalla consistenza dei danni effettivamente subiti dal creditore.

³⁹⁵ Non a caso, al fine di rendere l'art. 1225 c.c. compatibile con la teoria dell'inadempimento efficiente, P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Giuffrè, Milano, 1984, 7 ha proposto di restringere l'ambito di applicazione della norma al verificarsi di questa sola circostanza. Secondo l'a., la norma andrebbe dunque reinterpretata in questo modo: in caso di inadempimento doloso, il debitore deve risarcire anche i danni imprevedibili al momento del sorgere dell'obbligazione, purché essi fossero prevedibili al tempo della scelta di non adempiere.

³⁹⁶ BASINI, *op. cit.*, 73 ritiene invece – un po' sbrigativamente – che la regola del 1225 c.c. renderebbe addirittura impossibile il calcolo della convenienza di non adempiere e risarcire, impedendo radicalmente che *efficient breaches* possano verificarsi nel nostro ordinamento.

1225 c.c. restringe grandemente, pur senza annullarle del tutto, le possibilità che si verificano inadempimenti efficienti.

Ma soprattutto – ed è questo quel che più conta nell'economia del nostro discorso – tale disposizione fornisce una fondamentale indicazione, a proposito del modo in cui la scelta intenzionale di non adempiere è vista dal nostro ordinamento. Prevedendo per l'inadempimento doloso un trattamento deteriore rispetto a quello stabilito in relazione all'inadempimento colposo, il legislatore dimostra infatti una palese avversione verso qualsiasi inadempimento deliberato, anche se fondato su valutazioni di opportunità economica.

Del resto, che l'art. 1225 c.c. rappresenti un grave ostacolo al riconoscimento della legittimità dell'inadempimento efficiente riceve un'indiretta conferma negli sforzi tesi a restringere oltremodo la portata della norma, compiuti dagli autori che, diversamente da noi, hanno affermato la compatibilità tra *efficient breach* e diritto positivo italiano. Il tentativo, diretto ad estendere il limite della prevedibilità del danno, si fonda su una diversa e piuttosto discutibile ricostruzione della nozione di dolo contenuta nell'art. 1225 c.c. Secondo questa interpretazione, il dolo ivi previsto consisterebbe (non nella mera intenzione, ma) in un'attività ingannatoria escogitata sin dal momento dell'assunzione dell'obbligo e perpetrata allo scopo di recare danno al creditore³⁹⁷: esso non coinciderebbe allora con l'elemento soggettivo dell'inadempimento, bensì con un illecito autonomo sorretto – per dirla in termini penalistici – da dolo specifico. Tale espediente ermeneutico coglie senz'altro nel segno: infatti, una volta riservata la regola più severa alla sola macchinazione preordinata a ledere il creditore, l'inadempimento volontario ben potrebbe ricevere lo stesso trattamento riservato all'inadempimento colposo; conseguentemente, chi avesse scelto di non eseguire la prestazione in base ad un calcolo economico non subirebbe penalizzazione alcuna, potendo fruire della limitazione del risarcimento al solo danno prevedibile.

Tuttavia, una simile ricostruzione della nozione di dolo contenuta nell'art. 1225 c.c. non può essere ragionevolmente condivisa. La lettera dell'art. 1225 c.c. indica infatti

³⁹⁷ In tal senso cfr. COSENTINO, *op. cit.*, 519. L'a. accoglie la lettura dell'art. 1225 fatta in precedenza da G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni. Risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, v. IX, *Obbligazioni e contratti*, t. I, Utet, Torino, 1984, 210. Nel saggio di Cosentino la restrizione della nozione di dolo è inserita nella più ampia dimostrazione della possibilità di leggere la disciplina positiva dell'inadempimento in chiave di *efficient breach*.

con sufficiente chiarezza che il dolo è un attributo dell'inadempimento o del ritardo³⁹⁸, e non un inganno ad essi antecedente. Non deve fuorviare l'impiego da parte del legislatore del verbo "dipendere", al fine di istituire un collegamento tra dolo e inadempimento. L'utilizzo di un termine dall'accezione vagamente causale potrebbe suggerire di ricostruire il significato dell'art. 1225 c.c., in modo tale da poter ravvisare un collegamento eziologico tra dolo e inadempimento; e, dunque, di identificare il dolo con un fatto illecito autonomo e precedente la mancata esecuzione della prestazione. Si tratterebbe però di un autentico fraintendimento. Invero, nell'inciso iniziale dell'art. 1225 c.c., il legislatore ha ingenuamente impiegato un'espressione invalsa nel linguaggio comune: quando si dice che "un fatto è dipeso dalla volontà di qualcuno" non si fa alcun ragionamento causale, ma si qualifica quello stesso fatto come volontario. Nell'art. 1225 c.c. il verbo "dipendere" è dunque utilizzato in modo atecnico e, di conseguenza, non può influenzare minimamente la ricostruzione del concetto di dolo. Si consideri, poi, come il tenore testuale della norma in parola individui, in maniera questa volta inequivocabile, l'oggetto del dolo nel solo inadempimento (o ritardo), e non anche nel pregiudizio arrecato al creditore; sicché, la ricostruzione del concetto di dolo ex art. 1225 c.c. in termini di specifica intenzione di nuocere risulta del tutto arbitraria. D'altra parte, l'identificazione dell'inadempimento doloso con la semplice intenzione di non adempiere rinviene un'importante conferma a livello sistematico nel consueto abbinamento tra dolo e colpa grave in materia di inadempimento contrattuale³⁹⁹: tale associazione implica anzitutto che il dolo nell'inadempimento s'identifica (al pari della colpa grave e in alternativa ad essa) con il coefficiente psicologico dell'illecito contrattuale e non con un illecito autonomo; l'equiparazione tra dolo e *culpa lata*, poi, non potrebbe ritenersi giustificata, se l'inadempimento doloso coincidesse (anziché con ogni inadempimento volontario) soltanto con l'inadempimento specificamente diretto ad arrecare danno al creditore. Ai fini della ricostruzione della nozione del dolo di cui all'art. 1225 c.c., particolarmente significativo tra gli altri è l'accostamento tra dolo e colpa grave, fatto dal primo comma

³⁹⁸ Secondo CANNATA, *op. cit.*, 2008, 28 anche « l'espressa menzione del ritardo » contribuisce ad allontanare « sensibilmente la visuale da quella considerazione del dolo nella conclusione del negozio ».

³⁹⁹ Tant'è che secondo Cass., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5910, disponibile su www.leggiditalia.it, nel nostro ordinamento esisterebbe un vero e proprio principio di equiparazione tra inadempimento doloso ed inadempimento gravemente colposo, il quale giustifica addirittura l'estensione al secondo della più severa regola sulla risarcibilità del danno imprevedibile, dettata dall'art. 1225 c.c., solo in relazione al primo.

dell'art. 1229 c.c. in materia di clausole di esonero da responsabilità contrattuale: una volta interpretata la nozione di dolo *ex art. 1229 c.c.* come intenzione di non adempiere, è ragionevole concludere che lo stesso significato vada altresì attribuito al medesimo termine impiegato dal legislatore, appena tre norme più in là, nell'art. 1225 c.c.⁴⁰⁰.

Se – per un verso – l'art. 1229 c.c. fornisce una conferma della lettura qui appoggiata dell'art. 1225 – per altro verso – quella stessa disposizione contribuisce a rafforzare la conclusione, a cui proprio attraverso quell'interpretazione si è giunti; e cioè che il nostro ordinamento mostra una chiara avversione verso qualsiasi inadempimento deliberato. Il primo comma dell'art. 1229 c.c. commina la nullità testuale di qualsiasi patto che escluda o limiti la responsabilità del debitore per dolo⁴⁰¹. Per tale via, il legislatore salvaguarda il senso del vincolo negoziale. Al debitore viene infatti proibito di assumere l'obbligo e al contempo rinnegarlo, riservandosi la possibilità di non adempiere dietro il semplice pagamento di un prezzo prestabilito o, addirittura, gratuitamente⁴⁰². Una volta respinta una clausola siffatta, colui che scelga deliberatamente di non effettuare la prestazione promessa si troverà infatti a dover risarcire tutti i danni causati dal suo inadempimento; inclusi, ovviamente, *ex art. 1225 c.c.* quelli imprevedibili al tempo del sorgere dell'obbligazione.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte finora, dovrebbe risultare a questo punto evidente che, nel nostro ordinamento, resta radicalmente preclusa al debitore la facoltà di optare deliberatamente per il risarcimento del danno, in luogo dell'adempimento dell'obbligazione, sulla base di considerazioni di mera opportunità economica: privando

⁴⁰⁰ Tale conclusione è suggerita dal criterio interpretativo sistematico c.d. della costanza terminologica: secondo TARELLO, *op. cit.*, 377 « una corrispondenza rigida tra concetti normativi e termini degli enunciati, [...] talchè quando è certo o ritenuto tale il significato del termine *x* [...] in un enunciato, quel significato va attribuito a *x* in tutti gli enunciati in cui ricorre » è ravvisabile quando tali enunciati si trovano « in uno stesso documento normativo [...] o in una stessa sua parte ».

⁴⁰¹ L'art. 1229 co.1 c.c. dichiara altresì nulle le clausole di esonero o di limitazione della responsabilità per colpa grave. L'equiparazione della *culpa lata* al dolo mira principalmente a rendere più efficace la sanzione stabilita in relazione al patto di esonero per l'inadempimento doloso: A. D'ADDA, *Il controllo legale sui patti di esonero da responsabilità tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in V. ROPPO, *Annuario del contratto*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2012, 5 osserva infatti che tale accostamento recepisce la preoccupazione « di evitare che il debitore che abbia consapevolmente scelto di non adempiere cerchi di mascherare sotto l'etichetta della colpa grave la propria scelta di non adempiere, andando così esente da responsabilità nonostante la consapevole violazione del vincolo assunto in via negoziale ».

⁴⁰² In questo senso si veda ancora D'ADDA, *op. ult. cit.*, 4 e 7; e analogamente ZOPPINI, *op. cit.*, 129, secondo cui « la norma porta ad emersione il principio che sia comunque necessario un livello minimo di impegno inderogabile a tutela dell'interesse del creditore » e con ciò esclude che *de iure condito* possa talvolta ritenersi giuridicamente lecita l'intenzione di non adempiere.

l'inadempiente doloso del limite della prevedibilità del danno, l'ordinamento disincentiva l'inadempimento volontario, seppur efficiente.

Come si diceva poc'anzi, residua tuttavia una sia pur marginale possibilità che al momento dell'esecuzione l'obbligato reputi conveniente la scelta di non adempiere, nonostante il correlato dovere di risarcire il danno imprevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione. Peraltro, il fatto che l'inadempimento efficiente possa talora realizzarsi nella pratica non significa affatto che esso sia altresì consentito dall'ordinamento. Verificatosi l'inadempimento, l'avente diritto alla prestazione non è infatti costretto a subirlo ed accontentarsi del risarcimento del danno, ma può continuare ad insistere per l'adempimento in natura della prestazione dovutagli. Mettendo a disposizione del creditore la tutela specifica del suo diritto, la legge gli permette, in definitiva, di vanificare la decisione di non adempiere eventualmente presa dal debitore.

Malgrado qualche – sempre più flebile – voce contraria, non v'è alcun dubbio che la legge istituisca il creditore arbitro esclusivo della scelta tra adempimento in natura e risarcimento del danno. Non bisogna farsi trarre in inganno dall'apparente laconicità dell'art. 1218 c.c. che – limitandosi a stabilire che colui che non adempie la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno⁴⁰³ – ha fornito a taluno lo spunto per affermare che l'obbligazione inadempita si converte automaticamente in quella di riparare il pregiudizio causato dall'inadempimento⁴⁰⁴. Il semplice fatto che il legislatore non abbia ribadito che il debitore è tenuto a rispettare l'impegno assunto, non autorizza l'interprete a ritenere che l'inadempimento elida del tutto il preesistente obbligo di eseguire la prestazione promessa. Nel silenzio della legge, occorre piuttosto ricordare l'insegnamento offerto dalla teoria generale del diritto, secondo cui « di regola il comando sopravvive alla violazione della norma »⁴⁰⁵. E ciò vale *a fortiori* nel caso delle obbligazioni: atteso il carattere non immediato dei diritti relativi, il soddisfacimento dell'interesse del titolare del diritto non può prescindere dal comportamento del

⁴⁰³ Il legislatore del 1942 ha infatti ommesso qualsiasi riferimento all'adempimento in natura della prestazione; di contro la versione previgente dell'art. 1218 c.c., contenuta nel codice civile del 1865, statuiva espressamente che « chi ha contratto una obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni ».

⁴⁰⁴ Così una dottrina minoritaria che fa capo a S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Utet, Torino, 1963, *passim*. Prendendo spunto dalla lettera dell'art. 1218 c.c., anche A. DI MAJO, *Adempimento e inadempimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 71 afferma che il diritto italiano è ispirato alla primazia del risarcimento del danno; tuttavia, secondo l'a. sarebbe opportuno un intervento riformatore che riaffermi il diritto del creditore all'adempimento.

⁴⁰⁵ Le parole riportate nel testo sono tratte da THON, *op. cit.*, 43

debitore, consistente nell'attuazione del contenuto dell'obbligo. La facoltà del creditore di pretendere l'adempimento in natura della prestazione costituisce, dunque, parte integrante dell'essenza di obbligazione⁴⁰⁶, e, di contro, il risarcimento del danno per equivalente rappresenta un semplice succedaneo⁴⁰⁷. D'altro canto – come è stato fatto un po' provocatoriamente notare – negare la possibilità di attuazione coattiva del diritto di credito condurrebbe al paradossale esito di trasformare ogni obbligazione da semplice in alternativa: di fronte ad un creditore impotente, il debitore potrebbe tranquillamente scegliere se liberarsi eseguendo la prestazione promessa oppure risarcendo il danno⁴⁰⁸. Oltretutto – seppur non espressamente sancito dall'art. 1218 c.c. – il potere del creditore di insistere per l'adempimento in natura rinviene significative conferme dogmatiche in altri luoghi codicistici⁴⁰⁹. Così, nell'art. 1372 c.c. il legislatore stabilisce senza mezzi termini che il contratto, ovvero sia la fonte preminente dell'obbligazione, ha forza di legge tra le parti; e in tal modo – secondo l'interpretazione prevalente – ricorda a ciascun contraente l'incondizionato dovere di adempierlo⁴¹⁰. Pur facendo riferimento ai soli contratti sinallagmatici, il primo comma dell'art. 1453 c.c. accorda *expressis verbis* alla vittima dell'inadempimento la facoltà di pretendere dal debitore l'esatta esecuzione della prestazione dovuta, esercitando l'azione di adempimento (in alternativa alla risoluzione del contratto e salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno). Ma soprattutto la tutela reale del diritto di credito rinviene un fondamento normativo inequivoco negli artt. 2930 - 2933 c.c. dedicati all'esecuzione forzata in forma specifica. Per il caso in cui il creditore abbia preteso invano dal debitore lo spontaneo adempimento in natura della

⁴⁰⁶ In tal senso, PIRAINO, *Adempimento e responsabilità* cit., 144, secondo cui tra il vincolo obbligatorio e pretesa dell'attuazione in natura vi è consustanzialità « in quanto l'obbligazione è figura giuridica dell'attribuzione di un bene o di un'utilità mediante l'apporto strumentale del debitore e non certo del loro valore economico»; similmente, BRECCIA, *op. cit.*, 68 afferma che «un 'debito' che non fosse collegato alla facoltà legale di pretenderne l'adempimento non potrebbe essere assimilato a un'obbligazione, poiché non sarebbe giuridicamente dovuta una prestazione che fosse soltanto affidata alla spontaneità del comportamento del creditore ».

⁴⁰⁷ Così M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, 8^a ed., Libreria Aurelio Paronino, Milano, 1965, 349.

⁴⁰⁸ La tesi riportata nel testo è di L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 169. Incidentalmente, si può notare che sarebbe stato forse più corretto parlare di obbligazione facoltativa anziché di obbligazione alternativa: l'esistenza di un dato normativo chiaro come quello dell'art. 1256 c.c., infatti, non consente di mettere neppure in discussione che l'impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione oggetto dell'obbligazione escluda altresì il risarcimento del danno da inadempimento.

⁴⁰⁹ Ragioni di continenza espositiva suggeriscono di non dilungarsi in una rassegna completa di tutti i luoghi normativi di emersione della tutela specifica del credito: per un approfondimento si rinvia a M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1975, 21 ss.

⁴¹⁰ Come ricorda DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge* cit., 359 è questo il principale significato tradizionalmente attribuito all'art. 1372 c.c.

prestazione, queste norme mettono a sua disposizione strumenti in grado di assicurargli *aliunde* e in via coattiva l'utilità attesa; facendo naturalmente salvi i limiti scaturentidal principio *nemo ad factum praecise cogi potest* e, pertanto, affidando al solo risarcimento del danno la tutela degli obblighi infungibili.

Ora, il quadro dogmatico è così chiaro da far apparire l'idea – connaturata alla teoria dell'inadempimento efficiente – secondo cui l'obbligato è libero di decidere di non eseguire la prestazione dovuta ed il creditore costretto a subire quella scelta, alla stregua di una *contradictio in adiecto*⁴¹¹. Non a caso, chi ha tentato di dimostrare la conciliabilità tra il nostro diritto positivo e l'inadempimento efficiente non ha negato *sic et simpliciter* l'esistenza di un diritto del creditore di pretendere l'adempimento, ma ha preferito fare leva sui limiti della strumentazione rimediale apprestata dall'ordinamento per la tutela effettiva di quel diritto, limiti imposti – come testé detto – dall'incoercibilità fisica della persona del debitore. E ciò al fine di potere poi asserire che il ristretto ambito della tutela specifica rende pienamente possibile « per il debitore che non intenda eseguire le proprie obbligazioni contrattuali [...] sfuggire all'osservanza dell'obbligo di adempimento che deriva in via primaria dal contratto e pagare il risarcimento del danno [...] »⁴¹².

Questo argomento non ha però retto la prova del tempo. Nel 2009, il legislatore ha infatti deciso di completare il disegno – da taluno definito – « coraggioso ma un po' monco »⁴¹³, abbozzato nel '42 con la stesura degli artt. 2930 – 2933 c.c., sì da rendere maggiormente incisivo il potere accordato al creditore di paralizzare la decisione di non adempiere e risarcire, eventualmente presa dal debitore; e, dopo numerosi esperimenti settoriali, egli ha finalmente introdotto, all'art. 614-*bis* c.p.c., una misura coercitiva patrimoniale di portata generale, idonea ad assicurare l'adempimento in natura delle obbligazioni non suscettibili di esecuzione per surrogazione.

Completata, attraverso la menzione di questo innesto, la descrizione del quadro approntato dal legislatore contro l'inadempimento efficiente, se ne possono riassumere i tratti, dicendo che nel nostro ordinamento la mancata esecuzione di un'obbligazione non è mai legittima, posto che ad essa consegue sempre l'obbligo di risarcire il danno; che

⁴¹¹ Così PIRAINO, *Adempimento e responsabilità* cit., 153, secondo cui accordare al debitore una simile scelta vorrebbe dire ammettere l'esistenza di un *dovere libero*.

⁴¹² E' questa la conclusione cui perviene il solito COSENTINO, *op. cit.*, 510

⁴¹³ NIVARRA, *op. cit.*, 185 s.

l'inadempimento intenzionale, oltreché illegittimo, è disincentivato attraverso la minaccia di dover riparare il pregiudizio imprevedibile; e che laddove, poi, tutto ciò non risultasse ancora sufficiente, ed il debitore reputasse comunque conveniente non adempiere e risarcire, il diritto positivo mette a disposizione del creditore strumenti idonei a conseguire l'utilità attesa, con oppure senza la cooperazione dell'obbligato. In questo terreno, scevro da considerazioni legate all'opportunità economica di taluni inadempimenti, residuano naturalmente ampi spazi per la punizione dell'illecito contrattuale. E di questi spazi il nostro legislatore tende a fare (sempre più) frequentemente uso, correlando l'imposizione di determinate pene pecuniarie private all'inadempimento di talune obbligazioni.

Provando ora ad immaginare i riflessi di questa approfondita ricostruzione sulla questione dei « danni punitivi », si può affermare che la diversità tra il modo in cui l'illecito contrattuale è visto nel nostro ordinamento, rispetto al modo in cui esso è visto in sistemi giuridici di *common law*, rende assai poco verosimile che l'introduzione di strumenti punitivi in funzione dissuasiva dell'inadempimento sia avvenuta guardando al modello dei *punitive damages* e che detti strumenti, perciò, rappresentino imitazioni di quest'ultimo modello. Ed un'ulteriore conferma in tal senso si rinviene scendendo nel dettaglio dei singoli istituti: infatti, per questa via, si scopre agevolmente che altre sono le influenze che hanno condotto il nostro legislatore ad introdurre strumenti punitivi preordinati alla dissuasione dell'inadempimento. Così, ad esempio, è facile accorgersi che alcune delle figure normative in parola sono sì il risultato di un *legal transplant*, ma di modelli giuridici stranieri diversi dai *punitive damages*. In proposito, è noto il condizionamento esercitato dal modello francese sulla regolamentazione dell'istituto della clausola penale⁴¹⁴; e un influsso transalpino si riscontra anche nella disciplina della misura di coercizione indiretta regolata all'art. 614-bis c.p.c., la quale – a detta molti⁴¹⁵ – riprende per larghi tratti il consolidato modello dell'*astreinte*; e, da ultimo, nel solco delle soluzioni adottate dalla normativa francese e tedesca in materia di obbligazioni pecuniarie sembrerebbe porsi la maggiorazione degli interessi, recentemente introdotta dal legislatore negli ultimi due commi dell'art. 1284 c.c., in correlazione con la

⁴¹⁴ Precisamente, il codice civile del 1865 regolava la clausola penale riproducendo in maniera pedissequa la disciplina della *clause pénale* contenuta nel *code civil* francese; mentre gli artt. 1382-1384 del codice civile attuale si rifanno al progetto del codice italo-francese delle obbligazioni (sulle diversità tra la regolamentazione dell'istituto nel codice previgente ed in quello attuale v. ZOPPINI, *op. cit.*, 189 ss.).

⁴¹⁵ In tal senso v., *ex pluribus*, BOVE, *op. cit.*, 783 e MERLIN, *op. cit.*, 1147.

proposizione di una domanda giudiziale od arbitrare⁴¹⁶. Altre volte, poi, l'innesto nella trama della legge italiana di pene pecuniarie private, con funzione di dissuasione e repressione di taluni inadempimenti, è avvenuta per una via diversa dal *legal transplant*. Molte di quelle figure sanzionatorie sono state infatti inserite nel nostro ordinamento recependo impulsi provenienti dall'ambiente europeo. Per esempio, la penale che la l. 386/1990 pone a carico del traente di assegni senza provvista s'inscrive in un intervento normativo, avente ad oggetto la decriminalizzazione del reato di emissione di assegni a vuoto, promosso da un Comitato ristretto incaricato dal Consiglio d'Europa di stendere un rapporto sul problema dell'ipertrofia criminale⁴¹⁷. Più di frequente, dietro la creazione di nuove figure sanzionatorie si colloca un'iniziativa del legislatore dell'Unione europea. Si pensi, per esempio, agli interessi punitivi che il d. lgs. 231/2001⁴¹⁸ stabilisce a fronte del ritardo nel pagamento del corrispettivo nelle transazioni commerciali; od alla compensazione pecuniaria che il reg. 261/2004/CE prevede che debba essere corrisposta ai passeggeri, a cui la compagnia aerea abbia negato l'imbarco, nella misura, ivi forfetizzata, in maniera del tutto slegata dal danno⁴¹⁹.

Avvicinandosi ad un ulteriore nodo della questione dei « danni punitivi » – quello di diritto internazionale processuale – si deve osservare che, per effetto dei condizionamenti ora detti, la dimensione deterrente-punitiva del diritto privato italiano finisce per raggiungere, in relazione all'illecito contrattuale, fronti persino più avanzati di quanto non accada in ordinamenti, come quelli di *common law*, usualmente additati

⁴¹⁶ Il precedente francese è rappresentato dall'art. L. 313.3 del *Code monétaire et financier*, mentre quello tedesco dal § 288 BGB. Fa notare l'analogia delle soluzioni adottate PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c. cit.*, 127.

⁴¹⁷ Su questa iniziativa e sui suoi esiti v. L. VIGNALE, *Decriminalizzazione e pena privata (a proposito del reato di emissione di assegni a vuoto)*, in BUSNELLI e SCALFI, *op. cit.*, 71 ss.

⁴¹⁸ Decreto, inizialmente, adottato per dare attuazione alla dir. 2000/35/CE e, successivamente, modificato per dare attuazione alla dir. 2011/7/CE.

⁴¹⁹ Cfr. l'art. 7 del regolamento (*Diritto a compensazione pecuniaria*): « [q] uando è fatto riferimento al presente articolo, i passeggeri interessati ricevono una compensazione pecuniaria pari a: a) 250 euro per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1500 chilometri; b) 400 euro per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1500 e 3500 chilometri; c) 600 euro per le tratte aeree che non rientrano nelle lettere a) o b). Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo.

Se ai passeggeri è offerto di raggiungere la loro destinazione finale imbarcandosi su un volo alternativo a norma dell'articolo 8, il cui orario di arrivo non supera: a) di due ore, per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1500 km; o b) di tre ore, per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese fra 1500 e 3500 km; o c) di quattro ore, per tutte le tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lettere a) o b), l'orario di arrivo previsto del volo originariamente prenotato, il vettore aereo operativo può ridurre del 50 % la compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1 [...] ».

per realizzare una sovrapposizione tra funzioni del diritto privato e attribuzioni del diritto penale. Va da sé che da una simile divergenza non potrebbe esser tratto alcun argomento contrario al riconoscimento di sentenze comminatorie di *punitive damages*. E, al contrario, a noi sembra che figure normative come quelle testé riportate – sebbene non rappresentino, propriamente, imitazioni del modello di matrice anglosassone – contribuiscano a dar corpo a quella porzione della legislazione italiana che dovrebbe attrarre l’attenzione del giudice intento a valutare la compatibilità tra ordine pubblico e prestazioni pecuniarie irrogate a titolo di punizione civile⁴²⁰.

Resta ancora da chiedersi – questa volta nella prospettiva del completamento del sistema delle pene pecuniarie private – se l’argomento comparatistico dei *punitive damages* possa trovare qualche impiego pure nella ricostruzione a profili di disciplina che attengono l’intervento punitivo in ambito contrattuale. Se si pone mente alle giustificazioni che possono supportare la scelta di un determinato *comparans* straniero, non ci sembra che tale impiego debba restare radicalmente precluso. Difatti, le pene pecuniarie private previste per l’inadempimento ed i danni punitivi sono improntati da una comune vocazione teleologica deterrente e punitiva, che cerca di trovare compiuta realizzazione, nel settore del diritto civile, attraverso gli strumenti che questo mette a disposizione; e, precisamente, in ambo i casi, mediante la previsione di una prestazione pecuniaria posta a carico dell’autore dell’illecito e volta a beneficio della vittima.

Per altro verso, è ragionevole immaginare che le peculiarità che connotano le prime, differenziandole dai secondi, portino con sé un certo numero di problemi operativi che non trovano nella *law of punitive damages* alcuna soluzione. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, a tutte le questioni correlate al tema del sindacato giudiziale sulle pene pecuniarie private stabilite nell’esercizio dell’autonomia negoziale. Ecco allora che, al fine di argomentare soluzioni opportune per problemi come questo, potrebbero tornare utili talune delle scoperte fatte nell’ambito di questo paragrafo. Per dirne solamente una: l’aver constatato che, nell’introduzione di determinate pene contrattuali, il legislatore italiano ha imitato (non i danni punitivi, ma altri) modelli

⁴²⁰ Ad onor del vero, non sembra pensarla in questo stesso modo la nostra giurisprudenza di legittimità. Così, dopo aver affermato che la presenza dell’art. 614-*bis* c.p.c. nell’ordinamento italiano consente di deliberare una decisione belga che commina l’*astreinte*, Cass. 15 aprile 2015, n. 7613 cit. ha escluso, in via di *obiter dictum*, che il medesimo argomento deponga in favore della riconoscibilità delle sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*. E, pur pronunciandosi in modo favorevole all’ingresso dei danni punitivi, Cass. ord. 16 maggio 2016, n. 9978 cit., omette qualsivoglia riferimento alla presenza nel nostro ordinamento di strumenti punitivi dell’illecito contrattuale.

stranieri potrebbe indirizzare la nostra attenzione verso un *comparans* comunque in grado di rivelare soluzioni adeguate a siffatti problemi⁴²¹; soluzioni – si tenga sempre bene a mente – che andranno poi sottoposte ad una successiva verifica dogmatica alla luce del diritto positivo.

6. – All’esito della comparazione tra *punitive damages* e pene pecuniarie private si è detto che il secondo elemento differenziale tra i due modelli attiene alla rispettiva fonte: i primi – o quanto meno il loro paradigma tradizionale, tuttora esistente negli Usa – hanno la loro fonte creativa ed altresì determinativa all’interno di una regola di formazione giudiziale; le seconde hanno sempre la loro fonte creativa nella legge, sebbene la loro concretizzazione richieda, in taluni casi, l’apporto di una fonte determinativa diversa dalla legge, la quale può consistere, ora, in un provvedimento giudiziale, ora, in un atto di natura negoziale.

Ciò ricordato, è possibile muovere oltre e – secondo lo schema argomentativo impiegato anche nel precedente paragrafo – tentare anzitutto di delineare le ragioni da cui deriva il predetto *discrimen*.

Nel procedere in questa direzione, conviene guardare, dapprima, ai *punitive damages*, posto che, da questo lato, la riflessione appare – seppure ciò possa suonare paradossale – più agile.

Ora, il primato che la fonte giurisprudenziale riveste in seno ai sistemi giuridici di *common law* è cosa a tal punto nota che non val la pena dedicarle qui più di un cenno. Tanto basta, del resto, a spiegare come mai i generici presupposti, da cui dipende l’imposizione di danni punitivi, siano il prodotto di una stratificazione di *legal rules* estratte dalle motivazioni delle sentenze, anziché essere cristallizzati, una volta per tutte, all’interno di un enunciato normativo.

Peraltro – come già si detto – l’esistenza di *regulae iuris* delineate da precedenti giurisprudenziali non impedisce al giudice singolo di compiere, in relazione a ciascun caso di specie, una propria valutazione di opportunità in ordine alla condanna ai *punitive*

⁴²¹ A sostegno di un simile impiego eventuale dell’argomento comparatistico, si consideri che il fatto che un istituto di diritto interno (*comparandum*) tragga addirittura origine da un determinato modello straniero (*comparandum*) rappresenta – oltre a quelle già viste – un’altra delle possibili giustificazioni su cui può fondarsi il *cherry-picking* (v. CANALE, *op. cit.*, 61 s.).

damages. Tale margine di discrezionalità rinviene una spiegazione nella logica remediale, che presiede la formazione della regola di diritto in seno alla *common law*. Detta logica comporta, infatti, che il contenuto del rimedio venga definito dalla corte, avendo riguardo alla specifica fattispecie sottopostagli, di modo che la reazione risulti sempre adeguata al bisogno di tutela concretamente lamentato dall'attore. E nel conferire all'organo decidente questo potere creativo, gli ordinamenti di *common law* gli riservano uno spazio per considerare ragioni di *policy* diverse dal mero ripristino della posizione soggettiva violata⁴²²; e tra queste rientra, per esempio, la valutazione relativa all'opportunità di punire in modo esemplare un certo comportamento, in ragione della sua particolare riprovevolezza, allo scopo di rivolgere al suo autore e a tutti gli altri un messaggio di deterrenza.

Lo strumento tecnico attraverso cui si realizza il congegno giudiziale produttivo di condanne ai danni punitivi, appena descritto, è rappresentato dalla dottrina dello *stare decisis*. Difatti, per un verso, essa determina un vincolo giuridico s'impone ad ogni giudice costringendolo ad applicare le *legal rules* espresse da sentenze precedentemente emesse da altri giudici in relazione a casi identici. Ma, per altro verso, la dottrina in parola concede ad ogni singola corte un margine per discostarsi dalla *legal rule* già formulata da altra corte, semplicemente affermando che il caso sottopostole non risulta identico, sotto il profilo fattuale, a quello anteriormente deciso da altre corti e che, pertanto, le decisioni da quelle dianzi rese non costituiscono vero e proprio precedente⁴²³.

Spostando ora l'attenzione sul fronte del diritto interno, occorre chiarire per quale ragione – e, precisamente, in obbedienza a quali principi giuridici – il legislatore italiano abbia cura di redigere una serie di dispositivi che contemplano l'autorizzazione a porre una determinata pena pecuniaria privata a carico dell'autore di un atto illecito.

A questo proposito, si può, anzitutto, escludere che la spiegazione di ciò risieda nel principio di stretta legalità espresso all'art. 25, comma 2, Cost. e nei suoi corollari, al cui rigoroso ambito le pene pecuniarie private non sono riconducibili. In questa direzione conducono infatti tutte le argomentazioni diffusamente esposte nella prima

⁴²² La stretta correlazione esistente tra logica dei rimedi e punitive damages è messa in luce da SMORTO, *Sul significato di "rimedi"* cit., 196.

⁴²³ Sul tema v. M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, Milano, 1994, 392 ss.

parte del presente capitolo. Ovvero, in sintesi: il fatto che il legislatore civilistico non rispetti il canone del *nullum crimen sine lege* nella configurazione della fattispecie cui si raccordano numerose pene pecuniarie private e scelga sovente di rimetterne la concretizzazione del precetto ad una fonte determinativa diversa dalla previsione normativa; e la dimostrazione che tale atteggiamento legislativo non comporti alcuna violazione del principio costituzionale di stretta legalità nella sua portata attuale.

Questa conclusione aveva lasciato aperto, allora, il problema dell'individuazione dei principi sottesi alla tipicità – si ricordi, in senso debole – dell'illecito da cui dipendono le pene pecuniarie private.

Per risolvere, ora, tale problema, occorre, in primo luogo, domandarsi se le pene pecuniarie private abbiano un aggancio all'interno della Costituzione (naturalmente, diverso dal secondo capoverso dell'art. 25 Cost.). A questo proposito, appare persuasiva la tesi, sostenuta da autorevole letteratura (civilistica e non), secondo cui la premessa di ordine costituzionale dell'intervento punitivo civilistico risiederebbe nell'art. 23 Cost. Stabilendo che « nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge », detta norma pone una riserva di legge. La natura relativa della riserva – per un verso – « riafferma la tipicità dell'illecito [...] e della relativa sanzione », ma – per altro verso – « non fissa il carattere di tassatività o di determinatezza della fattispecie »⁴²⁴. E, a questa stregua, quell'imperativo costituzionale si attaglia perfettamente alle modalità seguite dal legislatore nella strutturazione dei precetti contenenti pene pecuniarie private.

In secondo luogo, ci si deve chiedere se l'esistenza di specifici dispositivi giuridici in funzione sanzionatoria trovi un addentellato – oltreché sul piano costituzionale, anche – a livello di legislazione ordinaria. In proposito, convince l'opinione dottrinale che reputa che esso vada rinvenuto nel divieto di arricchimento senza causa e nell'esigenza che ogni spostamento di ricchezza risalga ad una giustificazione legale (arg. ex art. 2041 c.c.)⁴²⁵; ciò che, per contro, non si verificherebbe, laddove un giudice od un privato potessero di propria iniziativa imporre all'autore di un illecito civile di corrispondere

⁴²⁴ Così BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela* cit., 70.

Oltre al penalista Franco Bricola, rinvergono nell'art. 23 Cost. la premessa di ordine costituzionale della sanzione civile C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale* cit., 331; PONZANELLI, *I danni punitivi* cit., 28; e BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* cit., 246.

⁴²⁵ BARCELLONA, *op. cit.*, 141.

una somma di denaro in favore della vittima dello stesso, a prescindere dall'esistenza e dalla consistenza di un danno patito da quest'ultima.

Compendiando i fondamenti predetti, si può quindi concludere che la disciplina delle pene pecuniarie private – sebbene non soggiaccia al canone di stretta legalità – risulta comunque informata da un vincolo di legalità *tout court*, da un principio di legalità in senso lato. Segnatamente, tale vincolo si esplica nei riguardi del legislatore, imponendogli di enunciare i casi in cui le prestazioni sanzionatorie in parola possono essere liquidate e di definire – seppur a grandi linee – i confini della fattispecie illecita; e si esplica, altresì, nei confronti del giudice, obbligandolo ad attenersi alla fonte creativa legale senza oltrepassare i confini tracciati dal legislatore.

Il risultato appena guadagnato ci consente finalmente di districare il secondo nodo della questione dei « danni punitivi »; nodo che – come si ricorderà – attiene alla fondatezza di opinioni che, compiendo un richiamo all'esperienza statunitense dei *punitive damages*, caldeggiavano un ampliamento del potere punitivo giudiziale in ambito privatistico, allo scopo di colmare talune carenze del sistema della responsabilità civile.

Invero, per una parte, questo nodo è già stato dipanato nell'ambito delle considerazioni preliminari al presente studio. In quella sede, si è infatti detto che l'interprete non può fare un uso normativo dell'argomento comparatistico; ovvero, non può importare, di propria iniziativa, il modello straniero dei *punitive damages*, e pretendere di assegnare all'autorità giurisdizionale italiana il potere di creare strumenti punitivi privatistici, per via ermeneutica, ed in difetto di indici normativi in tal senso. L'impostazione positivista che informa il nostro ordinamento impedisce di immaginare i nostri giudici muniti di un potere (non scritto) identico a quello di cui dispone il giudice di *common law*.

Per contro – anche questo lo si è detto nel corso delle considerazioni preliminari – quel che il giurista può legittimamente fare è scandagliare il diritto interno, al fine di rinvenirvi « punti di contatto tra il nostro apparato rimediabile e l'istituto dei danni punitivi »⁴²⁶, ovvero figure giuridiche simili a questi ultimi; e soltanto nel caso in cui tale indagine sortisca esito positivo, egli può valutare se le figure riscontrate posseggano una capacità espansiva tale da consentirne un'estensione in via interpretativa e, perciò,

⁴²⁶ Così ci si era espressi, in sede di considerazioni preliminari, mutuando le parole di P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi* cit., 462.

un impiego – non identico, ma comunque – analogo a quello che gli ordinamenti di *common law* fanno dei *punitive damages*.

Questo, in sostanza, l'itinerario che abbiamo percorso fino a questo punto. E, alla luce delle indicazioni *medio tempore* raccolte, siamo ora in grado di affermare che i « punti di contatto [riscontrati] tra il nostro apparato rimediale e l'istituto dei danni punitivi » – ovverosia le pene pecuniarie private – non presentano le medesime potenzialità espansive dell'istituto nordamericano. Difatti, per un verso, l'esigenza di legalità sottesa alla disciplina delle pene pecuniarie private conferma l'infondatezza di ogni ricostruzione ermeneutica che, facendo esclusivamente leva sull'argomento comparatistico dei *punitive damages*, aspiri ad investire il giudice del potere di creare strumenti punitivi del tutto nuovi. E, per altro verso, detta esigenza di legalità determina, altresì, l'inammissibilità di operazioni interpretative tese ad aprire nuovi varchi alle iniziative giudiziali punitive, impiegando l'argomento comparatistico dei danni punitivi – seppure non in via esclusiva, comunque – a supporto di indici normativi che appaiono decisamente flebili, in quanto non conferiscono al giudice alcuna autorizzazione espressa ad imporre una punizione monetaria di natura privatistica oppure gli attribuiscono un potere più limitato di quello che si pretende di assegnargli in via interpretativa.

Ciò espresso su di un piano generale, conviene, ora, scendere nel dettaglio per evidenziare le criticità che presentano (almeno) alcune tra le forzature, realizzate dal diritto vivente, allo scopo di estendere la punizione pecuniaria di natura civilistica al di là i confini segnati dal diritto positivo.

Ora, la più diffusa tra queste forzature è anche quella che presenta – a nostro avviso – i difetti più evidenti. Si allude all'innesto di momenti punitivi in seno al risarcimento del danno (specialmente, ma non soltanto, del danno non patrimoniale). Rivelando una certa disinvoltura, una parte non piccola della giurisprudenza calcola l'ammontare della prestazione risarcitoria impiegando parametri di matrice penalistica (quali la gravità della condotta, l'intensità del dolo, la rilevanza dell'interesse leso, il profitto ottenuto dal responsabile, etc.); e, per tale via, essa inserisce tra le maglie del risarcimento del danno una pena pecuniaria privata, che va a confondersi con esso.

Concordando sull'opportunità di una siffatta modulazione del *quantum damni*, un autorevole studioso della responsabilità civile ha elaborato, a sostegno di questa pratica

giurisprudenziale, una base teorica che risulta dall'accostamento tra una peculiare interpretazione degli artt. 1226 e 2056 c.c. ed il "consueto" riferimento al modello dei danni punitivi⁴²⁷. Questa ricostruzione si fonda su una piegatura in funzione sanzionatoria del « doppio rimando » che lo statuto risarcitorio compie all'equità giudiziale. In particolare – secondo questa tesi – l'art. 1226 c.c., rimettendo alla valutazione equitativa dell'organo decisorio la liquidazione del « danno che non può essere provato », alluderebbe al « danno che ontologicamente non è suscettibile di prova, e che risiede nella gravità stessa della lesione antiggiuridica subita dalla vittima »; e l'art. 2056 c.c., consentendo l'apprezzamento equitativo di « tutte le circostanze del caso », autorizzerebbe il giudice a selezionare fattori, ulteriori e diversi dal danno, in grado di esprimere la gravità di detta lesione. Da queste norme – secondo l'autore – affiorerebbe l'autorizzazione, rivolta all'autorità giurisdizionale, a perseguire finalità punitive mediante il rimedio risarcitorio, similmente a quanto accade nei sistemi di *common law* con i *punitive damages*⁴²⁸.

La valorizzazione degli artt. 1226 e 2056 c.c. rappresenta – nella costruzione in parola – la chiave di volta per superare, « in senso dialettico », ogni dubbio relativo all'ammissibilità nel nostro ordinamento di « pene private, sanzioni civili o risarcimenti punitivi » di formazione pretoria, oltre le ipotesi particolari ammesse dal legislatore. Difatti, la rilettura in chiave punitiva di norme appartenenti allo statuto risarcitorio finisce per aprire al giudice la possibilità di scegliere se impiegare la punizione pecuniaria, ogniqualvolta accerti un fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. (o un inadempimento *ex art.* 1218 c.c.).

Venendo ora ai profili critici di questa elaborazione dottrinale, si può cominciare col denunciare, in primo luogo, la debolezza del suo perno dogmatico, il quale consiste, sostanzialmente, in un travisamento dell'accezione con cui la nozione di equità è impiegata all'interno degli artt. 1226 e 2056 c.c.⁴²⁹ Invero, l'equità cui alludono queste norme è equità integrativa e non – come si pretende di dire – equità sostitutiva. Perciò,

⁴²⁷ Ci si riferisce, in particolare, alla tesi formulata da MONATERI, *op. cit.*, 228-230 e 245-250.

L'accostamento compare anche nella recente Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, cit., che al fine di dimostrare la compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano fa riferimento all'art. 1226 c.c. il quale rimetterebbe « la determinazione del *quantum* » a « scelte giudiziali equitative che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato ».

⁴²⁸ Precisamente, il riferimento ai danni punitivi si trova a p. 228 ed alla nt. 276 di MONATERI, *op. ult. cit.*

⁴²⁹ Corretto, sebbene provocatorio, è il commento che BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* cit., 240, fa a proposito della costruzione ermeneutica di Monateri: essa – afferma il giurista pisano – « ha il sapore dell'alchimia, piuttosto che il senso della dialettica ».

essa si traduce in un invito che il legislatore rivolge al giudice, affinché questi cooperi tecnicamente alla perfetta realizzazione della corrispondenza tra risarcimento e danno; e non – come ritiene l’opinione in parola – un’autorizzazione a compiere scelte di *policy*, introducendo nelle pieghe dell’obbligazione risarcitoria prestazioni pecuniarie punitive nuove e diverse da quelle espressamente ammesse in altri luoghi normativi⁴³⁰.

In secondo luogo, contro la teoria qui avversata, depone la considerazione di carattere sistematico secondo cui il legislatore, laddove autorizza la comminatoria di pene pecuniarie private, ha sempre cura di distinguere la prestazione punitiva da quella risarcitoria; mostrando, così, una certa riluttanza a consentire operazioni giurisprudenziali che mascherino una pena sotto la veste di qualcosa che pena, invero, non è⁴³¹.

In terzo luogo, si deve sottolineare che la debolezza dogmatica della costruzione in parola non può trovare un sostegno adeguato nell’argomento comparatistico dei *punitive damages*, posto che questi – come si è ritenuto di dover e poter dimostrare nella fase preliminare al presente studio – non sono prestazioni pecuniarie punitive irrogate a titolo di risarcimento del danno, bensì prestazioni pecuniarie punitive irrogate a titolo di punizione civile.

Per l’eventualità che quanto esposto finora non bastasse a spegnere le voci a sostegno della pratica dei risarcimenti punitivi, si può aggiungere una quarta considerazione, di

⁴³⁰ In questo senso, si pronuncia la dottrina maggioritaria: v., *ex multis*, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1997, 207; BRECCIA, *op. cit.*, 653; C. M. BIANCA, *sub art. 1226 c.c., Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, 321. Ed altresì la prevalente giurisprudenza: v. le recenti Cass. 19 novembre 2013, n. 25912, in *Foro it.*, 1187; Cass. 29 maggio 2013, n. 13458, in *Studium iuris*, 2014, 1, 97; Cass. 8 maggio 2013, n. 10891, in *Corr. giur.*, 2014, 6, 811.

⁴³¹ Lo osserva anche BARCELLONA, *op. cit.*, 139.

Il legislatore sembrerebbe non impiegare il consueto rigore discreetivo nella formulazione dell’art. 187-undecies d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico dell’intermediazione finanziaria) che – rubricato *Facoltà della Consob nel procedimento penale* – così recita: « [n]ei procedimenti per i reati previsti dagli artt. 184 [abuso di informazioni privilegiate] e 185 [manipolazione del mercato], la Consob esercita i diritti e le facoltà attribuite dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato.

La Consob può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all’integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa tenendo comunque conto dell’offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell’entità del prodotto e del profitto del reato ».

Deve essere, tuttavia, precisato che nemmeno in questo caso il legislatore autorizza il giudice ad inserire tra le maglie del risarcimento del danno una dimensione punitiva occulta. Semmai, il legislatore autorizza qui l’imposizione giudiziale di una pena pecuniaria privata vera e propria, definendola impropriamente ‘riparazione dei danni cagionati dal reato all’integrità del mercato’ (così GRANELLI, *op. cit.*, 1771).

ordine teleologico. La punizione – lo si è già detto anche in altra sede – non si presenta mai da sola, ma si presenta sempre legata alla deterrenza. Segnatamente, la prima costituisce lo strumento attraverso cui si realizza la seconda. Ora, per tendere a questo scopo, l'intervento punitivo (di qualsivoglia natura esso sia) deve rappresentare un monito per il trasgressore della norma e per la collettività; il che significa che il suo risultato deve risultare ben visibile agli occhi dell'uno e dell'altra. E, mentre ciò, evidentemente, accade nel caso delle pene pecuniarie private e dei danni punitivi, altrettanto non può certo dirsi per l'inserzione surrettizia di componenti punitive all'interno del risarcimento del danno. Sicché, in definitiva, si può affermare che la costruzione ermeneutica qui censurata (non solo presenta un fondamento giuridico debole, ma) risulta altresì inadeguata a raggiungere il suo medesimo scopo.

Sebbene non presenti pecche altrettanto numerose ed evidenti, non può essere condivisa nemmeno la proposta – formulata in dottrina, ma alimentata dall'ambiguità di talune massime giurisprudenziali – che consiste nell'incrementare i poteri punitivi del giudice civile, sfruttando « le potenzialità insite nel nuovo rimedio » sancito dall'art. 96, comma 3, c.p.c. In particolare, ciò che viene suggerito è un ampliamento dello spettro applicativo della norma, tale da consentire l'irrogazione della pena pecuniaria, ivi prevista, non in relazione « [al]le sole condotte abusive realizzate *nel* processo, [ma] anche [a] quelle collocate *alla base* di esso »; di modo da realizzare « un più intenso coinvolgimento del diritto e del processo civile nell'azione continua di monitoraggio sulle devianze sociali », un coinvolgimento, insomma, analogo a quello che viene realizzato in alcuni Paesi esteri mediante i danni punitivi⁴³².

Ora, si deve ammettere che l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. potrebbe, in effetti, apparire *prima facie* una breccia adeguata a far penetrare, in seno al nostro ordinamento, rimedi punitivi di stile statunitense. Difatti – in primo luogo – tale disposizione autorizza l'imposizione di una pena pecuniaria privata da sola o accanto all'obbligazione risarcitoria, e non all'interno di quest'ultima; che – come ripetuto più volte – è ciò che si verifica anche per i *punitive damages*. E – in secondo luogo – la fattispecie dell' « agire o resistere in giudizio con mala fede o colpa grave » (descritta

⁴³² Il virgolettato è tratto da QUARTA, *op. cit.*, 398, artefice della costruzione ermeneutica da noi avversata nel testo. Nel formulare tale proposta, l'a. fa leva su alcune massime giurisprudenziali che, non curandosi del rispetto della *voluntas legis*, affermano che la definizione del campo di applicazione dell'art. 96, comma 3, c.p.c. è totalmente rimesso alla sensibilità giudiziale (per i riferimenti, v. la giurisprudenza citata dallo stesso QUARTA, *op. loc. ult. cit.*, nt. 919).

dal primo e presupposta dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c.) è sfumata ad un punto tale da far residuare in capo al giudice un margine discrezionale, nella scelta dei contegni meritevoli di pena, così lato da rievocare quello di cui dispone il giudice di *common law*.

Tuttavia, per spegnere una simile immaginazione, è sufficiente ricordare che la disciplina delle “nostre” pene pecuniarie private è informata dal principio di legalità (in senso lato, *ex artt. 23 Cost. e 2041 c.c.*); e che, sebbene detto principio consenta al legislatore di tracciare confini meno nitidi rispetto a quelli che egli delinea attraverso le norme penalistiche, il giudice, per parte sua, resta comunque obbligato a rispettare i confini così tracciati e ad evitare di dilatarli ulteriormente. E, considerato che nel delineare la fattispecie, da cui dipende la comminatoria della prestazione sanzionatoria di cui all'art. 96 comma 3, c.p.c., il legislatore ha impiegato l'espressione « *in giudizio* », risulta chiaro che il giudice non può – a dispetto di quel che la tesi avversata gli si suggerisce di fare – volgere la propria attenzione *al di fuori del giudizio* per selezionare ivi i comportamenti meritevoli di pena.

La terza ed ultima forzatura interpretativa, con cui occorre confrontarsi, consiste nella recente creazione, da parte della giurisprudenza di legittimità, dell'eccentrica figura del “danno comunitario”⁴³³. Questa peculiare operazione di ingegneria giuridica è stata realizzata dalla S.C., nel settore giuslavoristico, allo scopo di ovviare ad una situazione normativa che può essere riassunta nel modo seguente.

Ottemperando a vincoli provenienti dal diritto comunitario⁴³⁴, la legislazione italiana ha previsto, per l'ipotesi del ricorso abusivo a contratti di lavoro a termine nel settore privato, sia la conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato che la condanna del datore di lavoro a pagare al lavoratore un'indennità la cui misura è fissata tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, ed il cui versamento del tutto prescinde dall'esistenza e dalla

⁴³³ Sebbene non sia ancora sufficientemente noto, il fenomeno è tutt'altro che marginale: dopo essere stata affermata a più riprese dalla sezione lavoro della Corte di Cassazione (v. Cass. 3 luglio 2015, n. 13655, disponibile su www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com; Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481 disponibile su dirittocivilecontemporaneo.com), la categoria del ‘danno comunitario’ è stata recentemente accolta da Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, disponibile su www.leggiditalia.it.

⁴³⁴ Precisamente tali vincoli discendono dalla dir. 1999/70/Ce adottata per dare attuazione ad un accordo quadro, tra le associazioni sindacali comunitarie, volto ad eliminare l'impiego abusivo di contratti di lavoro a termine. La direttiva lascia alla discrezionalità dei legislatori nazionali la possibilità di scegliere le misure adeguate per raggiungere detto obiettivo.

consistenza di un danno⁴³⁵; ossia, in breve, una tutela reale ed una pena pecuniaria privata. Diversamente, e malgrado la sussistenza dei medesimi obblighi comunitari, la legislazione italiana non ha stabilito alcuno di questi rimedi per il parallelo caso del ricorso abusivo a contratti di lavoro a termine nel settore pubblico: non la conversione in rapporto *sine die*, atteso che l'adozione di questo rimedio contrasterebbe con il principio sancito dall'art. 97, comma 4, Cost., il quale impone che il reclutamento del personale della P.A. avvenga mediante concorso pubblico; e – per ragioni assai meno chiare – neppure è prevista l'imposizione di una pena pecuniaria privata in capo al datore di lavoro; sicché, *de iure condito*, l'unico strumento a disposizione del lavoratore pubblico, illegittimamente assunto a tempo determinato, risulta essere il risarcimento del danno⁴³⁶.

L'assetto rimediabile predisposto dal nostro ordinamento in relazione al rapporto di lavoro pubblico con termine abusivo è – secondo la Corte di giustizia – incompatibile con il diritto dell'Unione europea⁴³⁷; e, a questa stregua – come è noto – la normativa vigente è, altresì, costituzionalmente illegittima per violazione del parametro interposto contenuto nel primo comma dell'art. 117 Cost.

Dinanzi ad un quadro siffatto, il giudice nazionale che, al fine di definire il giudizio davanti a lui pendente, debba necessariamente applicare la disciplina in materia di contratto di lavoro con termine abusivo alle dipendenze della P.A., dovrebbe sollevare un incidente di costituzionalità. A meno che, egli non riesca ad immaginare una soluzione interpretativa tale da rendere detta disciplina conforme alla Costituzione, ovvero, in questo specifico contesto, compatibile con il diritto dell'Unione europea.

È questa seconda la via che la nostra giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di poter percorrere escogitando lo stratagemma del “danno comunitario”. Stratagemma realizzato mediante la trasposizione al rapporto di lavoro pubblico a tempo determinato

⁴³⁵ Cfr. l'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183.

⁴³⁶ Cfr. l'art. 36, comma 5, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Precisamente, secondo Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072 cit., si tratta del danno subito dal lavoratore in correlazione alla perdita della chance di trovare, perseguendo altre vie, impieghi alternativi a tempo indeterminato. Un danno, dunque, assai arduo da provare in giudizio; ciò che indebolisce ulteriormente gli strumenti rimediali a disposizione del lavoratore assunto a termine da parte della P.A.

⁴³⁷ Difatti, nonostante la direttiva rimetta ai legislatori statali la selezione delle misure idonee a contrastare l'abuso del lavoro a tempo determinato, la Corte di giustizia – nell'ordinanza 12 dicembre 2013 Papalia, C-50/13 – ha precisato che, per essere idonee, le misure prescelte debbono risultare sufficientemente proporzionate, efficaci e dissuasive ed ha ulteriormente puntualizzato che tale non risulta il solo risarcimento del danno.

dell'indennità forfetizzata, che il legislatore ha espressamente previsto nell' « ambito normativo omogeneo, sistematicamente coerente e strettamente contiguo » del rapporto di lavoro privato a tempo determinato. Soluzione – a detta della cassazione – imposta dall'esigenza di esprimere « anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria » come richiesto dalla Corte di Giustizia⁴³⁸.

Ora, da quanto detto, appare manifesto che il “danno comunitario”, a dispetto del suo nome, nulla ha a che vedere con il danno in senso tecnico e che tale figura consiste, semmai, in una prestazione monetaria irrogata a titolo di punizione, la quale si affianca all'obbligazione risarcitoria vera e propria⁴³⁹. Si tratta, cioè, di una pena pecuniaria privata che rassomiglia al modello dei *punitive damages*; modello a cui, naturalmente, la Corte non omette di compiere il “consueto” accenno.

Esaurita la descrizione di questa costruzione giurisprudenziale, resta da dire delle sue criticità. E, a questo proposito, si può osservare che anch'essa, come le altre due viste in precedenza, stride con il principio di legalità che informa la disciplina delle pene pecuniarie private.

Sebbene la giurisprudenza di legittimità professi la figura del “danno comunitario” quale esito di un' *interpretazione* costituzionalmente orientata, essa appare, a ben vedere, il risultato di un'operazione di *integrazione* del diritto. Infatti, per giungere all'elaborazione di tale categoria, la S.C. non si è limitata ad attribuire ad una disposizione legislativa uno dei significati che essa obiettivamente ha; bensì, ha provveduto a formulare una norma inespressa, ossia una norma che non costituisce il significato di alcuna disposizione legislativa⁴⁴⁰. Ma, così facendo, essa ha creato una prestazione patrimoniale di fonte pretoria che – da un canto – non rispetta la riserva che l'art. 23 Cost. pone in favore della legge⁴⁴¹ e – da altro canto – determina un

⁴³⁸ Virgolettato tratto dalla motivazione della sentenza della Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072 cit.

⁴³⁹ Dev'essere precisato che il cumulo tra indennità e risarcimento non risulta da alcun indice legislativo: difatti, nella disciplina parallelamente adottata dal legislatore in materia di ricorso abusivo di contratti di lavoro a termine nel settore privato, l'indennità sostituisce il risarcimento del danno e non si aggiunge ad esso. Detto cumulo viene affermato da Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072 cit., al fine di creare un assetto rimediabile dotato di maggiore forza dissuasiva; operazione creativa che appare francamente di dubbia legittimità, per le ragioni che si diranno appresso nel testo.

⁴⁴⁰ Questo è il *discrimen* tra interpretazione e integrazione tracciato da GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi* cit., 81 s.

⁴⁴¹ Si badi che non possono essere considerati equipollenti del legislatore nazionale le istituzioni dell'Unione europea. Lo impedisce il persistente *deficit* di democraticità ad esse sotteso. Per questa ragione, non valgono a sovvertire la nostra opinione i molteplici cenni che la giurisprudenza di legittimità qui censurata compie all'esigenza di rispettare il diritto comunitario e di attuare gli *inputs* provenienti dalla Corte di giustizia.

arricchimento del lavoratore sprovvisto di una giustificazione legale (arg. ex art. 2041 c.c.); ovvero, in sintesi, una pena giurisprudenziale che contrasta con il principio di legalità. Epilogo, questo, che si sarebbe peraltro potuto evitare scegliendo di imboccare la strada maestra dell'incidente di costituzionalità.

Prima di lasciare quest'analisi critica, conviene trarre da essa un insegnamento utile allo studio che qui si conduce.

L'asistematicità originaria del sistema delle pene pecuniarie private e la conseguente ignoranza dei principi ad esse sottesi; la tendenza a ricondurre ogni forma di reazione all'illecito civile al sistema, imperniato su di una clausola generale, della responsabilità civile; l'indebita sovrapposizione tra *punitive damages* e risarcimento punitivo: sono questi gli ingredienti che, mescolati in dosi di volta in volta variabili, consentono la creazione in via interpretativa di "danni" che non sono veri danni, bensì pene pecuniarie private sempre atipiche e, talora, per giunta occulte.

Siffatti prodotti ermeneutici violano il principio di legalità: lo si è riusciti dimostrare, nell'ambito della presente ricerca, liberandosi, fin dall'inizio, dal condizionamento esercitato dal sistema del risarcimento del danno. Ovvero – come si ricorderà – avendo, sin da principio, cura di tracciare il confine che intercorre tra l'area occupata dalla responsabilità civile e la zona in cui si situano figure distinte da essa. Figure che, poi, si è scoperto essere connotate da un'autonomia ed un'omogeneità tali da consentirne la riconduzione entro una categoria unitaria: quella delle pene pecuniarie private. Ed infine la presa di coscienza di queste ultime ha consentito di rivelare che esse sono informate da un'esigenza di legalità che – per un verso – impone una tipizzazione (anche se debole) dell'illecito e – per altro verso – non ammette la creazione in via ermeneutica di pene pecuniarie atipiche mascherate sotto l'etichetta di "danni".

Da quanto detto ci sembra che emerga evidente l'inopportunità di fare adesso sbiadire di nuovo il confine, tanto faticosamente, apposto tra il sistema della responsabilità civile ed il sistema delle pene pecuniarie private, sostituendo al nome finora impiegato quello nuovo di 'danni punitivi'. Nome che, oltretutto, evocando il modello pretorio di *common law*, potrebbe andare ad alimentare le forzature interpretative, qui avversate proprio perchè tese ad assegnare al giudice civile poteri punitivi eccedenti quelli legali.

7. – La circostanza che nel sistema giuridico italiano l'imposizione di pene pecuniarie private sia subordinata a un'apposita autorizzazione normativa appare, altresì, in grado di condizionare la soluzione del terzo nodo in cui si articola la questione dei « danni punitivi ». In particolare, il fatto che la tipicità (in senso debole) delle figure in parola rappresenti il precipitato del principio di legalità (in senso lato) fa sorgere seri dubbi in merito alla possibilità di riconoscere sentenze statunitensi che condannano al pagamento di una prestazione pecuniaria a titolo di *punitive damages*, a prescindere da qualsivoglia previsione in tal senso da parte del legislatore. È infatti logico desumere che l'ingresso nel nostro ordinamento di una condanna nordamericana ai danni punitivi resterebbe irrimediabilmente precluso, laddove dovesse essere dimostrato che la riserva relativa di legge fissata dall'art. 23 Cost. e la preclusione di arricchimenti ingiustificati di cui all'art. 2041 c.c. – oltre ad informare la disciplina delle “nostre” pene pecuniarie private – fanno parte, altresì, della gamma dei principi che danno corpo alla clausola generale di ordine pubblico.

Ora, va detto che il compito di ponderare i valori che affiorano dal sistema giuridico nazionale, in vista di un loro eventuale inserimento nella nozione di ordine pubblico, appartiene all'apprezzamento discrezionale del giudice. Infatti, è a quest'ultimo che la legge affida il delicato compito di salvaguardare l'armonia e la coerenza interna dell'ordinamento⁴⁴². E se le riflessioni della letteratura internazionalprivatistica possono assumere (quantomeno) un ruolo di supporto per l'assolvimento di detto compito giudiziale, questo stesso ruolo non si addice alle specifiche competenze del privatista⁴⁴³. Per queste ragioni, appare preferibile esimersi qui dall'esprimere una valutazione in merito alla connotazione essenziale o meno dei principi fissati dall'art. 23 Cost. e 2041 c.c. e, perciò, anche dal fornire una soluzione unica e definitiva in ordine alla riconoscibilità di prestazioni punitive create da un giudice civile estero.

Pertanto, l'opportunità di compiere questo *self restraint* non impedisce di indicare quali siano le risposte possibili a detti interrogativi e tentare di immaginarne i riflessi eventuali.

⁴⁴² V. MOSCONI e CAMPIGLIO, *op. cit.*, 265.

⁴⁴³ Sulle difficoltà dei privatisti di “maneggiare” concetti di diritto internazionale privato e processuale come quello di ordine pubblico v. D. RICOLO, *Ordine pubblico*, in *Trattato di diritto internazionale privato e comunitario* cit., 623.

Così, in primo luogo, si può ipotizzare che il giudice del riconoscimento assuma una posizione di chiusura ed affermi che la regola costituzionale in base a cui l'imposizione di una prestazione patrimoniale necessita di un'autorizzazione legislativa ed il principio civilistico secondo cui ogni spostamento di ricchezza deve risalire ad una giustificazione legale rientrano tra i valori di ordine pubblico.

È ragionevole immaginare che da una simile statuizione deriverebbe l'innalzamento di una barriera difficilmente oltrepassabile non soltanto per i *punitive damages*, ma per qualsiasi obbligazione pecuniaria che, come quelli, tragga origine da una *regola iuris* di formazione pretoria. E, perciò, è anche possibile credere che tale ostacolo rischierebbe di frapporsi finanche alle sentenze comminatorie di *compensatory damages*, posto che negli ordinamenti di *common law* l'obbligo di risarcire il danno causato da un fatto illecito non discende da una fonte legale (qual è il nostro art. 2043 c.c.), ma si riconnette ad un'articolata serie di *torts* che rappresenta il risultato di una stratificazione realizzata ad opera delle corti⁴⁴⁴.

Peraltro, occorre sottolineare che l'inclusione dei summenzionati principi nella clausola generale dell'ordine pubblico dovrebbe in ogni caso lasciare aperto uno spiraglio per l'ingresso nell'ordinamento italiano di versioni di danni punitivi – diverse da quella con cui, fino ad oggi, si sono dovuti confrontare i nostri giudici ed assunta, perciò, quale referente della nostra riflessione comparativa – che rinvergono la propria fonte creativa all'interno di una disposizione di legge, esattamente come accade per le nostre pene pecuniarie private. La scarsa consapevolezza che la nostra cultura giuridica sembra avere dell'esistenza di questi modelli “legalizzati” di danni punitivi rende opportuno tratteggiarne un sintetico panorama; a tacer d'altro, nella prospettiva, nient'affatto remota, che vengano formulate in futuro richieste di riconoscimento di condanne aventi ad oggetto taluno di essi.

Senza ancora lasciare gli Stati Uniti, si può menzionare, anzitutto, la peculiare versione di danni punitivi presente nel diritto della Louisiana. È piuttosto noto che questa giurisdizione nordamericana rappresenta una sorta di ibrido, che risulta dalla contaminazione reciproca tra caratteristiche del modello di *common law* e tratti del modello di *civil law*. Per contro, decisamente meno noto è che tale duplice natura emerge plasticamente proprio nelle modalità attraverso cui l'ordinamento della

⁴⁴⁴ V. MATTEI, *Il modello di Common Law* cit., 224: l'A. sottolinea la stretta connessione tra la *tort law* e l'antico sistema processuale dei *writ*.

Louisiana regola il ruolo della disposizione legislativa e del provvedimento giudiziale nella creazione di danni punitivi. Al fine di descrivere dette modalità, torna, ancora una volta, utile la distinzione concettuale tra fonte creativa e fonte determinativa. Per quanto concerne la prima, si può osservare che nella *law of punitive damages* della Louisiana esiste una regola generale, secondo cui la liquidazione di danni punitivi è ammessa soltanto nelle ipotesi espressamente autorizzate da uno *statute*. La regola generale ora detta, tuttavia, non è fissata in un testo scritto, legislativo o costituzionale, ma risulta dalla *ratio decidendi* di una sentenza emessa dalla Louisiana Supreme Court ad inizio Novecento⁴⁴⁵, pronuncia a cui, fino ad ora, si sono sempre conformati i giudici statali nelle decisioni rese⁴⁴⁶. Insomma, una *regula iuris* giurisprudenziale individua nella disposizione di legge la fonte creativa dei *punitive damages*. E ciò evidenzia l'intersezione tra *common law* e *civil law* sottesa al sistema giuridico dello Stato in parola. Riguardo alla fonte determinativa, va osservato che le leggi della Louisiana contengono previsioni normative che – strutturate come le “nostre” figure legislative di pena pecuniaria privata – enunciano una determinata fattispecie illecita e vi ricollegano una data conseguenza sanzionatoria. Esemplicando, si può citare l'art. 2315.4 del *civil code* della Louisiana, il quale autorizza l'imposizione di *exemplary damages* a carico di colui che abbia cagionato un danno ad altri, manovrando un veicolo a motore in stato d'ebbrezza (*intoxication*) e con atteggiamento di deliberato disinteresse verso i diritti e la sicurezza altrui (*wanton or reckless disregard for the rights and safety of the others*); oppure si può menzionare l'art. 2315.7 del medesimo codice, il quale stabilisce che può esser condannato ai danni punitivi chi abbia causato una lesione ad un minore di diciassette anni, compiendo con questo atti sessuali (*sexual activity*), e mostrando un deliberato disinteresse verso i diritti e la sicurezza altrui (*wanton or reckless disregard for the rights and safety of the others*). Ora, quantunque precisa, la descrizione della fattispecie compiuta da queste norme contiene espressioni – quali, per esempio, le evidenziate *intoxication*, *sexual activity*, *wanton or reckless disregard* – che presentano un'area di indeterminatezza semantica. In tal modo, la disposizione legislativa comminatoria di danni punitivi finisce per lasciare taluni spazi aperti all'insinuarsi

⁴⁴⁵ La sentenza è *McCoy v. Arkansas Natural Gas Co.*, 85 A.L.R. 1147 (1932) ove si legge: « *[t]here is no authority in the law of Louisiana for allowing punitive damages in any case, unless it be for some particular wrong for which a statute expressly authorizes the “imposition of some such penalty”* ».

⁴⁴⁶ V. ad esempio *Naquin v. Fluor Daniel Services Corp.*, 935 F. Supp. 847 (E.D. La. 1996); e *Karavokiros v. Indiana Motor Bus Co.*, 524 F. Supp. 385 (E.D. La. 1981).

dell'apprezzamento discrezionale del giudice nella specificazione del comportamento vietato. E di questi spazi – fa notare la letteratura giuridica americana – le autorità giurisdizionali tendono ad approfittare grandemente a causa dell'influenza che esercita su di esse la cultura giuridica di *common law*⁴⁴⁷. Sicché, anche sul piano della fonte determinativa dei danni punitivi, affiora manifestamente il carattere ibrido del diritto della Louisiana.

Ulteriori versioni “legalizzate” di danni punitivi si trovano, poi, nel diritto positivo di Paesi che hanno realizzato un *legal transplant* dell'originario modello anglo-americano dell'istituto. Al fine di segnalarne alcuni esempi, tornano nuovamente utili le nozioni – già impiegate per descrivere la circolazione dei *punitive damages* – di *oktroyerte Rezeption* e di *Rezeption*.

Come si ricorderà, la prima espressione può essere utilizzata per indicare le vicende di trasposizione del modello dei danni punitivi realizzate all'interno di ordinamenti, a cui la cultura giuridica anglo-americana è stata imposta ai tempi e per il tramite della dominazione politica. A quanto già detto, si deve aggiungere ora che, in tali casi, la trasmissione del modello di *common law* non è sempre avvenuta, sfruttando il canale della giurisprudenza, ovvero sia la fonte caratterizzante di tale modello. L'assenza di Corti servite da giudici tecnici nei Paesi conquistati ha suggerito, talvolta, al conquistatore inglese o americano di impiegare il canale della legislazione per la trasmissione del proprio diritto⁴⁴⁸. Sicché, tra i modelli di *punitive damages* sorti per via di *oktroyerte Rezeption*, ve ne sono alcuni che hanno fonte creativa nella legge (ad esempio, quello neozelandese o quello australiano)⁴⁴⁹.

Dalla previsione astratta di legge traggono, inoltre, origine talune versioni di *punitive damages* emerse a seguito di fenomeni di *Rezeption*, ovvero di imitazioni operate da parte di ordinamenti liberi da condizionamenti imperialistici pregressi. In particolare – lo si è già detto nel primo capitolo – è stato il crescente prestigio del sistema giuridico nordamericano il principale veicolo di diffusione spontanea dell'idea dell'opportunità e dell'ammissibilità di condanne civili punitive. Ed è, sulla scorta del modello

⁴⁴⁷ Lo osservano JOHN W. DEGRAVELLES e J. NEALE DEGRAVELLES, *Louisiana Punitive Damages. A conflict of Traditions*, in 70 *Louisiana L. Rev.* (2010), 613 ss.

⁴⁴⁸ Lo spiega MATTEI, *Il modello di common law*, cit., 243.

⁴⁴⁹ Conviene precisare che restano, comunque, numerosi i modelli di danni punitivi che, sorti per recezione forzata, hanno fonte creativa e determinativa nel provvedimento giurisdizionale: così per esempio è nella versione cipriota, australiana, neozelandese, canadese (eccezion fatta quella del Quebec), dell'istituto.

statunitense, che taluni legislatori di ordinamenti di matrice *civilian* hanno scelto di introdurre previsioni normative specificamente volte ad autorizzare l'imposizione giudiziale di danni punitivi a fronte del compimento di determinati fatti illeciti (così hanno fatto, per esempio, il legislatore argentino o quello cinese).

Non si può abbandonare questo *excursus* senza, prima, avere dato conto delle riserve maturate negli stessi Stati Uniti, in merito all'opportunità che un giudice possa creare, di propria iniziativa, rimedi punitivi; riserve che rinvergono una prova tangibile nelle non poche proposte formulate al fine di promuovere un intervento normativo sulla materia dei *punitive damages*⁴⁵⁰. Ma, soprattutto, non si può chiudere senza aver ricordato che nel Regno Unito la legificazione dei danni punitivi non rappresenta, ad oggi, un mero scenario, bensì costituisce una realtà, oramai, consolidata. Per comprendere come la *law of exemplary damages* sia addivenuta a questo esito, occorre risalire alla celebre *opinion* che Lord Devlin formulò nel 1964, al fine di dare un giro di vite alla diffusa prassi della sovracompensazione del *plaintiff*⁴⁵¹. Nel circoscrivere ad un ristretto novero di casi l'ammissibilità di danni esemplari, il giudice londinese menzionò, tra le eccezioni, l'ipotesi in cui la legge ne autorizzi espressamente la liquidazione. La grande fortuna successivamente riscossa da tale *opinion* ha comportato – da un lato – una drastica riduzione delle condanne punitive e – da altro lato – un vistoso incremento di *statutes* che contemplano un'espressa regolamentazione degli *exemplary damages*⁴⁵². Ne risulta che la versione inglese dell'istituto appare attualmente molto distante dal suo archetipo

⁴⁵⁰ A titolo esemplificativo, si possono citare il *Model Uniform Products Act*, 44 Fed Reg 62, 714 (1979) che contiene una bozza di legislazione della materia dei *punitive damages* riferita allo specifico settore della *product liability*; ed i modelli contenuti nell'Alliance of American Insurers, *Current Issues: Civil Justice* (1984), e nel Defense Research Institute monograph, *The Case Against Punitive Damages* (1969) i quali contemplano, invece, una regolamentazione adirittura organica dei danni punitivi.

⁴⁵¹ Per una sintesi dell'*opinion* espressa da Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard* si veda *supra* cap. I, nt. 5.

⁴⁵² Tra le tante, risulta particolarmente interessante la previsione statutaria degli *exemplary damages* – contenuta nelle *sections* 34-39 del *Crime and Courts Act* (2013) – per l'ipotesi di una condotta di diffamazione a mezzo stampa che presenti profili di particolare riprovevolezza. Tale figura normativa appare, sotto il profilo della fattispecie e dell'effetto giuridico, assai simile a quella italiana della riparazione pecuniaria per diffamazione a mezzo stampa stabilita dall'art. 12 l. 47/1948. Un *discrimen* tra le due figure risiede nel diverso grado di dettaglio con cui la legge delinea il regime giuridico. Infatti, e sorprendentemente, il legislatore britannico ha avuto una cura decisamente maggiore del nostro, affrontando e risolvendo problemi come quello legato alla sussistenza di una pluralità di persone offese (v. *section* 37) o al concorso di più soggetti responsabili (v. *section* 38).

originario. Archetipo che si conserva soltanto nel diritto statunitense⁴⁵³: almeno per il momento.

Conclusa questa digressione comparatistica, veniamo, ora, al secondo dei possibili esiti in cui potrebbe sfociare il giudizio di delibazione di una sentenza comminatoria di *punitive damages*, ed ai suoi ipotizzabili riflessi.

Il giudice del riconoscimento potrebbe escludere che la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. ed il divieto di arricchimenti ingiustificati di cui all'art. 2041 c.c. siano principi di ordine pubblico.

Sembra, anzitutto, ovvio che la soluzione in parola finirebbe per spalancare le porte del sistema giuridico italiano ad ogni versione dei *punitive damages*; ivi compresa, dunque, anche la versione statunitense di tale modello, sebbene questa rinvenga la propria fonte creativa in una regola di formazione giurisprudenziale.

D'altro canto, è bene precisare che – se realizzata seguendo l'impostazione suggerita nel corso del presente studio – l'apertura ad un modello giudiziale di danni punitivi non potrebbe portare seco alcun argomento in favore della prassi – invalsa presso la nostra giurisprudenza e legittimata da alcuna dottrina – di inserire, surrettiziamente, tra le maglie del risarcimento del danno un'ulteriore somma con funzione repressiva.

A riprova di ciò, si noti che – ove venisse condivisa la nostra premessa, secondo cui i danni punitivi non s'identificano con risarcimenti punitivi, bensì con prestazioni pecuniarie irrogate a titolo di punizione civile – la successiva ed eventuale statuizione di compatibilità dell'istituto di matrice angloamericana con l'ordine pubblico nulla potrebbe dire in merito alla ricostruzione ermeneutica del sistema italiano di responsabilità civile e, perciò, neppure potrebbe metterne a repentaglio l'esclusiva essenza compensativa.

Inoltre, occorre considerare che stabilire che un modello giuridico straniero è compatibile con il modo d'essere dell'ordinamento non significa affatto negare che tra il primo ed il secondo sussistano profili di diversità. Pertanto – per quel che qui interessa –

⁴⁵³ Migliore conservazione che dipende da due fattori correlati: il primo consiste nel fatto che i *punitive damages* rappresentano una tipica espressione del modello giuridico di *common law* (significativo in questo senso è il seguente passaggio di *Molzof v. United States*, 502 U.S. 301, 306 (1992): « [i]t is a well established principle of the common law, that in actions of trespass and all actions on the case for torts, a jury may inflict what are called exemplary, punitive, or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offense rather than the measure of compensation to the plaintiff »); il secondo fattore risiede nella circostanza che l'ordinamento che conserva maggiormente inalterati i tratti del modello giuridico di *common law* è quello statunitense.

si deve precisare che ammettere la riconoscibilità di una versione giurisprudenziale dei *punitive damages* non implicherebbe, altresì, rimettere in discussione quanto si è cercato di dimostrare nel presente capitolo; e, cioè, che nel sistema giuridico italiano l'imposizione di una prestazione patrimoniale a titolo di sanzione civile deve necessariamente passare attraverso una, sia pur sfumata, previsione autorizzativa del legislatore (arg. ex art. 23 Cost. e 2041 c.c.)⁴⁵⁴. E di siffatta autorizzazione non vi è traccia alcuna all'interno dello statuto risarcitorio, il quale è sempre orientato univocamente alla riparazione di un danno; anche quando – non lo si dimentichi – affida all'equità giudiziale la misurazione di un pregiudizio impossibile da misurare ma, comunque, esistente. Né – come dovrebbe risultare a questo punto ovvio – l'autorizzazione ad imporre risarcimenti punitivi potrebbe implicitamente sorgere da un provvedimento giurisdizionale che accettasse di dare ingresso ad una condanna ai *punitive damages*. Al contrario: lasciando confermata l'illegittimità di modulazioni pretorie del *quantum damni* in funzione afflittiva, un tale provvedimento rivelerebbe – per un verso – l'infondatezza dei timori sottesi ai primi due arresti di legittimità sul problema del riconoscimento dei *punitive damages*⁴⁵⁵ e tradirebbe – per altro verso – gli auspici espressi dalla recentissima ordinanza di rimessione alle sezioni unite⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ In questo stesso senso si pronuncia C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 909 ss., nel commento svolto alla recentissima ordinanza di rimessione alle sezioni unite della questione della riconoscibilità di sentenze comminatorie di danni punitivi.

⁴⁵⁵ Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, cit. ed a Cass., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781 cit.

⁴⁵⁶ Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978 cit.

CAPITOLO IV

Le pene pecuniarie private: regime giuridico

SOMMARIO: 1. – Metodo e partizione del presente capitolo. 2. – L’oggetto delle pene pecuniarie private: contenuto omogeneo e tratti di difformità. I procedimenti di applicazione della pena. 3. – (*Continua*) Le tecniche di calcolo della pena. 4. – (*Continua*) Le modalità di liquidazione della pena: quantificazione legale e commisurazione giudiziale della pena. 5. – (*Continua*) Commisurazione negoziale della pena. 6. – I profili soggettivi delle pene pecuniarie private. Il tema dell’imputabilità. 7. – (*Continua*) Il problema del concorso di più soggetti responsabili del medesimo fatto. 8. – Relazioni ed interferenze tra pena pecuniaria privata e risarcimento del danno per equivalente. 9. – Rapporti tra pena pecuniaria privata ed “altre” pene.

1. L'ordine seguito nel presente studio ci ha permesso di giungere alla seguente conclusione: che la legislazione *lato sensu* civilistica ammette l'imposizione di pene pecuniarie private in maniera sempre più estesa. Ultimata la fase di riordino di questa dimensione sanzionatoria del diritto civile, s'intende, in questo capitolo, ricostruire il funzionamento delle figure normative ricomprese nel sistema edificato.

La mancanza nel diritto scritto di disposizioni generali intorno al regime giuridico delle pene pecuniarie private impone all'interprete di tentare di ricavarle autonomamente. E, in questa prospettiva, si pone la più larga parte del lavoro dianzi svolto, ovvero, lo sforzo proteso a ricondurre figure legislative, *prima facie* disorganiche, all'interno di una (nuova) categoria giuridica omogenea, nonché l'analisi volta a valorizzare momenti di contatto tra dette figure e modelli stranieri, tra i quali riveste precipua importanza quello di matrice angloamericana dei *punitive damages*. In particolare, il primo passaggio va apprezzato in chiave sistematico-dogmatica, in quanto costituisce la premessa per impostare in maniera unitaria la costruzione del regime giuridico delle pene pecuniarie private, nonché il veicolo per diffondere all'intero sistema tratti di disciplina dettati in relazione a talune soltanto di esse; ed il secondo passaggio va valutato in ottica politica, posto che l'esperienza maturata intorno al *comparans* rappresenta una sorta di laboratorio in cui potrebbe essere già stata testata l'opportunità ovvero l'inopportunità dell'adozione di determinate soluzioni giuridiche.

Dell'utilità di questo strumentario, si è già diffusamente detto nel procedere al suo allestimento. Ciò che, invece, resta ancora da dire è se e quale ruolo possano rivestire, in funzione della predisposizione del regime delle pene pecuniarie private, ulteriori aree del diritto interno, quali il sistema della responsabilità civile (contrattuale ed extracontrattuale) ed il settore penale pubblico. Domanda, questa, resa urgente dalla scarsità della regolamentazione positiva della disciplina delle pene pecuniarie private, seppur unitariamente considerata.

Per quel che concerne la prima, va anzitutto sottolineata l'impossibilità di mutuare *de plano* e per intero il regime giuridico che il codice civile delinea intorno alla sanzione risarcitoria. Lo impedisce il ruolo catalizzante che il fine della riparazione di un danno, di regola, assume in seno a tale regime, danno che, per converso, resta giuridicamente irrilevante nella configurazione strutturale e funzionale delle pene pecuniarie private.

Ma si badi che del tutto inopportuno sarebbe anche l'atteggiamento opposto, consistente nel trascurare completamente la disciplina sottesa all'obbligazione risarcitoria. Difatti, la considerazione di quest'ultima potrebbe contribuire ad evidenziare lacune all'interno del sistema delle pene pecuniarie private. Nello statuto risarcitorio vi sono norme che – da un lato – postulano problemi suscettibili di porsi anche con riguardo alle pene pecuniarie private e – da altro lato – dettano, in relazione ad essi, soluzioni, il cui fondamento è indissolubilmente legato alla compensazione del danno, e che, perciò, non possono essere trasposte in un sistema informato alla punizione e alla deterrenza dell'illecito. In questo modo, tali norme rivelano, senza colmarli, spazi vuoti nella disciplina delle pene pecuniarie private. E, d'altra parte, l'osservazione dello statuto risarcitorio potrebbe servire a prevenire o a colmare lacune esistenti in seno a quest'ultima. Non può infatti escludersi, in via pregiudiziale, che tra le norme dettate dal legislatore con esclusivo riguardo alla responsabilità civile, ve ne siano anche talune, la cui lettera e la cui *ratio* risultano, invero, svincolabili dall'esigenza di riparare il danno subito dalla vittima e riconducibili alla diversa e più ampia esigenza di reagire alla realizzazione di un illecito civile. Norme, cioè, che non sono di pertinenza esclusiva della stretta logica risarcitoria, ma appartengono ad una più ampia logica sanzionatoria; risultando, così, applicabili anche alle pene pecuniarie private. Del resto, il fatto che siano occorsi oltre vent'anni dalla stesura del codice civile, affinché qualcuno si accorgesse della funzione compensativa, e non sanzionatoria della responsabilità civile dimostra che almeno alcune tra le sue regole si prestano ad una duplice lettura.

Decisamente più ridotto, è invece il ruolo che il diritto penale può assumere nella costruzione del sistema delle pene pecuniarie private. Di certo, l'interpretazione di norme ricomprese nel primo non può servire a prevenire o a colmare lacune esistenti nel secondo. Malgrado che la funzione deterrente e punitiva, ad essi comunemente sottesa, possa fare, di primo acchito, ritenere possibile l'impiego di argomentazioni di carattere analogico, un tale impiego risulta invero precluso.

L'art. 14 disp. prel. c.c. impedisce di utilizzare ai nostri fini l'*analogia legis*. Infatti, per una parte – quella in cui vieta di estendere « le leggi penali [...] oltre i casi e i tempi in esse considerati » – tale disposizione impedisce di estendere alle pene pecuniarie

private norme incriminatrici o, comunque, “di sfavore”⁴⁵⁷; e per altra parte – quella in cui vieta di estendere le leggi « che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi [...] oltre i casi e i tempi in esse considerati » – l’art. 14 disp. prel. c.c. impedisce di estendere alle pene pecuniarie private anche le norme penali “di favore”, posto che queste seconde stabiliscono trattamenti differenziati, derogando alle prime⁴⁵⁸.

Non meno problematico appare, poi, l’impiego del diritto penale quale base di un’integrazione attuata mediante l’*analogia iuris* (ex art. 12, comma 2, disp. prel. c.c.), ovvero in funzione di un completamento della disciplina delle pene pecuniarie private, operato attraverso principi generali astratti, per via induttiva, dalle norme appartenenti a tale settore disciplinare. Per vero, in dottrina, un tentativo simile è stato fatto, assumendo quale punto di riferimento le sanzioni esistenti – non nel diritto privato, ma – nel diritto amministrativo. Così, nella prima metà del XX secolo, Zanobini aveva provato a porre rimedio alla carenza di sistematicità e di disciplina di dette sanzioni, attingendo dal sistema penale « norme generali [...] applicabili alla responsabilità e alle pene amministrative, in quanto [riconducibili] a principi giuridici generali »⁴⁵⁹. Tale tentativo si è, però, infranto contro le successive pronunce del Consiglio di Stato ed opinioni dottrinali tese a riaffermare l’assoluta specialità del terreno penalistico e la conseguente inidoneità di quest’ultimo a produrre principi generali trasportabili in altri settori dell’ordinamento⁴⁶⁰.

Da ultimo, va detto che l’impianto nel sistema delle pene pecuniarie private di profili garantistici, dettati in relazione alla pena detentiva, potrebbe risultare finanche inopportuno. Lo sforzo costruttivo che ci si appresta a compiere va apprezzato anche nella prospettiva della depenalizzazione. L’obiettivo è quello di delineare un corpo di regole, a vocazione generale, tendenzialmente applicabili a qualsivoglia ipotesi normativa strutturalmente e funzionalmente omogenea alle figure già presenti nel sistema delle pene pecuniarie private; ivi comprese, dunque, anche quelle che il legislatore dovesse

⁴⁵⁷ Secondo la tesi prevalente (v., *ex multis*, in giurisprudenza: Cass. pen. 18 febbraio 2011, n. 9874, disponibile su www.leggiditalia.it; Cass. pen. 6 luglio 2006, n. 30256, in *Riv. pen.*, 2007, 664; Cass. pen. 12 giugno 1997, n. 4128, in *Giust. pen.*, 1998, 425; e in dottrina: FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, 110; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1999, 32 ss.) il divieto di analogia, riferito alle leggi penali, ha un fondamento garantistico e, perciò, ha quale unico referente le norme penali di sfavore, non essendo invece impedita l’analogia in *bonam partem*.

⁴⁵⁸ Osserva PULITANÒ, *op. cit.*, 166 che l’analogia in *bonam partem* delle norme penali rappresenta un’illusione.

⁴⁵⁹ Così enuncia il principio metodico che, all’uopo, intende seguire lo stesso G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924, 136.

⁴⁶⁰ Lo racconta TRAVI, *op. cit.*, 8 s.

eventualmente decidere, in futuro, di introdurre, quale surrogato della pena detentiva, di modo da porre, finalmente, un limite all'ipertrofia del sistema criminale. È in quest'ottica che si evince l'inopportunità di creare un sistema sanzionatorio in cui garanzie, originariamente congegnate per presidiare la pena incidente sulla libertà individuale, sono poste al fianco di una pena che, per converso, non può mai incidere sulla persona del responsabile, bensì soltanto sul suo patrimonio. Infatti, un sistema sanzionatorio di tal genere avrebbe un potenziale deterrente e punitivo assai scarso e, a tale stregua, non potrebbe certo assurgere a valida alternativa al diritto penale.

Peraltro, l'impossibilità e l'inopportunità di rinvenire nella legge penale regole o principi non esportabili *aliunde* non deve implicare un completo disinteresse verso un terreno dell'ordinamento, il cui « sottosuolo [...] può mostrare [...] indefettibili vie di comunicazione [con] altri rami del diritto, le quali son vie quasi sempre sotterranee »⁴⁶¹. Così, come si è già avuto modo di dire nel corso analizzando la natura giuridica delle pene pecuniarie private, le nozioni e le soluzioni elaborate dal diritto penale continueranno a rappresentare nell'economia della nostra ricerca un imprescindibile termine di paragone ed un utile spunto di riflessione.

Essendo nostro proposito tracciare la disciplina generale della categoria della pena pecuniaria privata, non scandiremo la trattazione analizzando, singolarmente, le figure normative che, in precedenza, abbiamo ascritto a detta categoria; bensì, articoleremo il discorso considerando, unitariamente, i profili che accomunano tutte le figure in parola, riservandoci di descrivere poi, volta per volta, le sfumature che le peculiarità inerenti a ciascuna di esse producono sullo sfondo omogeneo sotteso alla categoria della pena pecuniaria privata. A questo criterio s'ispira la divisione del presente capitolo nelle tre parti, rispettivamente dedicate all'oggetto, ai soggetti ed ai rapporti tra pena pecuniaria privata ed altri rimedi.

2. – Definitivamente fissate le linee metodologiche che si seguiranno nel prosieguo del lavoro, si può dare avvio alla ricostruzione del regime delle pene pecuniarie private considerandole, per prima cosa, sotto il profilo dell'oggetto.

⁴⁶¹ Così CARNELUTTI, *Il danno e il reato* cit., 91 s.

E riprendendo, anzitutto, considerazioni già svolte, si può cominciare col dire che l'oggetto delle pene pecuniarie private ha sempre natura patrimoniale, atteso che esso consta, in ciascun caso, nell'imposizione di una diminuzione di tipo economico in capo all'autore dell'atto illecito tipizzato. Diminuzione che, nella quasi totalità delle figure normative considerate, si risolve nella perdita di una somma di denaro. Donde – come si ricorderà – l'inserimento dell'aggettivo 'pecuniaria' nell'etichetta prescelta al fine di designare complessivamente l'intera categoria.

La natura patrimoniale dell'oggetto delle pene pecuniarie private ha carattere esclusivo. Ciò significa che la sanzione in parola, a differenza di quella penale od amministrativa, non comporta mai l'applicazione contestuale ed automatica di pene accessorie di natura interdittiva. Al più, la pena pecuniaria privata può trarre seco l'imposizione *ex lege* di conseguenze negative ulteriori, ma di natura parimenti patrimoniale: così, per esempio, dalla condanna al pagamento della somma equitativamente determinata, prevista dall'art. 96, comma 3, c.p.c., gli artt. 136, comma 2, d.p.r. 115/2002 e 2-*quinquies* l. 89/2001 fanno immediatamente derivare a carico del litigante temerario la decadenza dal beneficio economico rappresentato dall'ammissione al gratuito patrocinio e la perdita del diritto a ricevere l'equa riparazione per irragionevole durata del processo.

La natura patrimoniale dell'oggetto delle pene pecuniarie private, poi, ha carattere necessario. Ciò implica che, in nessun caso, la diminuzione patrimoniale può essere sostituita con misure che comportino una qualche forma di limitazione della libertà individuale; neppure nella circostanza, nient'affatto remota, che il soggetto riconosciuto responsabile dell'illecito risulti insolvente. L'inconvertibilità della pena pecuniaria privata vale a differenziarla, con nettezza, dalla pena pecuniaria di diritto penale pubblico. La funzione repressiva di quest'ultimo, infatti, non tollera alcun limite ed esige che la punizione venga attuata sempre ed a carico di chiunque incorra in un fatto di reato⁴⁶². E, pertanto, questo ramo dell'ordinamento non esita a colpire, in via mediata, la persona del condannato, ogniqualvolta l'incapienza del suo patrimonio impedisca di eseguire la meno invasiva sanzione pecuniaria. Diversamente, di fronte ad una simile evenienza, la finalità deterrente e punitiva, propria delle figure normative in discorso, si ritrae e cede il passo

⁴⁶² Cfr. Corte Cost. 27 marzo 1962, n. 29, disponibile su www.cortecostituzionale.it.

all'esigenza di salvaguardare quella fondamentale conquista di civiltà, raggiunta con la codificazione del 1942, rappresentata dalla scomparsa dell'arresto per debiti⁴⁶³.

La natura patrimoniale esclusiva e necessaria dell'oggetto rappresenta, dunque, il *quid* omogeneo che caratterizza l'oggetto di ogni pena pecuniaria privata. Se, dopo un primo sguardo in superficie si scende nel dettaglio, ci si accorge però che tale contenuto, benché tendenzialmente uniforme, presenta altresì diverse sfumature. Sussistono, in particolare, alcuni profili di difformità nella regolamentazione legale dell'oggetto che, pur lasciando inalterata la comune connotazione funzionale delle sanzioni in parola, condizionano l'intensità della forza deterrente o della carica punitiva insite in ciascuna di esse.

Il primo di questi profili di difformità attiene al *quomodo*, intendendo, per tale, la sequenza procedimentale, di volta in volta, prevista dalla legge come preordinata all'imposizione del sacrificio patrimoniale in capo all'autore di un atto illecito determinato.

Focalizzando l'attenzione su questo profilo, si possono individuare, essenzialmente, tre varianti.

La prima – che è quella sottesa al maggior numero delle figure normative in esame – consiste in una sequenza procedimentale che postula la realizzazione di un determinato contegno illecito e rimette ad un successivo atto (giudiziale oppure privatistico) la comminatoria e la liquidazione di una prestazione sanzionatoria che il responsabile ha l'obbligo di eseguire in favore della vittima.

Esemplificando, si può menzionare l'art. 12 l. 47/1948 che, prefigurando il compimento di un fatto che integri gli estremi della diffamazione a mezzo stampa, rinvia – sia pure implicitamente – ad un provvedimento giurisdizionale la decisione sull'*an* e sul *quantum* della riparazione pecuniaria, che l'agente deve corrispondere al soggetto offeso. Oppure, si può citare l'art. 3 comma 3 l. 9 dicembre 1998, n. 431 che postulando l'illegittimo esercizio della facoltà di disdetta da parte del locatore di immobile ad uso abitativo, lascia – anche qui implicitamente – ad un atto giudiziale la determinazione

⁴⁶³ Gli artt. 2093 ss. del codice civile del 1865 prevedevano ancora la sanzione penale della privazione della libertà personale a carico del debitore inadempiente. Invero, già la legge speciale del 16 dicembre 1877, n. 4166 aveva abrogato quelle disposizioni codicistiche. Ma anche dopo tale modifica, complice un difetto di coordinamento con il codice penale, restavano comunque aperti taluni spiragli all'arresto per debiti. Spiragli che sono stati, poi, definitivamente chiusi con la codificazione del 1942 (su questa vicenda v. BRECCIA, *op. cit.*, 61 s.)

della somma⁴⁶⁴ che quegli deve pagare al conduttore. O, ancora, si può richiamare l'art. 70 disp. att. c.c. che ipotizza la realizzazione di atto qualificato come infrazione da un regolamento condominiale ed assegna – questa volta, testualmente – alla delibera assembleare il compito di irrogare la sanzione⁴⁶⁵, che il condomino responsabile deve versare al fondo di cui l'amministratore dispone per le spese ordinarie.

In tutti i casi appena esemplificati ed in altri simili a questi, l'oggetto della pena pecuniaria privata si iscrive all'interno di un rapporto obbligatorio. Sul punto, non sembra esservi spazio per dubitare. Difatti, dell'obbligazione sussistono tutti i caratteri essenziali: una prestazione suscettibile di valutazione economica; due soggetti determinati, l'uno attivo – titolare della pretesa – e l'altro passivo – obbligato; l'interesse del creditore a ricevere la prestazione. Né il fatto che il dovere giuridico posto in capo al responsabile soddisfi, oltreché l'interesse privato del soggetto leso, l'interesse pubblico alla deterrenza ed alla punizione dell'illecito civile vale ad escluderlo dalla categoria dell'obbligazione. Come ha chiarito un'autorevole dottrina, il diritto privato mantiene nell'ambito dei propri confini « istituti che perseguono il soddisfacimento di un interesse pubblico, ove tale soddisfacimento si attui mediante il soddisfacimento di un interesse privato »⁴⁶⁶. Così, alla categoria dell'obbligazione possono essere riportati, ad esempio, obblighi patrimoniali inseriti nel contesto delle relazioni familiari oppure sanciti per assicurare la protezione dei soggetti incapaci. E, nello stesso modo, può essere ricondotto

⁴⁶⁴ Somma che il legislatore – da un lato – prescrive al giudice di quantificare in misura comunque non inferiore a trentasei mensilità dell'ultimo canone di locazione percepito e – da altro lato – etichetta come 'risarcimento'. Ma si tratta – a ben riflettere – di una qualificazione del tutto impropria. Infatti, la fissazione *ex lege* di un ammontare minimo inderogabile della prestazione sanzionatoria implica una presunzione legale, *iuris et de iure*, di danno che finisce per elidere un elemento costitutivo della fattispecie sostanziale da cui dipende il risarcimento in senso proprio. Deve, dunque, reputarsi corretta l'opinione dottrinale che ravvisa nella sanzione prevista a carico del locatore di immobile ad uso abitativo una figura strutturalmente e funzionalmente punitiva: così, ad esempio, BARATELLA, *op. cit.*, 71 s. e M. MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. Patti e diretto da S. Delle Monache, Utet, Torino, 2010, 693.

⁴⁶⁵ L'ultimo capoverso dell'art. 70 disp. att. c.c. stabilisce infatti che « [l'] irrogazione della sanzione è deliberata dall'assemblea con le maggioranze di cui al secondo comma dell'articolo 1136 del codice civile ». È questa una novità introdotta con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9, e contenente "integrazioni" alla Riforma del condominio, attuata dalla l. 11 dicembre 2012, n. 220. Prima di tale intervento normativo, era pacifico che, a fronte dell'infrazione commessa da taluno dei condomini, la facoltà di irrogare la sanzione spettasse – in prima battuta – all'amministratore condominiale, in quanto soggetto preposto a curare l'osservanza del regolamento, al fine di tutelare l'interesse generale al decoro, alla tranquillità e all'abitabilità dell'edificio e che – solo in un secondo momento – il condomino sanzionato potesse rivolgersi all'assemblea per dolersi il provvedimento adottato dall'amministratore (in tal senso v., ad esempio, Cass. 26 giugno 2006, n. 14735, in *Imm. e propr.*, 2006, 11, 721). A seguito della modifica intervenuta, quindi, il condomino potrà contestare la sanzione proponendo l'azione di impugnazione della delibera assembleare prevista dall'art. 1137 c.c.

⁴⁶⁶ Così M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Milano, Giuffrè, 1951, 76.

in seno ad un rapporto obbligatorio l'oggetto delle pene pecuniarie private, malgrado la peculiare vocazione funzionale delle figure normative che lo contengono.

La dimostrazione di questo inquadramento fa sorgere la necessità di aprire una parentesi, prima di passare oltre.

Occorre, cioè, decidere quale sia, tra quelle elencate all'art. 1173 c.c., la fonte dell'obbligo di eseguire la prestazione pecuniaria sanzionatoria, che incombe sull'autore di un atto illecito e ridonda a vantaggio della vittima dello stesso.

A questo proposito, corre innanzitutto la necessità di precisare che il problema che ci poniamo ora non coincide con quello che abbiamo affrontato, nel corso del precedente capitolo, ragionando intorno alla fonte dell'istituto delle pene pecuniarie private, in una prospettiva di comparazione con il modello giuridico dei *punitive damages*: là, si trattava infatti di individuare, genericamente, la fonte di produzione della categoria, tra quelle potenzialmente idonee ad innovare l'ordinamento giuridico; qui, si tratta invece di selezionare, specificamente, il titolo dell'obbligazione tra quelli indicati nella griglia dell'art. 1173 c.c. Dalla conclusione, raggiunta in precedenza, circa l'origine necessariamente legale delle pene pecuniarie private, non si può allora trarre argomento alcuno per ricondurre la fonte delle obbligazioni che qui interessano all'uno, oppure all'altro, dei generi enunciati dall'art. 1173 c.c. A conferma di detta impossibilità, basta osservare che ognuna delle fonti ivi elencate è invero riconducibile ad un fondamento legale⁴⁶⁷: non soltanto quello designato mediante la formula, in tal senso eloquente, « ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico », ma anche i generi del « contratto » e del « fatto illecito »⁴⁶⁸. E si deve ulteriormente considerare che la legge non può far nascere obbligazioni se non in quanto sussista, accanto ad essa, un qualche elemento di fatto⁴⁶⁹. Sicché, occorre decidere quale sia, nel caso delle pene pecuniarie private, quel fatto che, insieme alla fonte creativa legale, comporta il sorgere dell'obbligazione.

⁴⁶⁷ Sebbene formulata con riferimento alla partizione delle fonti contenuta nell'art. 1097 del codice civile del 1865, è significativa in questo senso l'affermazione di G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Utet, Torino, 1916, 440, secondo cui la legge « è, in un certo senso fonte di tutte le obbligazioni, in quanto nessuna obbligazione può concepirsi che non sia fondata nella legge ».

⁴⁶⁸ Infatti, come rilevato in dottrina (v. BRECCIA, *op. cit.*, 106), contratti e fatti illeciti sono rispettivamente atti e fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico. La circostanza che il terzo genere, indicato all'art. 1173 c.c., comprenda al suo interno anche i primi due, di certo, non aiuta a risolvere il problema della qualificazione della fonte di una determinata obbligazione.

⁴⁶⁹ A rilevarlo è ancora PACCHIONI, *op. loc. ult. cit.*

Ora, l'eccentricità della categoria in parola potrebbe far ritenere che il genere maggiormente idoneo a descrivere la fonte delle obbligazioni, che nascono entro la sua orbita, sia quello residuale ed indistinto che chiude l'elenco dell'art. 1173 c.c. Questa scelta, infatti, eviterebbe all'interprete di compiere uno sforzo a spezzare la tipicità dei generi classici del contratto o del fatto illecito, ovvero a dissaldare il rinvio che, nelle intenzioni del legislatore storico, l'art. 1173 c.c. compie, rispettivamente, agli artt. 1321 e ss. ed agli artt. 2043 ss. Si tratterebbe, però, di una soluzione comoda soltanto a prima vista. Occorre, infatti, sapere che la questione della qualificazione del titolo dell'obbligazione non presenta un mero interesse classificatorio, bensì è funzionale alla soluzione di problemi pratici, posto che dall'individuazione della fonte dipende la selezione di talune delle regole giuridiche applicabili al rapporto obbligatorio che da quella deriva⁴⁷⁰. Ebbene, ascrivere le obbligazioni in discorso al genere indifferenziato degli altri atti o fatti idonei significherebbe escludere, immediatamente, dalla loro disciplina tutte le regole che la legge riferisce specificamente al fatto illecito; salvo, doverle poi recuperare, mediamente ed in un successivo momento, attraverso la conduzione di complicate operazioni analogiche.

A tale stregua, appare preferibile provare, sin d'ora, a qualificare più specificamente il titolo dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di una pena pecuniaria privata. E, segnatamente, l'asserita natura sanzionatoria delle figure normative in esame induce a volgere l'attenzione verso la figura dei fatti illeciti. Occorre, cioè, domandarsi se, inserendo nel tessuto dell'ordinamento di previsioni normative che riconnettono ad un determinato fatto una prestazione pecuniaria di indole sanzionatoria, il legislatore determini lo scioglimento di quel « nodo [...] che lega in modo apparentemente inestricabile la rilevanza giuridica del “fatto illecito” individuato dall'art. 1173 come “fonte di obbligazioni”, al “risarcimento per fatto illecito”, introdotto al livello di obbligazione (appunto, risarcitoria) dall'art. 2043 »⁴⁷¹. Al riguardo, si può osservare che se il genere dei « fatti illeciti » è apparso al legislatore adeguato a compendiare una serie di contegni destinati ad assumere rilevanza giuridica e produrre conseguenze negative a

⁴⁷⁰ V. BRECCIA, *op. cit.*, 111 e C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, diretto da P. Rescigno, t. 9, Utet, Torino, 1984, 22. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. Le fonti*, v. 2, Giuffrè, Milano, 1964, 1.

⁴⁷¹ Il virgolettato è tratto da BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi cit.*, 244. In quella sede, l'a. si domandava appunto se fosse consentito al legislatore ricollegare al fatto illecito obbligazioni ulteriori o diverse da quella risarcitoria, non necessariamente restitutorie, ma apertamente sanzionatorie, provocando la dissoluzione del legame tra 1173 e 2043 c.c.

carico del responsabile, soltanto a condizione del verificarsi di un danno, tale genere risulta in grado, *a fortiori*, di comprendere entro di sé fatti che rivestono rilievo per il diritto in quanto proibiti da disposizioni all'uopo appositamente dettate e che producono, per il solo fatto del loro compimento, effetti di natura punitiva in capo al loro autore⁴⁷². A questa stregua, sarebbe riduttivo e, al contempo, poco lungimirante intendere il riferimento ai fatti illeciti contenuto nell'art. 1173 c.c. come univocamente orientato alla fattispecie di responsabilità civile, fattispecie che comprende anche il danno, escludendo che tale rinvio operi anche nei riguardi delle fattispecie delle pene pecuniarie private, sol perché tra gli elementi costitutivi di queste ultime non è compreso l'elemento del danno.

Conclusa questa digressione, si può muovere oltre nel discorso che l'ha occasionata, ovvero quello relativo al *quomodo* dell'oggetto delle pene pecuniarie private.

In ordine a questo profilo, una seconda variante è ravvisabile in un ristretto novero di disposizioni che prefigurano una sequenza procedimentale che prende avvio da un atto (giudiziale o privatistico) di imposizione e liquidazione della prestazione sanzionatoria; prosegue attraverso la realizzazione, successiva ed eventuale, del contegno illecito tipizzato dalla norma; e culmina nell'insorgenza dell'obbligazione avente ad oggetto la prestazione anticipatamente determinata e quantificata.

È questo, per esempio, il caso della misura di coercizione indiretta a carattere generale, di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., e delle misure compulsive speciali, previste dagli artt. 124 e 131 c.p.i.: nell'una e nelle altre la comminatoria e la liquidazione della somma dovuta per la violazione, l'inosservanza od il ritardo nell'esecuzione del provvedimento precedono l'inottemperanza del condannato al *dictum* giudiziale. Ed un meccanismo simile si rinviene nella configurazione tipica della penale, quale risulta dagli artt. 1382-1384 c.c.: qui, la prestazione dovuta per l'inadempimento od il ritardo viene individuata e quantificata dalle parti nella relativa clausola contrattuale, in un tempo logicamente

⁴⁷² Tant'è vero che, a partire da un certo momento, la dottrina [v. in particolare R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 170] si è fatta carico di sottolineare l'improprietà del collegamento, suggerito dal codice vigente, tra nozione di illecito e fattispecie di responsabilità civile; sottolineando come, al contrario, la terminologia di illecito si addica meglio ad una « serie di fattispecie, in cui al divieto di atti determinati, fa riscontro [...] l'infrazione di un male al trasgressore » ovvero sia alle « ipotesi che la dottrina dominante si sforza [...] di raggruppare sotto il profilo meramente negativo dell'anomalia della reazione di fronte a quella, che si assume come tipica, del risarcimento del danno » discutendo poi di pena privata.

anteriore a quello del verificarsi dell'illecito contrattuale che la penale è diretta a prevenire⁴⁷³.

In questi casi, l'oggetto della pena pecuniaria privata consiste, originariamente, in una prestazione di natura patrimoniale, che si iscrive – non già all'interno di un rapporto obbligatorio, bensì – in un atto di accertamento⁴⁷⁴, i cui effetti dipendono dal verificarsi o meno dell'illecito sanzionato, da parte di un soggetto determinato (il potenziale debitore della prestazione), nei confronti di un altro soggetto determinato (il potenziale creditore della prestazione). Al tempo della pronuncia della sentenza comminatoria della misura coercitiva o della pattuizione della clausola penale, difettano infatti sia l'obbligo di eseguire la prestazione sanzionatoria, sia la correlativa pretesa di esigerne il pagamento. Sebbene già decisa e liquida, tale prestazione non forma ancora oggetto di un'obbligazione, che sorge solo se e nel momento in cui si perfezioni la sua fattispecie produttiva, il fatto illecito che ne rappresenta la fonte⁴⁷⁵. Diversamente, ossia nel caso in

⁴⁷³ Questa anteriorità giustifica l'accostamento della clausola penale alle misure di coazione indiretta secondo V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale* cit., 54 s.

⁴⁷⁴ Precisamente, nel caso delle misure di coercizione indiretta la prestazione s'inserisce in un capo di condanna condizionale (in questo senso v. C. CONSOLO e GODIO, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, v. II, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2010, 2545; SALETTI, *op. cit.*, 200). Nel caso della clausola penale, la prestazione s'inserisce in un patto di « determinazione anticipata (rispetto all'inadempimento o al ritardo) e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento di un'obbligazione » (così MARINI, *La clausola penale* cit., 36).

⁴⁷⁵ Invero, si può ipotizzare anche una ricostruzione alternativa a quella suggerita nel testo.

In particolare, per quanto concerne la penale, si potrebbe teoricamente ritenere che l'obbligazione al pagamento della prestazione sanzionatoria sorga già dalla relativa clausola contrattuale, ma la sua efficacia sia sospensivamente condizionata al verificarsi dell'inadempimento (o del ritardo) per il quale risulta pattuita. Tuttavia, la qualificazione dell'inadempimento come condizione sospensiva non convince per almeno tre ordini di motivi. Primo, l'inadempimento rappresenta proprio la situazione che i contraenti intendono regolare mediante la clausola penale. Perciò, la ragione per cui l'obbligazione penale sorge se si realizza l'evento futuro e incerto dell'inadempimento risiede direttamente nel contenuto della regolamentazione voluta dalle parti; e non in un suo elemento accidentale. Secondo, se l'inadempimento fosse condizione dell'obbligazione penale ex art. 1353 c.c., a rigore, dovrebbe essere possibile immaginare altresì un'obbligazione penale pura, cioè, svincolata dall'illecito contrattuale. Ma un siffatto schema non è astrattamente concepibile, se non a costo di fuoriuscire completamente dalla figura tipica della penale regolata dagli artt. 1382 s.s. c.c. Terzo, l'inadempimento (o il ritardo) non può essere riguardato come evento esterno che incide sugli effetti del contratto, ma deve essere considerato per quel che è; ovvero, un fatto illecito che dà luogo a responsabilità contrattuale e, conseguentemente, fa sorgere l'obbligazione risarcitoria, oltretutto le obbligazioni sanzionatorie eventualmente previste in aggiunta o in sostituzione del risarcimento del danno.

Non può essere, tuttavia, sottaciuto che quest'ultimo punto è alquanto controverso. L'opinione qui sostenuta è quella sposata dalla giurisprudenza risalente (v., *ex pluribus*, Cass. 24 giugno 1993, n. 7007, in *Giur. it.*, 1994, I, 902; Cass. 5 gennaio 1983, n. 9, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1524 ss.; Cass. 21 dicembre 1962, n. 3398, in *Foro it.*, 1963, I, 545) e, in particolar modo, dalla dottrina (v. C. M. BIANCA, *Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2000, 545; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966, 213; SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 196). Per contro, la giurisprudenza più recente ammette che l'inadempimento possa assurgere ad evento condizionante l'efficacia del contratto (v. Cass. 15 novembre

cui la realizzazione dell'illecito risulti invece definitivamente esclusa, l'effetto dell'atto si esaurisce nell'accertamento di una prestazione sanzionatoria non dovuta.

Con ogni evidenza, questa sequenza procedimentale produce un grado di deterrenza decisamente più elevato rispetto al meccanismo sanzionatorio che si è descritto in precedenza. Lo dimostra, anzitutto, la considerazione di buon senso, secondo cui la minaccia concreta ed individuale di una pena già decisa incute maggior timore rispetto alla minaccia astratta e generica di una pena solamente prefigurata nella disposizione di legge. E lo dimostra, in secondo luogo, un'argomentazione giuridica: non appena l'atto illecito viene compiuto, la vittima diviene titolare di un diritto di credito che non soltanto è esigibile, ma è altresì immediatamente liquido; e, nella più parte dei casi, tale qualità consentirà al titolare della pretesa di giungere alla fase dell'esecuzione forzata, senza dover passare attraverso le lungaggini del procedimento ordinario di cognizione⁴⁷⁶. La liquidità del credito rende il momento dell'imposizione della pena più vicino e fa sì che il monito risulti più imminente agli occhi dell'autore potenziale dell'illecito; rinforzando, in definitiva, la carica deterrente insita nel congegno sanzionatorio prefigurato dalla norma.

Terza ed ultima variante nel *quomodo* dell'oggetto della pena pecuniaria privata si riscontra nelle disposizioni che prefigurano una sequenza procedimentale che principia con l'esecuzione di una prestazione, di natura patrimoniale, da parte di un soggetto in

2006, n. 24299, in *Obbl. e contr.*, 2007, 102, con nota di D. RUBINO; Cass. 23 novembre 2003, n. 17859, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 11).

Similmente, per quanto riguarda le misure di coercizione indiretta, si potrebbe teoricamente ritenere che dal capo della sentenza contenente la condanna al pagamento dell'*astreinte* sorga un'obbligazione sospensivamente condizionata al futuro ed incerto comportamento di disobbedienza all'ordine giudiziale. Tuttavia, pure in questo secondo caso, non convince l'identificazione dell'atto illecito con una condizione sospensiva che accede ad un'obbligazione già venuta ad esistenza. E ciò in quanto – secondo la dottrina processualistica (v. in questo senso, MANDRIOLI e CARRATTA, *op. cit.*, 47). – la sentenza di condanna c.d. condizionale diventa, tecnicamente, di condanna soltanto dopo l'avveramento della condizione in essa posta; mentre prima di allora, non esistendo alcuna violazione, non potrà essere che di accertamento mero.⁴⁷⁶ Nel testo, il discorso è volutamente semplificato al fine di giungere direttamente e, così, incisivamente a ciò che si intende dimostrare. A margine, però, è bene compiere alcune precisazioni.

Una volta ottenuta una sentenza che decide e liquida la misura coercitiva e verificatasi l'inottemperanza al comando giudiziale, il soggetto titolare dell'interesse leso e beneficiario della misura può sempre evitare l'instaurazione di un nuovo giudizio di cognizione ed agire immediatamente in via esecutiva nei confronti del responsabile. Ciò vale, senz'altro, per la misura di coercizione indiretta di portata generale, dal momento che l'art. 614-*bis* c.p.c. statuisce espressamente che « il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza »; ma vale, allo stesso modo, anche per le misure coercitive speciali, posto che la disciplina introdotta dal legislatore all'art. 614-*bis* c.p.c. viene pacificamente considerata estensibile pure a queste ultime.

Pattuita una penale e verificatosi l'inadempimento od il ritardo, il creditore insoddisfatto potrà tentare di evitare il processo ordinario di cognizione, percorrendo la via del procedimento di ingiunzione; purché, naturalmente, disponga di una prova scritta. Ciò che, per converso, non potrebbe fare se il suo diritto di credito non fosse ancora liquido (arg. ex art. 633 ss. c.p.c.).

favore di un altro soggetto o di un fondo privato; prosegue con la realizzazione, ad opera del primo, di un determinato atto illecito; e termina con la nascita, in capo al secondo, del diritto di ritenere la prestazione inizialmente eseguita.

Si tratta del meccanismo sotteso alla seconda delle due figure normative contemplate nell'art. 1385, comma 2, c.c.; ovvero, quella che sanziona l'inadempimento contrattuale del *tradens*, autorizzando l'*accipiens* (a recedere ed) a trattenere definitivamente presso di sé la somma di denaro o la quantità di altre cose fungibili un tempo ricevute a titolo di caparra confirmatoria. Ed un congegno analogo è immanente alle ipotesi legislative che – in altra sede, proprio a sottolineare tale profilo di somiglianza – abbiamo globalmente denominato “caparre a carattere di specialità”⁴⁷⁷. Si tratta, come si ricorderà, della clausola di confisca delle rate che – in virtù di quanto previsto dall'art. 1526, comma 2, c.c. – consente al venditore con patto di riservato dominio di trattenere le somme *medio tempore* ottenute in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del compratore; della previsione – dettata dall'art. 23, comma 5, d.l. 133/2014 in materia di *rent to buy* – che, riecheggiando l'art. 1526 c.c., permette al concedente di incamerare i canoni ricevuti nel corso del rapporto, nell'ipotesi in cui il contratto si risolva per inadempimento del conduttore; delle norme – contenute negli artt. 2344, comma 2, e 2466, comma 3, c.c. in tema di s.p.a. e s.r.l. – che autorizza gli amministratori a trattenere le somme inizialmente versate dal socio che, poi, sia stato escluso per non aver eseguito i conferimenti ancora dovuti; e, da ultimo, della disposizione – di cui all'art. 587, comma 1, c.p.c. – che, nel contesto dell'esecuzione immobiliare, stabilisce la perdita della cauzione, depositata prima dell'incanto, a carico dell'aggiudicatario della *res* espropriata che non versi il corrispettivo offerto entro il termine fissato.

L'esecuzione spontanea della prestazione sanzionatoria, in un tempo anteriore al verificarsi dell'illecito, determina un grado di deterrenza finanche superiore a quello connaturato alla sequenza procedimentale, dianzi descritta, che accomuna la penale e le misure di coercizione indiretta. Difatti, in questo terzo caso, il potenziale autore del contegno vietato si trova esposto a subire una decurtazione automatica del suo patrimonio nell'istante stesso in cui trasgredisce il precetto; sicché, ai suoi occhi, il monito della pena risulta già attuale.

⁴⁷⁷ V. *supra* cap. II § 9.

Non solo. La circostanza che la prestazione sanzionatoria si trovi già nella disponibilità della vittima potenziale, ancor prima del compimento dell'illecito, rafforza altresì l'attitudine punitiva delle figure normative in parola, in quanto consente di azzerare il rischio rappresentato dall'insolvenza del responsabile; rischio che è, invece, sempre presente, allorquando l'esecuzione della pena passa attraverso il sorgere di un'obbligazione che quest'ultimo è tenuto ad adempiere.

3. – Il secondo profilo di difformità nella regolamentazione legale dell'oggetto delle pene pecuniarie private concerne la sua *forma*, per tale, intendendosi la tecnica di calcolo della prestazione sanzionatoria.

Preliminarmente, è bene ribadire che anche queste sfumature – al pari di quelle che attengono al *quomodo* della prestazione – non sono tali da non imprimere una differente funzione alle figure normative considerate, ma, al più, sono idonee a condizionare l'intensità della spinta deterrente e della forza punitiva connaturate a ciascuna di esse.

Ora, in linea teorica, i modelli prospettabili sono tre: prestazione sanzionatoria fissa e globale, prestazione sanzionatoria che cresce progressivamente con l'aggravarsi dell'illecito, e prestazione sanzionatoria che cresce esponenzialmente con l'aggravarsi dell'illecito. Sul piano del diritto positivo, però, l'alternativa si riduce ai primi due modelli.

Così, quali esempi di prestazioni sanzionatorie che rivestono forma fissa e globale, si possono richiamare la riparazione pecuniaria per diffamazione a mezzo stampa (art. 12 l. 47/1948), la somma equitativamente determinata per lite temeraria (artt. 96, comma 3, c.p.c. e 26, comma 1, d. lgs. 104/2010), la somma equitativamente determinata per proposizione di istanza di ricusazione manifestamente inammissibile o infondata (art. 815, comma 4, c.p.c.), la penale, pari al dieci per cento della somma non dovuta e non pagata, per emissione di assegno bancario allo scoperto (art. 3 l. 386/1990), la prestazione oggetto della clausola penale (art. 1382 c.c.), *etc.*

Nel delineare le prestazioni sanzionatorie che rivestono invece forma progressiva, è possibile operare una classificazione interna assumendo, quale criterio, il fattore che determina l'aggravarsi dell'illecito e, quindi, l'inasprimento graduale della pena.

In alcune norme – ossia, quelle la cui fattispecie contempla un atto omissivo illecito – il fattore di aggravio è rappresentato dalla durata temporale del contegno sanzionato. Così, si può pensare, per esempio, alla prestazione al pagamento degli interessi punitivi – legali (artt. 1284, commi 4 e 5, c.c., 3, comma 3, l. 192/1998, e 5, comma 1, d. lgs. 231/2002) o convenzionali (artt. 1224, comma 2, c.c., 5, comma 3, l. 192/1998, e 5, comma 1, d. lgs. 231/2002) – che cresce, proporzionalmente e periodicamente, mano a mano che si protrae il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria. Oppure, si può prendere in considerazione la prestazione sanzionatoria che – ai sensi del secondo capoverso dell'art. 18 St. lav. – il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore subordinato, illegittimamente licenziato, in una misura che aumenta con la procrastinazione dell'effettiva reintegra⁴⁷⁸. O, ancora, si può considerare la prestazione al pagamento della misura coercitiva – a carattere generale (art. 614-*bis* c.p.c.) o a carattere di specialità (artt. 156 l.a., 124 e 131 c.p.i.) – che, qualora comminata in relazione ad una condanna avente ad oggetto un obbligo di fare, incrementa per effetto del verificarsi di « ogni ritardo nell'esecuzione » del provvedimento.

In altre norme – ossia, quelle la cui fattispecie contempla un atto commissivo illecito – il fattore di aggravio consiste invece nella ripetizione della condotta sanzionata. Così, può richiamarsi, per esempio, la prestazione al pagamento di una misura coercitiva che, se fissata in riferimento ad una condanna avente ad oggetto un obbligo di non fare, si acuisce per effetto di « ogni violazione o inosservanza successiva » del provvedimento. Oppure, si può menzionare la prestazione pecuniaria sanzionatoria prevista con riguardo all'infrazione del regolamento condominiale, di cui l'art. 70 disp. att. c.c. prevede espressamente l'innalzamento « in caso di recidiva ».

A parte, vanno infine collocate le norme che prefigurano una sanzione che tende ad aumentare progressivamente, ancor prima del verificarsi dell'illecito, in dipendenza di un fattore temporale, che contribuisce ad accrescere la dimensione dell'interesse della vittima potenziale del contegno sanzionato. Si allude, segnatamente, all'art. 1526, comma 2, c.c. ed all'art. 23, comma 5, d.l. 133/2014: in entrambi i casi, la pena posta a carico del compratore inadempiente consiste nella perdita delle rate che egli ha pagato al venditore dalla data di inizio del rapporto contrattuale sino alla data di risoluzione dello stesso; a questa stregua, l'entità della prestazione (suscettibile di divenire) sanzionatoria aumenta

⁴⁷⁸ Sull'inclusione di questa figura normativa nel catalogo delle pene pecuniarie private, v. quanto detto *supra*, nt. 291.

col prolungarsi della durata della relazione negoziale e, quindi, con l'intensificarsi dell'affidamento che il venditore legittimamente nutre nella definitiva riuscita dell'affare.

Ultimata la descrizione dell'oggetto delle pene pecuniarie private sotto il profilo della forma, è possibile avanzare qualche considerazione in merito ai riflessi che i due modelli esistenti *de iure condito* – quello della commisurazione fissa e globale e quello della commisurazione progressiva – determinano sul piano della forza deterrente e della carica punitiva della prestazione sanzionatoria.

A questo riguardo, si può osservare che il potenziale sanzionatorio connaturato ad una prestazione calcolata in misura fissa e globale mostra alcune intuitive carenze. In particolare, quando viene compiuta prima della realizzazione della condotta sanzionata, la determinazione *una tantum* della pena comporta il rischio della sottovalutazione. Così, in ipotesi, si può immaginare che la prestazione penale pattuita nella misura fissa e globale di cento, in previsione del ritardo nell'adempimento di una determinata obbligazione, risulti *ex post* inadeguata, a fronte di un ritardo protrattosi per un lasso temporale assai più lungo di quello che poteva ragionevolmente prevedersi *ab initio*. Quando viene compiuta successivamente al compimento del contegno vietato, la determinazione *una tantum* della pena presenta, poi, il pericolo dell'indulgenza. Così, per esempio, si può ipotizzare che un giudice particolarmente benevolo, essendo tenuto a liquidare in un'unica somma la prestazione sanzionatoria che il litigante temerario deve versare alla controparte, scelga di non addebitare al soccombente i plurimi momenti di reiterazione dell'illecito.

A carenze di tal fatta, la commisurazione progressiva della prestazione pone, almeno parzialmente, riparo, nella misura in cui introduce un margine di adeguamento necessario ed automatico della risposta punitiva alla gravità dell'illecito consumato. Per accorgersene, si può considerare – da un canto – la prestazione agli interessi punitivi la quale, atteso il suo carattere di proporzionalità e periodicità, si ragguaglia giocoforza al persistere dell'indolenza del debitore pecuniario; escludendo, così, in radice il rischio della sottovalutazione della durata del ritardo. E si può tener presente – da altro canto – si può la sanzione dell'*astreinte* la quale, giusta la sua normale forma progressiva, fa immediatamente gravare sul condannato il prezzo di ogni singolo atto di disobbedienza al provvedimento giudiziale; elidendo, così, ogni prospettiva di indulgenza.

Si può osservare che la forma progressiva dell'oggetto della pena pecuniaria privata comporta, semmai, l'opposto pericolo dell'eccesso e degli abusi. Esemplificando, concluso il processo di cognizione con una sentenza di condanna a sé favorevole, l'avente diritto ad una prestazione di fare (o di non fare) fungibile o il creditore di un'obbligazione pecuniaria potrebbero ritardare l'instaurazione del processo esecutivo, al fine di lucrare, nelle more tra l'uno e l'altro giudizio – rispettivamente – sull'incremento della misura coercitiva fissata nel provvedimento giudiziale (arg. ex art. 614-bis c.c.)⁴⁷⁹ e sulla maturazione degli interessi al tasso maggiorato decorrenti sin dalla data della domanda (arg. ex art. 1284 c.c.)⁴⁸⁰. Per evitare situazioni di questo genere, si potrebbe teoricamente ipotizzare una riduzione giudiziale successiva del complessivo ammontare della pena pecuniaria privata. Sede naturale di questo sindacato potrebbe essere il processo di opposizione all'esecuzione, che l'obbligato può instaurare, dopo aver ricevuto la notificazione del precetto contenente l'indicazione dell'importo complessivamente dovuto e liquidato dal creditore facendo autonomamente applicazione dei criteri fissati in sentenza. Base per l'esercizio di tale intervento moderatore potrebbe ipoteticamente essere l'art. 1227 c.c., il cui fondamento – secondo buona parte della dottrina ed alcune pronunce giurisprudenziali⁴⁸¹ – va ravvisato nei principi di buona fede e di solidarietà sociale.

A nostro avviso, però, questa soluzione mal si concilia con la funzione delle pene pecuniarie private di dissuadere, prima, e di reprimere, poi, comportamenti che violano, oltretutto un interesse particolare, altresì un interesse generale. A differenza di quanto

⁴⁷⁹ Si noti che un abuso simile non può invece realizzarsi, quando l'obbligo inattuato ha ad oggetto una prestazione di fare o di non fare infungibile. Difatti, in questo caso, una volta ottenuta la condanna, l'avente diritto non ha a propria disposizione l'esecuzione forzata in forma specifica, sicché non gli resta che attendere che la misura compulsiva espliciti i propri effetti, inducendo l'obbligato ad adempiere "spontaneamente". Resta peraltro aperto in queste circostanze il problema dell'eccesso della sanzione, dal momento che la misura coercitiva, data la sua forma progressiva, può potenzialmente crescere in perpetuo (sul punto v. C. CONSOLO e F. GODIO, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in AA. VV., *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, 4^a ed., Ipsoa, Assago Milanofiori, 297).

⁴⁸⁰ Paventa questo pericolo CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale* cit., 1182

⁴⁸¹ In dottrina v. in particolare, C. A. CANNATA, *Il danno evitabile*, Cedam, Padova, 1990, 63 ss.; G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 460 ss.; A. DE CUPIS, *Postilla sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 62 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Note sui limiti della c.d. compensazione della colpa*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 112; Quanto alla giurisprudenza, il collegamento tra art. 1227 c.c. – da un lato – e principi di buona fede e solidarietà sociale – dall'altro – è valorizzato dalla recente Cass. 26 maggio 2014, n. 11698, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1904, con nota di F. NAPOLI, oltretutto da una serie di pronunce più remote quali, ad esempio, Cass. 3 giugno 1959, n. 1650, in *Foro it.*, 1959, I, 923 ss.; App. Milano 13 febbraio 1959, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 68 ss.; App. Milano, 24 novembre 1961, in *Foro it.* 1962, I, 913 ss.

accade in seno al modello risarcitorio, la lesione della posizione giuridica individuale non rappresenta qui il punto di riferimento esclusivo della reazione dell'ordinamento, ma degrada ad occasione per la riaffermazione di un valore di dimensione pubblicistica, e, per parte sua, la vittima dell'illecito diviene una sorta di procuratore privato che agisce nell'interesse, oltre che proprio, dell'intera collettività. Orbene, è evidente che la resa di siffatto connubio tra ordinamento e soggetto leso risulterebbe senz'altro diminuita, se il primo addossasse al seconde conseguenze negative per aver tenuto un atteggiamento di una – sia pur maliziosa – inerzia. Tanto più che a quest'ultimo atteggiamento corrisponde, comunque, il protrarsi di una situazione di illiceità che il responsabile, potrebbe spontaneamente rimuovere in qualsiasi momento. Vi è, insomma, l'esigenza di salvaguardare gli obiettivi di deterrenza e di punizione perseguiti dal legislatore mediante l'introduzione di sanzioni civili. Esigenza, questa, che – secondo la giurisprudenza statunitense – costituisce la principale ragione che impedisca di considerare la *contributory negligence* del *plaintiff* nella liquidazione della somma dovuta a titolo di *punitive damages*⁴⁸².

Del resto, quantunque ispirato ai valori solidaristici, l'art. 1227 c.c. è norma che regola le vicende del danno risarcibile e queste non integrano in alcun modo la fattispecie delle pene pecuniarie private, la cui operatività si ricollega esclusivamente al verificarsi di un atto illecito⁴⁸³.

Ad ogni modo, quale che sia la soluzione corretta a questo particolare problema, il panorama complessivamente tratteggiato vale senz'altro a provare quel che si diceva all'inizio e, cioè, che la forma progressiva dell'oggetto della pena pecuniaria privata rende maggiormente incisiva la forza deterrente e punitiva della sanzione.

Per incidens, si può anche notare che l'attitudine sanzionatoria di una misura può divenire ancor più pregnante, qualora coniughi, entro di sé, una tecnica progressiva di calcolo ed un congegno punitivo di particolare efficacia e rapidità. Forma e *quomodo* dell'oggetto sono infatti ingredienti, di cui può esser fatto impiego contestuale – e non già necessariamente alternativo – al fine di incrementare il livello di deterrenza e di punizione di una determinata sanzione. Ciò è dimostrato, per esempio, dalle misure di

⁴⁸² Cfr. *Godbersen v. Miller*, 439 N.W.2d 206 (Iowa 1989) e *Berberich v. Jack*, 392 S.C. 278, 709 S. E.2d 607 (2011)

⁴⁸³ Ad esempio, sulla base di questa considerazione, ZOPPINI, *op. cit.*, 273 s. nega che l'art. 1227 c.c. possa trovare applicazione con riguardo alla clausola penale e nega, quindi, che il giudice possa tener conto del fatto colposo del creditore quando esercita il potere equitativo di riduzione della stessa.

coercizione indiretta, le quali compendiano l'efficacia dissuasiva derivante dalla liquidazione preventiva della prestazione e la carica punitivo-deterrente connaturata all'incremento proporzionale della stessa, ed involgono, così, un potenziale sanzionatorio decisamente intenso. Ed ancor più intensa è la carica sanzionatoria sottesa alle caparre a carattere di specialità, dal momento che, alla forma progressiva della prestazione, queste figure uniscono la spinta deterrente e l'efficienza punitiva connesse ad una sequenza procedimentale che assicura l'applicazione immediata della pena.

Ora, dalle considerazioni dianzi esposte, ci sembra possibile inferire la seguente conclusione: che appartiene esclusivamente alla discrezionalità legislativa la scelta in ordine al *quomodo* ed alla forma dell'oggetto delle pene pecuniarie private. Infatti, se è vero – come si è cercato finora di dimostrare – che detti profili condizionano la forza dello strumento impiegato per dissuadere e punire un determinato comportamento, quella scelta rivela un tasso di politicità assai elevato, il che preclude a soggetti diversi dal legislatore di sostituire le proprie valutazioni di opportunità alle soluzioni che quegli ha già compiuto ed affidato al testo normativo.

Eppure, non mancano opinioni di segno contrario. Opinioni che s'incentrano, specialmente, sul profilo della forma; ragion per cui si è scelto di parlarne soltanto ora.

Ad esempio, facendo riferimento alla clausola penale, è stato sostenuto che, laddove la legge autorizza testualmente l'imposizione di una sanzione fissa ed *una tantum*, rientra comunque nella disponibilità dei privati stabilire una penalità di mora progressiva, atteso che – si argomenta – la seconda tecnica di calcolo può ritenersi logicamente ricompresa nella prima⁴⁸⁴. Alla luce delle riflessioni poc'anzi svolte, resta difficile comprendere la logicità dell'asserita inclusione. Difatti, l'ammontare progressivo della prestazione sanzionatoria porta con sé una forza deterrente e punitiva più intensa dell'importo fisso della stessa. E – com'è noto – nel più sta il meno, ma nel meno non sta il più.

Vi è addirittura, poi, chi caldeggia l'adozione, in via interpretativa, di prestazioni sanzionatorie a forma esponenziale. Così, con particolare riguardo alla misura coercitiva *ex art. 614-bis c.p.c.*, è stato formulato l'auspicio che venga attribuito alla sanzione « un carattere incrementale, ossia si configuri come condanna al pagamento di una [prestazione pecuniaria] destinata a crescere nel tempo in relazione al protrarsi

⁴⁸⁴ L'opinione è di MOSCATI, *op. cit.*, 382 s.

dell'inadempimento »⁴⁸⁵. In sostanza, seguendo questo suggerimento, il giudice dovrebbe determinare non già « la somma di denaro dovuta dall'obbligato » per ogni violazione, come la legge gli prescrive di fare; bensì dovrebbe, liberamente, fissare plurime somme di denaro, diverse e crescenti, in funzione del protrarsi dell'inottemperanza al provvedimento emesso⁴⁸⁶. Ora, è innegabile che a questa tecnica di calcolo della prestazione sanzionatoria si correlerebbe un cospicuo incremento dell'efficacia deterrente e della carica punitiva insita nella misura. Ma se la constatazione di detto incremento – da un canto – giustifica nelle intenzioni di chi l'ha formulato l'auspicio di una sanzione esponenziale – da altro canto – impedisce di dividerlo, *de iure condito*, atteso che l'art. 614-bis c.p.c. indica chiaramente una sanzione solo progressiva.

4. – Il terzo ed ultimo profilo di difformità ravvisabile nella regolamentazione dell'oggetto delle pene pecuniarie private concerne il *quantum*; intendendo, per tale, l'insieme delle modalità, prefigurate da ciascuna norma, in ordine alla liquidazione della prestazione sanzionatoria.

Una prima versione, che potremmo denominare 'legale', si ha nei casi in cui la disposizione di legge, nel ricollegare una pena pecuniaria privata al compimento di un certo atto illecito, predetermina tutti gli elementi necessari alla liquidazione della prestazione, di modo che non residua alcuno spazio per l'intervento di un soggetto (giudiziale oppure privato) deputato a modulare l'entità della sanzione sulla gravità dell'illecito.

Esemplificando, è disciplinato in questo modo il *quantum* degli interessi punitivi – previsti dagli artt. 1284, commi 4 e 5, c.c.; 3, comma 3, l. 192/1998; e 2 d. lgs. 231/2002 – il cui ammontare si ottiene, applicando il coefficiente percentuale fissato *ex lege* (in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE,

⁴⁸⁵ Così SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo* cit. 512. La medesima opinione si rinviene anche in S. ABATE, *Il processo di separazione e divorzio*, Cedam, Padova, 2011, 234.

⁴⁸⁶ Così ha fatto, ad esempio, Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 394, con nota di A. LOMBARDI, dimostrando, così, che l'auspicio formulato in dottrina non è restato lettera morta. Peraltro, decisamente più numerose sono le sentenze che liquidano la misura coercitiva dimodoché cresca in maniera progressiva: così v., *ex pluribus*, App. Milano, 4 febbraio 2016, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Palermo, 2 aprile 2012, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi 14 giugno 2011, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Trento, 8 febbraio 2011, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Torino 2 luglio 2010, in *Giur. it.* 2011, V, 1121, con nota di D. FRASCHINI.

maggiorato di otto punti percentuali⁴⁸⁷) alla somma capitale (l'importo dovuto⁴⁸⁸) in relazione al tempo, con riferimento al quale gli interessi sono maturati. Un'operazione di mero conteggio aritmetico è altresì sufficiente per liquidare la penale, pari al cinque per cento del corrispettivo, che – ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. 192/1998 – l'impresa committente deve versare all'impresa subfornitrice, qualora il ritardo nel pagamento ecceda di trenta giorni il termine pattuito. Ed un calcolo praticamente identico basta anche per quantificare la penale pari al dieci per cento della somma dovuta e non pagata che – a mente dell'art. 3 l. 386/1990 – l'emittente di un assegno senza provvista deve corrispondere al prenditore o al giratario che, non avendo ottenuto il pagamento, agisca nei suoi confronti. Da ultimo, predeterminata *ex lege* è la compensazione pecuniaria che – secondo l'art. 7 del Reg. 261/2004/CE – il vettore aereo è tenuto a pagare al passeggero, a cui sia stato negato l'imbarco o cancellato il volo: qui, la prestazione è fissata dalla norma in un importo che varia da 250 a 600 euro a seconda della lunghezza della tratta, sicché – a ben vedere – la sua liquidazione neppure richiede un'operazione di calcolo.

A margine di questi esempi, sembra non superfluo sottolineare che la predeterminazione legale del *quantum* non suscita nell'ambito delle pene pecuniarie private, i dubbi di legittimità costituzionale che quella stessa modalità di liquidazione potrebbe invece destare in seno al diritto penale. Infatti, tali dubbi si appunterebbero sul principio di colpevolezza e sull'esigenza di rieducazione del condannato, sanciti dall'art. 27, commi 1 e 3, Cost., i quali – secondo i più recenti arresti della Corte Costituzionale – impongono l'individualizzazione della pena ed il suo adeguamento al concreto disvalore del fatto⁴⁸⁹. Peraltro – lo si è già detto altrove⁴⁹⁰ – tali garanzie costituzionali non

⁴⁸⁷ Si tenga presente che, essendo nel semestre in corso il saggio del principale strumento di rifinanziamento della BCE pari a zero, il coefficiente risulta di otto punti percentuali. Sebbene il tasso di riferimento sia attualmente pari a zero, la convinzione relativa alla funzione dissuasiva e sanzionatoria degli interessi *de quibus* non viene certamente meno, specie il loro ammontare viene posto a confronto con il saggio legale degli interessi attualmente sancito dall'art. 1284 c.c. nella misura dello 0,5%: in questo senso si pronuncia anche A. FINESSI, *Contratti tra imprese e disciplina del tempus solutionis dei corrispettivi pecuniari*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, 830.

⁴⁸⁸ Con specifico riguardo ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, l'art. 2 lett. g) d. lgs. 231/2002 specifica le voci da includere sì da determinare l'ammontare complessivo della somma capitale. Nessuna ragione impedisce di tener conto di quest'indicazione pure ai fini del calcolo degli interessi punitivi previsti dagli artt. 1284, commi 4 e 5, c.c. e 3 l. 192/1998.

⁴⁸⁹ Lo ha ammesso Corte Cost. 2 aprile 1980, n. 50, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1981, con nota di C. E. PALIERO, dovendosi pronunciare sulla legittimità costituzionale di una norma che puniva con quindici giorni di arresto e 880 mila lire di ammenda la circolazione di veicoli che superino il peso consentito di trenta quintali (in senso contrario, v. la precedente Corte Cost. 15 maggio 1963, n. 67, disponibile su www.cortecostituzionale.it). Peraltro, nel medesimo arresto, la Consulta ha stabilito che il dubbio di compatibilità tra pena fissa ed art. 27 Cost. può essere superato qualora, « per la natura dell'illecito

vincolano il legislatore nella configurazione di sanzioni civili che, pur condividendo con la sanzione criminale la funzione deterrente e punitiva, hanno un contenuto immediatamente e meramente patrimoniale.

Una seconda versione nella regolamentazione legale del *quantum* dell'oggetto delle pene pecuniarie private, che potremmo chiamare 'giudiziale', si ha nei casi in cui la liquidazione della prestazione richiede un'attività di commisurazione, che la norma rimette alla discrezionalità del giudice. Esiste, qui, uno spazio per l'adeguamento della sanzione ad aspetti particolari del caso concreto: similmente a quanto accade, di regola, nel sistema penale. Diversi, rispetto a quest'ultimo, sono invece i margini entro cui si colloca l'esercizio del potere discrezionale di commisurazione della prestazione.

Come è noto, nel conformare la risposta punitiva alle caratteristiche del caso concreto, il giudice penale soggiace sempre ad un duplice ordine di limiti. Da una parte, vi è il quadro edittale fissato dalla singola norma incriminatrice, ovvero un tetto massimo ed un ammontare minimo al di là dei quali la pena non può andare. E, dall'altra parte, vi sono i criteri di commisurazione stabiliti, una volta per tutte, dall'art. 133 c.p., in relazione alle pene detentive, e dall'art. 133-*bis* c.p., con riferimento alle pene pecuniarie.

A questo riguardo, va inoltre precisato che la prefigurazione di detti limiti s'impone allo stesso legislatore penalistico, in virtù della norma costituzionale che sancisce il principio di stretta legalità. È pacifico, infatti, che l'art. 25, comma 2, Cost., a tenore del quale « [n]essuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso », abbia quale referente non soltanto il fatto di reato, bensì anche la sanzione penale ed elevi, quindi, al rango più elevato delle fonti non solo la regola del *nullum crimen sine lege*, ma altresì quella del *nulla poena sine lege*.

Per contro, se si guarda al sistema delle pene pecuniarie private, ci si accorge che il legislatore civilistico non impiega altrettanto rigore nella definizione della cornice in cui s'inscrive l'esercizio del potere giudiziale di commisurazione; mostrando, così – anche

sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente 'proporzionata' rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato ». Tant'è vero che pene predeterminate *ex lege*, pur non essendo così frequenti, continuano ad esistere all'interno del codice penale. Basti pensare alle disposizioni che comminano l'ergastolo; oppure, all'art. 630, comma, 2, c.p. che commina la pena di trenta anni di reclusione in relazione al sequestro di persona a scopo di rapina od estorsione cui sia conseguita la morte del sequestrato; o, ancora, all'art. 250 c.p. che sanziona il commercio con il nemico in tempo di guerra con la multa pari al quintuplo del valore della merce.

⁴⁹⁰ Vedi *supra* cap. II § 5.

sul piano degli effetti giuridici, come già sul piano della fattispecie – di non ritenersi obbligato a rispettare il principio costituzionale di stretta legalità.

Così, vi sono disposizioni che contengono soltanto un tetto massimo. Tale è, ad esempio, l'art. 815, comma 4, c.p.c., secondo cui « nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione » dell'arbitro rituale, il presidente del tribunale « condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense ». E tale è anche l'art. 26, comma 1, d. lgs. 104/2010, a tenore del quale il giudice amministrativo « può [...] condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati ». Ve ne sono altre che contemplano soltanto un ammontare minimo. Tale è, ad esempio, l'art. 3, comma 3, l. n. 431 del 9 dicembre 1998, in base al quale il locatore che « abbia riacquisito la disponibilità dell'alloggio a seguito di illegittimo esercizio della facoltà di disdetta ai sensi del presente articolo è tenuto a corrispondere » una prestazione pecuniaria (impropriamente definita risarcimento) « al conduttore in misura non inferiore a trentasei mensilità dell'ultimo canone di locazione percepito ». Ve ne sono altre ancora che indicano soltanto i parametri di commisurazione senza stabilire alcun importo minimo o massimo. Tale è, ad esempio, l'art. 12 della legge 47/1948, a mente del quale la liquidazione della somma dovuta a titolo di riparazione per diffamazione a mezzo stampa deve avvenire sulla base della gravità dell'offesa e della diffusione dello stampato. E tale è, altresì, l'art. 614-*bis* c.p.c. che prescrive al giudice di determinare la misura di coercizione indiretta tenendo « conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile ». Ed infine vi sono previsioni normative che non includono né parametri né limiti edittali. Tali sono l'art. 96, ultimo comma, c.p.c. che contiene un semplice rimando all'equità giudiziale, nonché gli artt. 124 e 131 c.p.i. e 156 l.a. che autorizzano il giudice della proprietà intellettuale ad irrogare misure di coercizione indiretta senza nulla aggiungere.

È piuttosto singolare che la letteratura civilistica abbia avanzato considerazioni esattamente antitetiche, muovendo dalla comune osservazione della differenza che intercorre tra i contorni sfumati del quadro in cui si situa la commisurazione giudiziale

delle pene pecuniarie private e la fissità della cornice entro cui si colloca la commisurazione giudiziale delle pene di diritto criminale.

Così, da un canto, vi è chi, argomentando a partire da tale divergenza, ha escluso che le prestazioni pecuniarie, collegate dalla legge al compimento di un illecito civile, rivestano natura giuridica di pena e, quindi, svolgano le medesime funzioni di deterrenza e punizione, ordinariamente, assolte dalla sanzione penale. Ad esempio, un autore ha sostenuto che la misura di coercizione indiretta *ex art. 614-bis c.p.c.* non possa svolgere alcun compito afflittivo, atteso che detta disposizione non fissa un massimo ed un minimo edittale⁴⁹¹.

Dall'altro canto, vi è invece chi, dopo aver accertato la vocazione deterrente-punitiva di una misura, ha tratto dagli ampi margini di libertà lasciati al giudice civile nella liquidazione della stessa – non già la smentita, bensì – la conferma dell'intenzionalità normativa di reprimere e dissuadere con la maggior forza possibile il comportamento vietato⁴⁹².

Ad avviso di chi scrive, è questa seconda l'opinione da ritenersi corretta. È ragionevole immaginare che nell'apporre i confini che circondano l'attività di commisurazione di alcune pene pecuniarie private, il legislatore lasci scientemente taluni spazi aperti al successivo insinuarsi della potestà punitiva giudiziale. Non v'è, infatti, chi non veda che il monito di una pena incerta incute un timore decisamente più elevato rispetto alla minaccia di una pena contenuta entro un ammontare, almeno in qualche misura, certo. Ed è sommamente improbabile che questo dato di comune esperienza sfugga proprio al legislatore.

Del resto, l'opinione secondo cui non vi è pena se non vi sono limiti edittali risulta viziata dal consueto errore metodologico – già denunciato nel corso del ragionamento svolto a proposito delle interferenze tra funzione delle pene pecuniarie private e principio di colpevolezza⁴⁹³ – che consiste nella pretesa di inferire la natura giuridica di istituti di diritto civile attraverso l'impiego di concetti validi soltanto per il diritto penale.

⁴⁹¹ Il riferimento è a S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale* cit., 971

⁴⁹² In questo senso si esprimono, ad esempio, VACCARI, *op. cit.*, 77, in relazione all'art. 96, comma 3, c.p.c.; BARATELLA, *op. cit.*, 77, nt. 161, a proposito dell'art. 3 l. 431/1998; ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile* cit., 290 con riguardo all'art. 12 l. 47/1948.

⁴⁹³ V. *supra* cap. II § 5.

Oltre a presentare questo intrinseco difetto, l'opinione sopra riportata trae, potenzialmente, seco un corollario indesiderabile. Infatti, asserire che sono le modalità indicate dalla norma per la liquidazione della sanzione a decretarne l'essenza punitiva o meno significa aprire, virtualmente, un varco a pene vere e proprie, slegate da qualsivoglia vincolo di origine legale. Difatti, opinando in questo modo, potrebbe restare finanche esclusa la natura penale di una pena in senso stretto, qualora questa sia stabilita dal legislatore senza prefigurare alcun limite edittale o parametro per la sua commisurazione. Così, ad esempio, se portato alle sue estreme conseguenze, quel criterio di riconoscimento potrebbe condurre ad escludere che sia qualificabile come pena la privazione della libertà personale che un dispositivo giuridico, in ipotesi, riconnetta al compimento di un determinato illecito, lasciando l'organo giudiziale completamente libero di fissarne la durata. E – si osservi – una volta respinta tale qualifica, non vi sarebbe modo per ricondurre detta sanzione entro l'argine garantistico che – come detto poc'anzi – deve necessariamente circondare l'esercizio del potere discrezionale di commisurazione che compete al giudice penale.

Da ultimo, contro l'opinione che disconosce la funzione punitiva di una misura in ragione dell'assoluta discrezionalità giudiziale nel quantificarla, può essere addotto l'argomento comparatistico dei *punitive damages*. Assumendo quale punto di riferimento la versione statunitense di questi ultimi, si può osservare che per lungo tempo – e, precisamente, fino al processo di costituzionalizzazione, di cui si parlerà a breve – la commisurazione dei danni punitivi è stata affidata ad un giudice, ora, togato, ora, non togato, ma comunque slegato da vincoli prestabiliti. Eppure, dottrina e giurisprudenza americana non hanno mai messo in discussione che la finalità dell'istituto risiedesse nell'esigenza di punire contegni illeciti di peculiare riprovevolezza e scoraggiarne la ripetizione, paventando, al contrario, il pericolo che l'assenza di criteri precisi nella liquidazione dei danni punitivi desse vita ad una sorta di lotteria e finisse così per determinare un risultato di *overdeterrence*⁴⁹⁴.

Una volta assodato che l'imprecisione, con cui il legislatore definisce i contorni della commisurazione giudiziale di talune pene pecuniarie private, non vale a revocarne in dubbio la funzione deterrente e punitiva, occorre porsi il distinto problema della compatibilità tra contorni così sfumati e principi costituzionali. Nel rispondere a questo

⁴⁹⁴ In questo senso v. P. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Bloomsbury Publishing, London, 1997, 159 ss.

interrogativo, si può procedere in maniera piuttosto spedita, profittando delle considerazioni già svolte, esaminando le modalità di configurazione della fattispecie delle figure normative in parola. Così, è appena il caso di ribadire, anche in relazione a questo nuovo contesto, che l'introduzione di pene pecuniarie private, ad opera del legislatore, non deve, necessariamente, avvenire nel rispetto dei rigorosi canoni discendenti dal principio di stretta legalità *ex art. 25, comma, 2 Cost.*, ma deve, semplicemente, soddisfare la più lata esigenza di legalità, che l'art. 23 Cost. esprime in relazione a qualsivoglia prestazione patrimoniale imposta. In ragione del suo carattere maggiormente blando, la riserva relativa contenuta in quest'ultima norma non esige, a differenza della riserva assoluta contemplata dalla prima, che siano predeterminati *ex lege* criteri di commisurazione della pena e limiti edittali; bensì, richiede che la norma stabilisca criteri direttivi o limiti edittali, sì da non lasciare la determinazione quantitativa della prestazione patrimoniale al totale arbitrio di un organo diverso da quello legislativo⁴⁹⁵.

Rebus sic stantibus, dubbi di legittimità costituzionale possono profilarsi, unicamente, in relazione a disposizioni che non contengono alcuna indicazione legale relativa alla liquidazione della pena pecuniaria privata – quali gli artt. 124 e 131 c.p.i. e l'art. 156 l.a.⁴⁹⁶ – oppure a quelle che compiono un rinvio al giudizio, per sua natura fluido, di equità – come l'art. 96, comma 3, c.p.c.⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ In questo senso è l'opinione la maggior parte dei costituzionalisti: per tutti, v. A. FEDELE, *sub art. 23 Cost.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1978, 100 s. E, nello stesso modo, anche la Corte Cost. 23 maggio 1973, n. 67, in *Giur. cost.*, 1974, 811 ss. e Corte Cost. 8 luglio 1957, n. 122, in *Giur. cost.*, 1957, 1101 ss.).

⁴⁹⁶ Il silenzio del legislatore si riflette nelle decisioni giurisprudenziali che tendono a sottacere i criteri impiegati nella commisurazione della misura compulsiva specialistica: v., infatti, App. Firenze 14 ottobre 2014, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Bologna 22 dicembre 2015, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Roma 5 gennaio 2015, disponibile su www.leggiditalia.it; Trib. Torino, ord. 7 marzo 2014, in *IDI*, 2015, 55, con nota di F. RUSSO.

⁴⁹⁷ La mancanza nell'art. 96, comma 3, c.p.c. di una *taxatio* – ovvero di un parametro cui il giudice deve attenersi nella liquidazione della sanzione e di un massimo che il giudice non può superare – comporta una violazione del principio di legalità secondo F. D. BUSNELLI e A. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e resp.*, 2012, 593, G. FINOCCHIARO, *Somme determinate in via equitativa anche d'ufficio: una condanna di natura risarcitoria o sanzionatoria?*, in *Guida dir.*, 2010, 225; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2015, 437. Negano, invece, che la formulazione dell'art. 96, comma 3, c.p.c. presenti profili di incostituzionalità A. LOMBARDI, in A. LOMBARDI e R. GIORDANO, *Il nuovo processo civile*, 2009, Nel diritto editore, Roma, 2009, 145, Cass., ord. 30 novembre 2012, n. 21570, disponibile su www.ilcaso.it, Trib. Roma 11 gennaio 2010, in *Giur. mer.* 2010, 2175 ss.; e Trib. Min. Milano, decr. 4 marzo 2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 809, con nota di A. CARRATTA.

Oltre a comportare un problema di legalità, la formulazione *minus quam perfecta* dell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. determina anche un problema di uniformità e, quindi, un potenziale *vulnus* in punto di uguaglianza. Per accorgersene, basta dare uno sguardo alla varietà delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza o suggerite in letteratura per indirizzare il giudice nella commisurazione della prestazione

Se, sotto il profilo della legittimità costituzionale, pongono problemi soltanto le disposizioni in cui manca qualsivoglia criterio di commisurazione, sul piano dell'opportunità, può destare preoccupazione ogni previsione legislativa che sia formulata in maniera tale da lasciare all'organo giudiziale lo spazio per una liquidazione esorbitante della pena pecuniaria privata. Così, ad esempio, la mancata fissazione di un tetto massimo potrebbe dar luogo a quantificazioni generose della prestazione sanzionatoria, stimolando, ad esempio, la proposizione di domande volte a conseguire tale guadagno e conducendo, per tale via, ad un indesiderabile aumento del contenzioso giudiziale⁴⁹⁸.

Peraltro, occorre precisare che, negli uni come negli altri casi, il vuoto di disciplina che l'ordinamento lascia intorno alla commisurazione giudiziale della pena pecuniaria privata, non si risolve in vere e proprie lacune, in lacune di natura tecnica. Difatti, nelle ipotesi dianzi evocate, il legislatore non omette di qualificare deonticamente l'attività di irrogazione della prestazione sanzionatoria, bensì disegna, intenzionalmente, uno spazio di diritto, entro cui la liquidazione giudiziale arbitraria oppure eccessiva non è vietata, bensì permessa. A questa stregua, nei casi in parola possono ravvisarsi, al più, lacune di natura assiologica, lacune, cioè, che, a differenza di quelle tecniche, non si riscontrano già « nell'ordinamento giuridico qual è », ma derivano « dal confronto tra l'ordinamento giuridico qual è e quale dovrebbe essere »⁴⁹⁹, rispettivamente, secondo i valori cristallizzati nella Costituzione⁵⁰⁰ o secondo le valutazioni di opportunità compiute dell'interprete.

Ora, traendo spunto da riflessioni fatte *de iure condendo*, le lacune assiologiche non si prestano ad essere direttamente colmate dalla giurisprudenza mediante lo strumento

pecuniaria in parola. Tra gli indici proposti vi sono, ad esempio, l'intensità del dolo o la gravità della colpa (v. Trib. Verona 25 febbraio 2013, inedita; DALLA MASSARA, *op. cit.*, 69 e VACCARI, *op. cit.*, 79), profitto ingiusto avuto di mira dal responsabile dell'abuso (v. Trib. Milano, 12 gennaio 2012, in *Giur. it.*, 2013, 1885, con nota di R. BRENDA, e BUSNELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 590), l'entità della condanna alle spese giudiziali liquidate (v. Trib. Padova, ord. 16 gennaio 2014, inedita; Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 23 dicembre 2013, in *Osservatorio Mediazione Civile* 2014; MORLINI, *op. cit.*, 2098), il capitale riconosciuto alla parte vittoriosa (v. Trib. Milano 27 giugno 2015, inedita; Trib. Brescia 15 gennaio 2014, disponibile su www.ilcaso.it, Trib. Lodi 4 marzo 2013, inedita), la durata del processo (v. Trib. Verona 19 giugno 2014, disponibile su www.ilcaso.it).

⁴⁹⁸ Problema, questo, emerso nell'esperienza dei *punitive damages*, come racconta M. S. ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, in *Quadr.*, 1989, 430.

⁴⁹⁹ Così BOBBIO, *op. ult. cit.*, 257.

⁵⁰⁰ È di R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, X, 1993, Torino, 275 la proposta di includere nel novero delle lacune assiologiche l'ipotesi in cui una disposizione non prevede una certa cosa che dovrebbe invece prevedere per risultare conforme alla Costituzione.

dell'*analogia legis* o *iuris*⁵⁰¹. Purtuttavia, la constatazione di questo genere di lacune consente al giurista di formulare ragionamenti che, eventualmente, potrebbero rivestire anche forma analogica, e che, in ogni caso, debbono assumere la cauta veste di suggerimenti rivolti al legislatore o – limitatamente ai casi in cui il vuoto di disciplina comporta l'illegittimità costituzionale della norma – alla Corte Costituzionale⁵⁰².

Una volta operato questo *self restraint*, si può procedere oltre, tentando di immaginare modalità potenzialmente idonee a limitare la discrezionalità, di cui il giudice dispone in ordine alla commisurazione di talune pene pecuniarie private. E, in questa prospettiva – secondo il metodo ricostruttivo più volte annunciato – si può volgere anzitutto lo sguardo all'esperienza maturata intorno alla *law of punitive damages*.

Qui, l'asserita incompatibilità tra liquidazioni eccessive di danni punitivi e clausola del *due process of law*⁵⁰³ ha dato infatti modo alla Corte Suprema statunitense di avviare un processo di costituzionalizzazione⁵⁰⁴, che ha consentito di sottoporre l'istituto ad una «drastica "cura dimagrante"»⁵⁰⁵, offrendo, *medio tempore*, l'occasione per elaborare possibili soluzioni per razionalizzare il *quantum* di prestazioni pecuniarie irrogate a titolo di punizione civile.

⁵⁰¹ Sul punto v. il recente ammonimento di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* cit., 51 s.

⁵⁰² O, forse, sarebbe meglio dire al giudice che intenda rimettere al vaglio della Corte Costituzionale le disposizioni che tacciono sui criteri di calcolo della pena pecuniaria privata, sollecitando la pronuncia di una sentenza additiva. Difatti, non è compito della Corte Costituzionale quello di inventare la norma da aggiungere alla disposizione legislativa lacunosa, bensì è il giudice a quo a dover indicare il verso dell'addizione (sul punto v. BIN e PITRUZZELLA, *op. cit.*, 498).

⁵⁰³ La clausola del *due process of law* è contenuta nel XIV emendamento della costituzione statunitense, a mente del quale «nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà se non a seguito di un regolare procedimento legale». Secondo quanto affermato dalla Corte Suprema nel caso *Bmw of North America v. Gore*, 517 U.S. 415 (United States Supreme Court, 1996), detta clausola richiede che a ciascun individuo venga data «*fair notice [...] of the severity of the penalty that a State may impose*»⁵⁰³.

⁵⁰⁴ Le tappe di questo percorso sono *Bmw of North America v. Gore*, 517 U.S. 415 (United States Supreme Court, 1996); *State Farm Mutual Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (United States Supreme Court, 2003); *Philip Morris Usa Inc. v. Williams*, 549 U.S. 346 (United States Supreme Court, 2007); *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (United States Supreme Court, 2008), e in *Intern Lexis*, 2008, 166 con nota di E. SILVESTRI, *Punitive Damages (ultimo atto)*. La sentenza *Exxon Shipping Co. v. Baker*. Per una ricognizione *funditus* delle tappe di costituzionalizzazione dei danni punitivi si può fare rinvio a FRANCESCA BENATTI, *op. cit.*, 61 ss.

È piuttosto curioso notare come questo processo sia sfuggito a taluni giudici della Corte di cassazione italiana. Così, ad esempio, in Cass. 27 settembre 2011, n. 19702, in *www.leggiditalia.it* si legge: «la clausola penale [...] assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare della penale venga a configurare secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale può essere equamente ridotta. Pertanto, deve escludersi che la clausola penale possa esser ricondotta all'istituto nord-americano dei *punitive damages* avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un astratto sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente sofferto».

⁵⁰⁵ L'espressione tra virgolette è di BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* cit., 231.

Cominciando dall'esito finale di questo percorso, va dato conto del caso *Exxon Shipping Co. v. Baker*, con cui, nell'anno 2008, la Corte Suprema ha stabilito che l'ammontare liquidato a titolo di *punitive damages* non deve mai superare quello concesso a titolo di *compensatory damages*. È ragionevole prevedere che la risonanza di questo epilogo varrà a spegnere gradualmente le voci della nostra dottrina e giurisprudenza che assimilano i *punitive damages* a risarcimenti abnormi e sproporzionati rispetto all'effettiva dimensione del danno. Ed è inoltre verosimile ritenere che quell'epilogo ridurrà al minimo le domande di *exequatur* aventi ad oggetto sentenze comminatorie di danni punitivi di ammontare esorbitante, rendendo pressoché vana la facoltà che il considerando n. 32 del reg. 864/2007/UE accorda ai giudici continentali di negare ingresso a « danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva » per contrasto con l'ordine pubblico⁵⁰⁶. Talché, per quanto riguarda l'Italia, la soluzione del problema del riconoscimento dei *punitive damages* continuerà, in definitiva, a dipendere dal ruolo che s'intenda attribuire al principio di legalità.

Tornando, dopo questo inciso, al tema della commisurazione giudiziale di prestazioni sanzionatorie di diritto interno, va osservato che la regola, formulata in fine al caso *Exxon* con riguardo ai danni punitivi, non risulta adatta al sistema delle pene pecuniarie private. Infatti, la soluzione di fissare il tetto massimo della prestazione sanzionatoria, *per relationem*, nell'ammontare del *quantum damni* postula che quella venga liquidata accanto ed in aggiunta all'obbligazione risarcitoria. Ciò che, in effetti, accade nel caso dei *punitive damages*, i quali – come si è indicato in sede di considerazioni preliminari – rappresentano, almeno di regola, un rimedio ancillare ai *compensatory damages*. Per contro – come si dirà diffusamente più avanti – nel sistema delle pene pecuniarie private il cumulo tra prestazione sanzionatoria e prestazione risarcitoria costituisce una mera eventualità.

Decisamente più adatti al sistema in esame, sembrerebbero essere, invece, i tre criteri enunciati dalla Corte Suprema nel 1996, a margine del caso *Bmw of North America v. Gore* (prima tappa del percorso di costituzionalizzazione dei *punitive damages*). In particolare, secondo la Corte, la quantificazione della somma dovuta a titolo di danni

⁵⁰⁶ Per un commento al considerando v. P. FRANZINA, *Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile. Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, a cura di A. Bonomi, Giappichelli, Torino, 2009, 1042 ss. e dottrina ivi citata alla nt. 287.

punitivi dovrebbe tener conto: i) della gravità della condotta, ovvero, di tutte le circostanze pertinenti, in grado di esprimere il concreto disvalore del fatto; ii) del danno, attualmente o potenzialmente, correlato all'evento lesivo; iii) l'entità di sanzioni civili astrattamente previste dalla legge in relazione a fatti illeciti comparabili a quello realizzato.

Ora, la funzionalità di questi criteri, in vista del contenimento dell'arbitrio e degli eccessi dianzi perpetrati da giudici e giurie, è dimostrata da uno studio statistico, da cui emerge che nel 2001 – dunque, prima delle direttive impartite dalla Corte Suprema con il caso *Exxon* – l'importo medio della somma concessa a titolo di *punitive damages* risultava pari ad appena 25.000 dollari nei *tort cases* e ad appena 83.000 dollari nei *contract cases*⁵⁰⁷.

Peraltro, l'efficienza della soluzione seguita nella *law of punitive damages* non consente di trasferirla *de plano* all'interno del sistema delle pene pecuniarie private. O meglio, mentre il legislatore deve ritenersi naturalmente libero di importare quelle *regulae iuris* per il sol fatto che la loro sperimentazione, da parte di altri ordinamenti, abbia sortito risultati soddisfacenti, lo stesso non possono fare i giudici della Corte Costituzionale.

Onde evitare di annullare le disposizioni che rimettono alla assoluta discrezionalità giudiziale la commisurazione della pena pecuniaria privata⁵⁰⁸, la Consulta potrebbe scegliere di colmare le lacune assiologiche ravvisabili in quelle previsioni normative pronunciando sentenze additive, ovvero integrandole attraverso regole che ripristinino la legalità costituzionale. Queste regole, però, non possono essere create *ex novo*, imitando esperienze straniere, ma debbono essere tratte dalla disciplina nazionale che regola situazioni analoghe. Sicché, la Corte Costituzionale ben potrebbe ancorare la commisurazione delle misure compulsive industrialistiche o della pena per lite temeraria a parametri quali la gravità della condotta, il danno quantificato o prevedibile, all'entità di sanzioni civili stabilite in relazione a condotte comparabili, ma soltanto dopo avere, previamente, accertato che detti parametri trovino qualche riscontro in criteri normativi fissati dalla legge italiana per la liquidazione di altre pene pecuniarie private.

⁵⁰⁷ Lo riporta VISSCHER, *op. cit.*, 471 s., traendo da ciò argomento per dimostrare come la paura dei giuristi di *civil law* di fronte ai *punitive damages* risulti, a ben vedere, infondata.

⁵⁰⁸ Soluzione, questa, che provocherebbe una lacuna di tipo tecnico.

Così, per quanto concerne le norme che contengono misure compulsive a carattere di specialità, la declaratoria di incostituzionalità potrebbe essere evitata, recuperando le indicazioni che l'art. 614-*bis* c.p.c. fornisce al giudice in ordine alla quantificazione della misura di coercizione indiretta a portata generale⁵⁰⁹. Oltre a compiere espressa menzione del parametro del danno quantificato o prevedibile, detta disposizione contiene un riferimento a criteri idonei ad esprimere la gravità della condotta quali il valore della controversia, alla natura della prestazione e ad ogni altra circostanza utile.

Ed ai parametri indicati dall'art. 614-*bis* c.p.c. la Corte Costituzionale potrebbe agganciare, altresì, l'esercizio del potere equitativo giudiziale di liquidazione della somma che il litigante temerario deve pagare alla controparte: infatti – come correttamente evidenziato in dottrina – la disposizione predetta e l'art. 96, comma, 3 c.p.c. condividono la « generalissima *mens legis* di favorire un più rapido ed efficiente funzionamento della giustizia civile » oltreché « l'impiego della tecnica consistente nel determinare un meccanismo di sanzione pecuniaria a carico della parte “non collaborativa” »⁵¹⁰. Infine, un limite alla discrezionalità giudiziale potrebbe essere fissato dalla Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. nella parte in cui non prevede che la sanzione per l'abuso del processo civile debba restare al di sotto del doppio delle spese giudiziali liquidate, ovvero del tetto massimo che l'art. 26 d. lgs. 28/2010 pone in relazione alla sanzione ivi stabilita per l'abuso del processo amministrativo⁵¹¹.

5. – Resta, a questo punto, da dire della terza sfumatura che traspare nella regolamentazione del *quantum* dell'oggetto delle pene pecuniarie private. Si tratta di una modalità di liquidazione della prestazione sanzionatoria che potremmo designare

⁵⁰⁹ In dottrina, si esprime a favore dell'estensione dei criteri previsti dall'art. 614-*bis* c.p.c. alle *astreintes* industrialistiche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, 2010, 210.

⁵¹⁰ Così DALLA MASSARA, *op. cit.*, 67 s. L'a. precisa, però, che l'estensione dei criteri fissati nell'art. 614-*bis* c.p.c. all'art. 96, comma 3, c.p.c. può ritenersi ammessa soltanto nei limiti della compatibilità. Così, nel quantificare la pena a carico del litigante temerario, il giudice potrà essere obbligato a tener conto del valore della controversia, del danno quantificato o prevedibile, ma non anche della natura della prestazione, posto che quest'ultimo elemento risulta inconferente rispetto alla pena pecuniaria privata sancita in relazione alla lite temeraria.

⁵¹¹ Questo limite edittale è rispettato, ad esempio, nella pronuncia del Trib. Roma 29 maggio 2014, disponibile su www.adrintesa.it

‘negoziale’, in quanto necessita di un attività di commisurazione che la norma affida alla volontà dei privati.

Anche in questo contesto, è utile focalizzare l’attenzione sugli argini che l’ordinamento pone intorno all’esercizio del potere di liquidazione della pena; limitandosi, inizialmente, alle sole indicazioni che emergono, in maniera inequivocabile, dal testo della legge.

Talvolta, al fine di orientare l’autonomia privata, la legge traccia dei confini oltre i quali questa non può andare. Segnatamente, vi sono norme che contengono un tetto massimo: tale è, ad esempio, l’art. 70 disp. att. c.c. secondo cui la sanzione per le infrazioni al regolamento condominiale può esser irrogata dall’assemblea in una somma non superiore a 200 euro e, in caso di recidiva, a 800 euro. E vi sono invece altre norme che contemplano un limite minimo. Così, l’art. 3, comma 3, l. 192/1998 ammette subfornitore e committente a pattuire interessi moratori soltanto ad un saggio superiore a quello legale, dal che si arguisce che gli interessi punitivi convenzionali ivi previsti non possono scendere al di sotto del tasso soglia maggiorato di otto punti percentuali. Ed un limite minimo debbono rispettare pure le parti di transazioni commerciali, qualora decidano di concordare un tasso differente da quello stabilito *ex lege*: in questo caso, gli interessi punitivi convenzionali possono essere determinati in una misura – superiore od anche – inferiore al tasso soglia maggiorato di otto punti percentuali, ma non debbono mai culminare in una pattuizione gravemente iniqua in danno del creditore, pena, *ex art. 7 d. lgs. 231/2001*, la nullità della relativa clausola.

Altre volte, il controllo dell’ordinamento sulla potestà punitiva dei privati non è già racchiuso nel contenuto della disposizione di legge, ma è comunque previsto ed affidato ad un intervento eventuale del giudice. Così, l’ammontare della prestazione dovuta a titolo di penale può essere, in principio, liberamente determinato dai contraenti; salvo, poi, risultare esposto alla riduzione equitativa giudiziale, che l’art. 1384 c.c. consente « se l’obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento ».

In fine, vanno collocati i casi in cui la commisurazione negoziale della pena appare svincolata da qualsivoglia condizionamento legale preventivo o controllo giudiziale successivo. Tra questi, vi è, in primo luogo, l’ipotesi della caparra confirmatoria. In

secondo luogo, vi è il patto sugli interessi moratori che, a tenore dell'art. 1224, comma 2, c.c., i privati possono stipulare qualora intendano derogare al saggio legale previsto dall'art. 1284 c.c. E vi è, in terzo luogo, la misura compulsiva atipica che, ai sensi dell'art. 11, comma 3, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, le parti possono inserire nel processo verbale contenente l'accordo raggiunto all'esito del procedimento di mediazione per prevenire e sanzionare « ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento ».

Mentre nel contesto della commisurazione giudiziale di talune pene pecuniarie private, il tema cruciale è quello connesso al rispetto della riserva relativa di legge contenuta nell'art. 23 Cost., nell'ambito della commisurazione negoziale di altre pene pecuniarie private, la questione di maggiore urgenza è quella legata al contenimento di prestazioni sanzionatorie eccessive. Questione che, com'è evidente, emerge nelle sole figure – richiamate da ultimo – in cui il legislatore lascia i privati completamente liberi da vincoli, oltreché nelle ipotesi – mentovate più in alto – in cui la previsione normativa si limita a fissare un importo minimo; e che potrebbe rinvenire una soluzione soddisfacente nell'applicazione analogica, a tali casi, della regola che prevede la facoltà di moderazione giudiziaria della penale.

Procedendo con ordine in questa direzione, occorre preliminarmente comprendere se questi vuoti di disciplina si risolvano in semplici maldestrezze, incongruenze o incompletezze della legge, oppure rappresentino vere e proprie lacune⁵¹².

E, a tal fine, si può cominciare coll'osservare che nell'ordinamento esiste – da una parte – una disposizione di legge che vieta ai privati di pattuire una prestazione penale eccessiva ed esistono – da altra parte – un certo numero di prestazioni sanzionatorie, in relazione alle quali tale divieto non è stabilito. Vi sono cioè – impiegando concetti elaborate dagli studi di teoria generale – una norma particolare inclusiva – quella

⁵¹² In particolare, l'esistenza di una lacuna viene negata con riguardo alla caparra confirmatoria. In particolare, si ritiene che la contiguità sistematica tra la disciplina della penale e la previsione normativa sulla caparra sarebbe un lapalissiano indice della volontà del legislatore di regolare in maniera difforme le due fattispecie, di talché, nell'art. 1385, comma 2, c.c., non vi sarebbe alcuna lacuna. L'argomento non è irresistibile. A quanto consta, in epoca antecedente alla codificazione del '42, l'ammontare delle caparre confirmatorie risultava statisticamente molto più esiguo rispetto a quello oggetto delle clausole penali (sul punto v. F. P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, 688); sicché, è ragionevole pensare che il legislatore non abbia inteso escludere la caparra dalla regola della riducibilità, bensì abbia semplicemente trascurato un caso reputato relativamente infrequente. Si tratta, quindi, di un vero e proprio *casus omissus*. D'altra parte, la prassi si è fatta carico di smentire la congettura del legislatore, come dimostra l'abbondanza delle decisioni giurisprudenziali in cui si fa questione di caparre confirmatorie eccessive.

contenuta nell'art. 1384 c.c. – ed una serie di casi non regolati – le prestazioni sanzionatorie suscettibili di essere commisurate dai privati in misura eccessiva.

Ora, secondo la teoria generale del diritto, da un quadro siffatto si delineano, astrattamente, le seguenti due soluzioni. La prima consiste nel ritenere che, per i casi non regolati, valga una norma generale esclusiva, che impone di escludere il caso non previsto dalla disciplina del caso legislativamente regolato. La seconda consiste nel ritenere che valga una norma generale inclusiva che, viceversa, prescrive di includere il caso non previsto nella disciplina del caso legislativamente regolato.

Di fronte ad un'alternativa siffatta, l'ordinamento giuridico presenta una lacuna – spiega Norberto Bobbio – tutte le volte in cui non risulta possibile all'interprete decifrare un « criterio per la scelta di quale delle due regole generali, quella esclusiva e quella inclusiva, debba essere applicata »⁵¹³.

Ebbene, quest'ultima circostanza si verifica nel caso che ci occupa. Difatti, la selezione tra norma generale esclusiva e norma generale inclusiva è irrimediabilmente ostacolata dalla contestuale esistenza di due principi giuridici che premono in direzioni diametralmente opposte. Da un lato, vi è l'esigenza di tutelare l'autonomia dei privati che, vietando di circondare lo svolgimento delle relazioni negoziali di limiti ulteriori a quelli legislativamente posti, deporrebbe in favore della formulazione di una norma dal tenore “tutto ciò che non è vietato è permesso” e, quindi in definitiva, condurrebbe ad escludere l'estensione dell'art. 1384 c.c. a pattuizioni diverse dalla clausola penale. E, dall'altro lato, vi è il divieto di arricchimenti ingiustificati che, prescrivendo che ogni spostamento patrimoniale rinvenga il proprio fondamento in una giusta causa, deporrebbe in favore della formulazione di una norma dal tenore “tutto ciò che non è permesso è vietato” e, quindi in definitiva, condurrebbe ad ammettere l'estensione del sindacato giurisdizionale ad ogni pattuizione manifestamente sproporzionata⁵¹⁴.

⁵¹³ Così BOBBIO, *Teoria generale del diritto* cit., 255

⁵¹⁴ Non a caso, il dibattito relativo alla possibilità di estendere alla caparra confirmatoria la facoltà di moderazione giudiziaria prevista dall'art. 1384 c.c., vede contrapporsi le seguenti due argomentazioni. Da un lato, vi è chi afferma che, attribuendo al giudice il potere di modificare il regolamento negoziale, debba esser riguardato alla stregua di una eccezione al principio generale dell'autonomia contrattuale e, in quanto tale, non sia suscettibile di applicazione in via analogica, giusta la proibizione espressa dall'art. 14 disp. prel. c.c. (così soprattutto la giurisprudenza: v., *ex multis*, Cass. 24 febbraio 1982, n. 1143, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 208). Dall'altro lato, vi è chi sostiene che l'art. 1384 c.c. sia invece espressione del principio generale che vieta l'arricchimento senza causa e, pertanto, non soggiaccia al limite fissato dall'art. 14 disp. prel. c.c., ma debba essere applicato in via analogica per espressa previsione dell'art. 12, comma 2, disp. prel. c.c. (così, in dottrina, BELLANTE, *op. cit.*, 108 e dottrina ivi citata ed, in giurisprudenza, App. Roma, 13 marzo 1959, in *Giust. civ.*, 1959, I, 584 s.).

Una volta chiarito che sono tecnicamente lacunose le disposizioni che non pongono argini all'esercizio del potere di commisurazione negoziale di talune pene pecuniarie private, si deve muovere oltre, cercando di valutare se tra queste figure normative e quelle per cui è legislativamente stabilito un meccanismo di controllo della potestà punitiva dei privati, esista una qualche somiglianza rilevante, ovvero se esista una qualità comune ad entrambe che rappresenti, al tempo stesso, la ragion sufficiente per cui il legislatore ha previsto quel meccanismo in relazione alle seconde. Infatti, nell'eventualità che tale verifica dia esito positivo, potrà ritenersi ammessa un'operazione di integrazione analogica e, così, potrà esser posto rimedio al problema – da cui si era partiti – del contenimento di prestazioni sanzionatorie eccessive.

Per compiere questa decisiva verifica, torna nuovamente utile fare luce sullo sfondo omogeneo sotteso al complesso sistema delle pene pecuniarie private e rammentarne, così, la prevalente colorazione deterrente e punitiva. È, infatti, entro questa dimensione eccentrica del diritto privato che si collocano gli atti negoziali in parola, atti negoziali – si badi – a cui l'ordinamento demanda non già il generico compito di costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici, bensì lo speciale ruolo di definire un certo divieto di agire e di statuire una pena adeguata per il trasgressore. Ed è proprio l'anomalia del ruolo accordato ai privati che riesce a spiegare come mai il legislatore decida, in certi casi, di introdurre l'ulteriore anomalia del controllo giudiziale su di un atto di autonomia. Insomma, la speciale causa deterrente e punitiva insita in questi negozi costituisce la ragione sufficiente a stabilire, per taluni di essi, un trattamento, bensì, eccezionale, ma che ben può assurgere a regola per tutti gli altri negozi non regolati similmente e che, però, rivelano la medesima situazione di specialità⁵¹⁵.

Verificata, in linea generale, la sussistenza di tutti i presupposti di un'integrazione analogica, si può scendere, ora, nel dettaglio, al fine di considerare le specifiche problematicità che tale operazione presenta in relazione alle singole figure normative.

Per quanto concerne gli interessi moratori convenzionali (di cui agli artt. 1224, comma 2, c.c., 3, comma 3, l. 192/1998, e 5 d. lgs. 231/2002), si deve anzitutto rilevare che la loro perfetta sovrapponibilità al paradigma della clausola penale ha generato, in dottrina ed in giurisprudenza, una pressoché totale concordia in merito all'applicabilità analogica a tali interessi delle regole dettate nell'art. 1382 e ss. c.c. e, perciò, anche in ordine alla

⁵¹⁵ Sul punto v. F. P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, 690 il quale riprende gli studi di N. Bobbio e K. English.

possibilità che la loro misura, qualora sia eccessiva, possa subire una decurtazione in nome dell'equità e per mano del giudice⁵¹⁶.

In merito alle modalità di esercizio di questo potere discrezionale, va osservato, poi, che il sistema di regole sulla riducibilità delineato dall'art. 1384 c.c. non risulta affatto incompatibile con una prestazione sanzionatoria che abbia un contenuto necessariamente pecuniario e che sia calcolata mediante la tecnica di quantificazione tipica degli interessi. Pertanto, allorquando ritenga di dover ridurre ad equità gli interessi moratori concordati, il giudice dovrà tenere conto dell'avvenuto pagamento parziale dell'obbligazione pecuniaria principale o della manifesta eccessività del tasso ultralegale pattuito, « avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento ».

Qualora, poi, debba ridurre gli interessi moratori eccessivi inseriti in un contratto tra imprese, il giudice potrà avvalersi – oltreché dei parametri previsti per la riduzione della penale – delle « circostanze del caso » che l'art. 7 d. lgs. 231/2002 elenca con lo scopo di orientare la valutazione giudiziale di grave iniquità, in danno del creditore, delle « clausole relative [...] al saggio degli interessi moratori »: ossia, « il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora [...] ». Infatti, sebbene indicate all'esclusivo fine di indirizzare la discrezionalità giudiziale in ordine all'accertamento di un tasso convenzionale troppo basso, le circostanze del caso ora dette ben possono essere impiegate anche nello svolgimento del sindacato – diametralmente opposto a quello preso in considerazione dal legislatore – su di un tasso convenzionale eccessivamente alto,

⁵¹⁶ Ragiona in questo modo la maggior parte della dottrina: v., *inter alios*, BARATELLA, *op. cit.*, 46 s., MAZZARESE, *op. cit.*, 205; M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 129; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, IV, Milano, 1964, 196; A. RAVAZZONI, voce *Mora del debitore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 909; T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna Roma, 1959, 564. In modo conforme si esprime anche O. T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Jovene, Napoli, 1984, 196 s. deducendo dall'identità tra penale ed interessi moratori la conseguenza che il patto relativo ai secondi non deve rivestire forma scritta *ad substantiam*, a differenza di quello avente ad oggetto interessi corrispettivi superiori alla misura legale (arg. ex art. 1284, comma 3, c.c.).

In giurisprudenza v. Cass. 21 giugno 2001, n. 8481, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1230. La qualificazione del patto sugli interessi moratori come clausola penale e la conseguente applicabilità della disciplina della seconda al primo è affermata nelle recenti decisioni dell'Arbitrato Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955, in *i Contratti*, 2015, 257 ss., con nota di G. COLANGELO, e Arbitrato Bancario Finanziario, Collegio di coordinamento, 23 maggio 2014, n. 3415, in *i Contratti*, 2014, 737 ss., con nota di F. P. PATTI. Posto che, nei casi decisi, la pattuizione manifestamente eccessiva degli interessi moratori era contenuta in contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore, detta pattuizione (non viene ridotta, ma) dichiarata nulla ai sensi degli artt. 33, comma 2, lett. f) e 36 d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (codice del consumo).

atteso che tali criteri valgono, semplicemente, a segnalare al giudice che la valutazione di equità deve essere compiuta alla luce del concreto contesto dell'affare concluso dalle parti.

Inoltre, la finalità normativa di punizione e di deterrenza che connota tutte le pene pecuniarie private impone di ritenere che il potere moderatore sul saggio degli interessi moratori convenzionali debba essere esercitato nel rispetto di un limite minimo, tale da evitare che il raggiungimento degli scopi fissati dal legislatore venga impedito dal giudice. Così, per quanto concerne specificamente il controllo sul patto avente ad oggetto interessi moratori esorbitanti che acceda ai contratti tra imprese, la discrezionalità giudiziale non è – come qualcuno ritiene⁵¹⁷ – completamente libera di scegliere il *quantum* della riduzione, ma deve attenersi alla soglia minima rappresentata dal saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE maggiorato di otto punti percentuali. Infatti, diversamente opinando, si consentirebbe al giudice di frustrare l'obiettivo, avuto di mira dal legislatore mediante la fissazione di tale tasso, di disincentivare ritardi di pagamento particolarmente allarmanti dal punto di vista economico e sotto il profilo delle loro ripercussioni sociali.

Per quanto riguarda, invece, il sindacato sul patto relativo agli interessi moratori accedente ad un contratto cui non si applica la normativa speciale, una riflessione incentrata sulle funzioni induce a ritenere che l'asticella, al di sotto della quale il giudice non può andare, debba essere fissata più in alto rispetto alla misura legale degli interessi moratori, quale risulta dal rinvio che l'art. 1224, comma 1 c.c. compie all'art. 1284, comma 1, c.c. Ammettendo i privati a derogare al saggio legalmente previsto, la legge consegna loro uno strumento sanzionatorio (secondo i più, risarcitorio, secondo noi, non risarcitorio, giusta l'irrelevanza del danno) teso a rinforzare la tutela dell'interesse all'adempimento spontaneo e tempestivo dell'obbligazione pecuniaria. Diversamente, come si è già avuto modo di dire, la prestazione degli interessi legali di mora altro non è che l'ovvio *pendant* della prestazione degli interessi corrispettivi che il debitore è tenuto a pagare, già prima dalla mora e, non a caso, nella medesima misura. Ecco, allora, che, se potesse riportare gli interessi moratori convenzionali eccessivi al saggio legale, il giudice risulterebbe libero di modificarne, insieme alla misura, anche la funzione e, in tal modo,

⁵¹⁷ Così FINESSI, *op. cit.*, 834 sostiene che al giudice sia astrattamente consentito fissare qualsiasi saggio e che, tuttavia, è verosimile immaginare che egli adeguerà spontaneamente il tasso degli interessi moratori pattuiti alla misura prevista dalla legislazione speciale.

di privare l'autonomia privata dello strumento sanzionatorio che la legge le aveva attribuito. Ma, evidentemente, cadrebbe in contraddizione con se stesso un sistema che, dopo aver riconosciuto, *ex ante*, la liceità e la meritevolezza della potestà punitiva dei privati, accordasse al giudice la facoltà di neutralizzarne, *ex post*, l'esercizio.

Concluso il discorso relativo agli interessi moratori convenzionali, si può procedere col riflettere sulla misura coercitiva che le parti possono convenire per suggellare i termini dell'accordo raggiunto in sede di mediazione, misura che l'art. 11, comma 3, d. lgs. 28/2010 ha introdotto senza impiegare alcuna precauzione volta impedire liquidazioni eccessive. Anche in questo caso, per colmare la lacuna lasciata dal legislatore, è sufficiente valorizzare i tratti di omogeneità strutturale e funzionale che accomunano questa peculiare misura compulsiva negoziale alla clausola penale ed alla misura di coercizione indiretta giudiziale contemplata dal codice di rito. Per tale via, diviene infatti possibile fondare la legittimità di un sindacato giudiziale in ordine all'equità del *quantum* della misura, che potrà svolgersi in apposito giudizio di cognizione o di opposizione all'esecuzione e che dovrà rispettare sia i criteri stabiliti dall'art. 1384 c.c., sia i parametri enunciati all'art. 614-bis c.p.c.⁵¹⁸.

Ora, mentre la riconducibilità allo schema ed alla disciplina della clausola penale delle pene pecuniarie private negoziali sinora considerate non suscita particolari dissenso nel panorama civilistico, altrettanto non può dirsi per quanto concerne la caparra confirmatoria⁵¹⁹.

⁵¹⁸ In questo senso v. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., 984

⁵¹⁹ Come è noto, all'annosa questione relativa alla possibilità di estendere alla caparra confirmatoria il potere di moderazione giudiziale che l'art. 1384 c.c. riferisce alla penale è stata, di recente, fornita una risposta negativa da parte di Corte Cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382 ss.; e, in termini praticamente identici, v. anche Corte Cost., ord. 26 marzo 2014, n. 77. Segnatamente, la Consulta ha affermato che il dubbio di incostituzionalità dell'art. 1385, comma 2, c.c., *in parte qua* non stabilisce per la caparra confirmatoria un potere giudiziale moderatore, analogo a quello previsto dall'art. 1384 c.c. per la penale, deve essere superato « in ragione della rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale) o (parziale) ex art. 1418 c.c. della clausola [che prevede la caparra eccessiva] per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede ». Si è trattato, però, di un epilogo soltanto apparente. Difatti, la miglior dottrina privatistica ha, immediatamente, fatto fronte comune contro la soluzione escogitata dalla Consulta, denunciando l'eccessività del mezzo impiegato rispetto al fine perseguito: onde attribuire al giudice il potere di diminuire la caparra – questa la censura – gli viene assegnato il potere di correggere l'intero contenuto contrattuale, dando vita, così, ad un principio potenzialmente sovversivo dell'autonomia privata (*ex multis*, v. le riflessioni critiche di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *i Contratti*, 2014, 927 ss.). Si aggiunga, poi, che la vasta eco di tali critiche è giunta sino alla Corte di cassazione la quale, nel giro di poco tempo, ha disatteso il *dictum* della Corte costituzionale; ricevendo, naturalmente, il plauso della letteratura civilistica (v. infatti, Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, citata come

Nell'ambito di riflessioni precipuamente tese a confutare l'estensibilità analogica alla caparra della norma che prevede la *reductio ad aequitatem* in relazione alla clausola penale, giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina⁵²⁰ hanno assunto un atteggiamento oltremodo analitico, cercando di isolare ogni singolo profilo di difformità tra le due fattispecie normative, onde piegarlo, poi, a sostegno di un'interpretazione *a contrario* dell'art. 1384 c.c.

Così, ad esempio, taluni hanno affermato che le esigenze di tutela del creditore e di spedita composizione dell'inadempimento inerirebbero soltanto alla caparra confirmatoria, sconsigliando di concedere al debitore il promovimento di un giudizio – appunto, quello volto ad ottenere la riduzione ad equità – in grado di vanificare la definizione sollecitata delle questioni sorte dall'illecito contrattuale. A questo argomento si può agevolmente ribattere, osservando che, invero, le medesime esigenze sussistono e possono essere parimenti frustrate anche a fronte della pattuizione di una clausola penale⁵²¹. Sicché, sotto questo profilo, non sussiste tra le due figure normative alcuna differenza.

In altri casi, il *discrimen* segnalato tra i due istituti, obiettivamente, esiste, ma non risulta, a ben vedere, rilevante al fine di escludere l'applicabilità alla caparra della regola che sancisce la riduzione giudiziale ad equità. Così, si è detto che la ragione per cui è previsto un potere moderatore per la penale, e non per la caparra confirmatoria, risiederebbe nel fatto che quest'ultima è naturalmente limitata in quanto può costituire solo una frazione del debito; oppure, che il fondamento di tale divergenza andrebbe ravvisato nella circostanza che la caparra venga consegnata, e non semplicemente promessa, al tempo della conclusione del contratto, garantendo maggiore prudenza da

esempio virtuoso da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* cit., 52). Alla luce di queste più recenti evoluzioni, appare del tutto evidente come la soluzione al problema del contenimento delle caparre confirmatorie di ammontare eccessivo deve tuttora passare attraverso l'applicazione analogica della *reductio ad aequitatem* legislativamente prevista soltanto in relazione alla clausola penale. Ragione per cui si è scelto di concentrare la trattazione svolta nel testo soltanto su questo tema.

⁵²⁰ La riduzione giudiziale equitativa della caparra confirmatoria è negata in giurisprudenza, ad esempio, da Cass. 1 dicembre 2000, n. 15391, in *Foro it. Rep.* 2000, voce *Contratto in genere*, n. 488, Cass. 24 febbraio 1982, n. 1143, in *Foro it. Rep.*, voce *Contratto in genere*, n. 208, Cass. 10 novembre 1977, n. 4856, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 176, con nota di A. MARINI; e in dottrina, da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* cit., 47 ss.; DE NOVA, in SACCO e DE NOVA, *op. cit.*, 175; MARINI, voce *Caparra* cit., 4. Favorevoli alla riducibilità della caparra confirmatoria sono CHERTI, *op. cit.*, 127 ss. ZOPPINI, *op. cit.*, 286 ss.; V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra* cit., 202, nt. 46. Quanto alla giurisprudenza, si può segnalare App. Roma 13 marzo 1959, in *Foro it.*, 1959, 644 ss.

⁵²¹ In senso conforme a quello qui sostenuto v. S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale*, in *i Contratti*, 2014, 871; e BELLANTE, *op. cit.*, 110 s.

parte di chi la versa⁵²². Orbene, entrambi questi argomenti sono destinati a dissolversi, se si introduce sul terreno del confronto tra clausola penale e caparra confirmatoria il *tertium comparationis* rappresentato dall'art. 1526 c.c.⁵²³. Qui, il legislatore, dapprima, postula che le parti del contratto di vendita con patto di riservato dominio abbiano convenuto che, in caso di inadempimento del compratore, le rate del prezzo già pagate siano trattenute dal venditore a titolo di indennità; e, poi, accorda al giudice il potere di ridurre « l'entità convenuta ». L'osservazione di questa norma rende evidente che, nella *mens legis*, la consegna immediata della prestazione sanzionatoria e l'esistenza di un limite intrinseco al suo ammontare non rappresentano elementi sufficienti ad escludere la necessità di un controllo dell'ordinamento sulla congruità di detta prestazione.

Da ultimo, si è posto l'accento sul carattere bilaterale della caparra ed unilaterale della penale, asserendo che questo profilo di divergenza ridurrebbe, con riguardo alla prima, il rischio di abusi e, così, anche l'utilità di una riduzione giudiziale *aequitas causa*. Se, dal punto di vista empirico, questa considerazione potrebbe anche apparire realistica⁵²⁴, sotto il profilo giuridico, la bilateralità della caparra confirmatoria vale semmai a dimostrare che essa può assumere anche lo schema di una clausola penale e, così, vale definitivamente a spegnere, piuttosto che a ravvivare, i dubbi relativi all'assimilabilità tra le due figure in esame.

In via conclusiva, si può dunque affermare che nessuno sia riuscito nel tentativo di rinvenire un profilo di divergenza che risulti davvero rilevante al fine di giustificare

⁵²² In questo senso v. A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 179 s.

⁵²³ A taluno potrebbe sembrare eccentrica la scelta, compiuta nel testo, di usare una norma di parte speciale nell'ambito di una riflessione tesa a sostenere una certa lettura di un istituto di parte generale. Pertanto, a conforto di tale scelta, non appare superfluo addurre un argomento di carattere autoritativo e rilevare come un certo filone della dottrina civilistica sia intento a promuovere l'interscambio tra parte generale e parte speciale della disciplina dei contratti, i quali « costituiscono gli ineliminabili poli di una dialettica feconda » (così, G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 674; ma studi in questa direzione sono stati condotti anche da M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Giappichelli, Torino, 2005; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313 ss.; G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 327 ss.).

E, a sostegno della scelta fatta, si può ulteriormente addurre un argomento di carattere storico e ricordare che larga parte degli istituti generali disciplinati dal codice attuale nella parte relativa del contratto costituiscono l'esito della trasfusione di istituti speciali contenuti nel codice previgente nella parte relativa alla compravendita (lo rileva E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 396 s.); il che testimonia come nella *mens legis* vi fosse l'idea di una certa permeabilità tra l'una e l'altra materia.

⁵²⁴ Il condizionale è d'obbligo, posto che su quella considerazione non si registra concordia unanime: v. ad esempio PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

un'interpretazione *a contrario* dell'art. 1384 c.c. e, così, legittimare una disparità di trattamento tra gli istituti in parola.

E, confermata la possibilità giuridica della *reductio ad aequitatem* della caparra confirmatoria attraverso la dimostrazione della debolezza degli argomenti addotti a sostegno della tesi negativa, resta soltanto da compiere un cenno in ordine alla sua concreta fattibilità. In proposito, si può osservare che le regole delineate dall'art. 1384 c.c. non risultano affatto incompatibili con l'oggetto della caparra confirmatoria e, anzi, la circostanza che tale oggetto consista, di necessità, in una somma di denaro o in una quantità di cose fungibili⁵²⁵ fa sì che si presti facilmente alla stima ed (eventuale) riduzione ad opera del giudice.

6. – Un tratto che accomuna tutte le figure legislative, che si sono ricondotte entro i confini del sistema delle pene pecuniarie private, è rappresentato dalla costante compresenza di due soggetti privati: compresenza che si realizza, a monte, in seno alla fattispecie e che si ripete, a valle, sul piano dell'effetto giuridico. Così, se si assume quale punto di riferimento l'atto illecito tipizzato dalla norma, si vedono, in ciascun caso, un soggetto attivo, che è l'autore di tale atto, ed un soggetto passivo, che è il titolare dell'interesse leso. E, se si pone al centro la prestazione pecuniaria sanzionatoria, si ritrovano sempre un soggetto attivo, che è il beneficiario di detta prestazione, ed un soggetto passivo, che è colui su cui incombe il correlativo sacrificio economico. È a questo schema speculare di parti che, d'ora in avanti, ci si riferirà, analizzando i profili soggettivi delle pene pecuniarie private.

Del soggetto, privato, vittima dell'illecito e destinatario della prestazione si è già avuto modo di discorrere nella sede dedicata alla ricostruzione del sistema delle pene pecuniarie private. Ciò che risulta normale, considerato che la presenza di tale profilo soggettivo, in seno a ciascuna figura legislativa, assurge a fattore costitutivo della categoria elaborata: quel dato subiettivo, difatti, appalesa la *voluntas legis* di tutelare, in prima battuta, l'interesse privato e, solo in via mediata, l'interesse pubblico e, di conseguenza, rassicura l'interprete circa la natura civilistica della pena pecuniaria.

⁵²⁵ Necessità imposta dal fatto che, in caso di adempimento, si deve poter procedere all'imputazione della caparra alla prestazione dovuta e, in caso di inadempimento dell'*accipiens*, si deve poter procedere alla restituzione del doppio della caparra versata: v. BELLANTE, *op. cit.*, 39.

Va detto, però, che la funzione punitivo-deterrente propria delle figure giuridiche in parola rende senz'altro più pressanti le questioni che ineriscono alla sfera del responsabile (soggetto attivo dell'atto illecito e passivo della pena pecuniaria privata), suggerendo, quindi, di dedicare a questo secondo profilo soggettivo i maggiori sforzi ricostruttivi.

Collocandosi su questo versante, un problema in cui ci si imbatte è quello relativo all'imputabilità: occorre, cioè, domandarsi se esistano dei requisiti che condizionano l'attitudine di un soggetto a divenire destinatario di una pena pecuniaria privata⁵²⁶.

Per prima cosa, ci si può chiedere se presentino questa attitudine le persone giuridiche e, più in generale, gli enti collettivi.

Sul tema dell'imputabilità dei soggetti diversi dalle persone fisiche, i penalisti hanno scritto molto, giungendo, storicamente, ad una conclusione negativa: sebbene possano violare precetti giuridici e, dunque, agire in maniera illecita – così si articola la tradizionale motivazione del diniego – gli enti sono, per loro natura, incapaci di colpevolezza e, a questa stregua, non possono essere considerati penalmente responsabili, giusta la garanzia espressa dall'art. 27 Cost.⁵²⁷.

D'altra parte, in tempi recenti, si sono levate innumerevoli voci a segnalare ragioni che comporterebbero l'opportunità di dar vita un sistema punitivo rivolto alle persone giuridiche. Così, in primo luogo, è stato evidenziato che l'articolata organizzazione dell'ente risulta in grado di condizionare negativamente l'operare delle persone fisiche che ne fa parte e, di conseguenza, risulta portatrice di una propria potenzialità criminogena che deve essere, in qualche misura, repressa. In secondo luogo, è stato sostenuto che la minaccia dell'imposizione di una pena in capo all'ente potrebbe indurre i suoi componenti ad affidarne la gestione ad amministratori oculati e, per tale via, « favorire un migliore assetto ed orientamento delle organizzazioni cui è rivolto »⁵²⁸.

Sospinta da queste considerazioni di opportunità, parte della dottrina penalistica ha iniziato col mettere in discussione il predetto fondamento costituzionale del principio *societas delinquere non potest*, per giungere, poi, a sostenere l'applicabilità della

⁵²⁶ Quella impiegata nel testo è soltanto una delle molte accezioni del termine 'imputabilità'. Anche per influsso del legislatore, tale sostantivo ha assunto plurimi significati: per un'elencazione esaustiva di questi significati v. M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Giuffrè, Milano, 2004, 1030.

⁵²⁷ La spiegazione tradizionale si ritrova, ad esempio, in F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 s.

⁵²⁸ Il rilievo è di PULITANÒ, *op. cit.*, 700.

sanzione criminale pure agli enti. Dal canto suo, il legislatore ha invece scelto di rispondere a quelle istanze, impiegando lo strumento della responsabilità amministrativa⁵²⁹; verosimilmente, credendo di riuscire, in questo modo, ad evitare di « aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale di rango costituzionale »⁵³⁰. Peraltro, in questo quadro, non è mancato chi ha sostenuto, per far fronte ad esigenze come quelle dianzi esposte, l'opportunità di ricorrere a modelli sanzionatori civilistici⁵³¹. Sulla scorta di questi suggerimenti, risulta doveroso interrogarci, per parte nostra, in merito all'utilità ed alla possibilità di impiegare, all'uopo, figure normative come quelle ricomprese nel sistema delle pene pecuniarie private.

Sotto il profilo dell'efficienza di misure di tal fatta, si può richiamare l'esperienza nordamericana dei *punitive damages*. Come si è già avuto modo di dire altrove, i bersagli privilegiati delle condanne ai danni punitivi sono persone giuridiche, solitamente, grandi società responsabili di aver messo in commercio un prodotto difettoso, esibendo un atteggiamento di « *deliberate disregard for the rights or safety of others* »⁵³². La minaccia di una punizione monetaria di natura civilistica si è rivelata adeguata allo scopo di influenzare virtuosamente i processi decisionali degli enti, sopperendo così, *ex post*, alle lacune nella regolazione, *ex ante*, delle attività di impresa che si svolgono nel liberale contesto statunitense.

Compiuta questa osservazione di carattere comparatistico e di prospettiva funzionale, resta però da valutare se la pena pecuniaria privata possa, dal punto di vista giuridico, esser imposta a soggetti diversi dalle persone fisiche.

⁵²⁹ Si tratta della soluzione impiegata dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che in attuazione della legge delega del 29 settembre 2000, n. 330, ha introdotto la responsabilità amministrativa degli enti collettivi per i reati commessi dai loro organi e dai loro sottoposti. A margine, merita d'essere segnalato che, secondo la parte più cospicua della dottrina e della giurisprudenza, la disciplina introdotta dal legislatore avrebbe, a dispetto del *nomen iuris*, natura sostanzialmente penale (in questo senso v., *ex multis*, E. MUSCO, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Giusto proc.*, 2002, 117; C. E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (e puniri) potest.*, in *Corr. giur.*, 2001, 845; A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Società*, 2001, 1305 s. e Cass., sez. pen. 30 gennaio 2006, n. 3615, in *Cass. pen.*, 2007, 74 ss.).

⁵³⁰ Così FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, 165.

⁵³¹ V. ad esempio A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano, 1984, 59 ss.

⁵³² Il virgolettato è tratto da *Kapps v. Biosense Webster, Inc.*, 813 F. Supp. 2d 1128 (D. Minn. 2011). Affermazioni simili si rinvengono altresì in: *Duncan v. Ford Motor Co.*, 385 S.C. 119, 682 S.E. 2d 877 (Ct. App. 2009); *Owen Illinois, Inc. v. Zenobia*, 325 Md. 420, 601 A.2d 633 (1992); *Drayton v. Jiffee Chemical Corp.*, 395 F. Supp. 1081, 1 Ohio Op. 3d 325, 17 U.C.C. Rep. Serv. (CBC) 966 (N.D. Ohio 1975).

A questo riguardo, si può anzitutto constatare che, nel sistema elaborato nel corso del presente studio, le persone giuridiche sono riguardate come soggetti imputabili. Molte sono infatti le leggi che sanciscono pene pecuniarie private con palese intendimento che esse siano applicate anche alle persone giuridiche o agli enti. Così, può dirsi per tutte quelle leggi che stabiliscono punizioni rispetto ad obblighi che, notoriamente, vengono assunti più spesso da società e persone giuridiche che da individui singoli: si pensi, per esempio, agli interessi punitivi previsti a fronte dei ritardi di pagamento dalla legge sulla subfornitura o dalla legge in materia di transazioni commerciali.

Queste leggi non appaiono espressione di un principio eccezionale, bensì, piuttosto, contingenti esplicitazioni di una regola generale. Peraltro, si può affermare, con sufficiente sicurezza, che, pur addossando una pena in capo ad un ente incapace di colpevolezza, leggi come quelle appena esemplificate non entrano in collisione con la garanzia espressa dall'art. 27 Cost., atteso che – come si è avuto occasione di dire più volte – il principio della personalità della responsabilità non ha quale referente la pena pecuniaria privata.

Pertanto, nulla osta ad inferire dalle ipotesi particolari summenzionate una regola generale di imputabilità delle persone giuridiche. Regola che, primariamente, vale *de iure condito* per tutte le figure sanzionatorie incluse nel sistema delle pene pecuniarie private. Onde, tutte le volte in cui una persona giuridica si renda responsabile di taluno degli atti illeciti tipizzati dalle norme in parola, la pena pecuniaria potrà senz'altro venire applicata, anche se nulla la legge disponga espressamente in proposito: così, esemplificando, la società che promuova una lite temeraria ben potrà esser condannata al pagamento della pena pecuniaria privata prevista dall'art. 96, ult. comma, c.p.c. Secondariamente, la regola generale dell'imputabilità delle persone giuridiche, si rivela utile *de iure condendo*, in quanto rende la pena pecuniaria privata giuridicamente idonea a soddisfare le esigenze di prevenzione e di repressione di tutti quei fatti illeciti che la struttura complessa dell'ente, di certo, non è in grado di eliminare, ma, anzi, finisce per incentivare.

Al capitolo dell'imputabilità appartiene anche il problema relativo all'individuazione delle condizioni da cui dipende l'attitudine della persona fisica a divenire destinataria di una pena pecuniaria privata.

Muovendo dall'osservazione che, nella fattispecie delle figure legislative in discorso, vi è sempre un atto connotato da un profilo di illiceità, si potrebbe già arguire l'esigenza,

affinché si producano gli effetti sanzionatori previsti dalla norma, che il responsabile sia una persona imputabile, ossia, capace di intendere e di volere⁵³³. Secondo un autorevole chiarimento, infatti, « la configurazione di un atto come illecito rileva ai fini dell'applicabilità delle regole di trattamento degli atti medesimi su alcuni punti fondamentali », tra cui vi è anche l'imputabilità⁵³⁴.

D'altro canto, la necessaria sussistenza della capacità di intendere e di volere del soggetto destinatario della pena pecuniaria privata risulta viepiù evidente, se si pone mente alla funzione normativa delle figure legislative ricomprese nel sistema in parola. Attraverso queste figure – lo si è detto a più riprese e giova riaffermarlo ora – il legislatore persegue il precipuo scopo di indirizzare il comportamento dei consociati, talora, dissuadendoli dal compiere certi atti, talaltra, incentivandoli a tenere determinati comportamenti. Onde evitare di impiegare mezzi eccessivi rispetto a tali fini, l'ordinamento deve quindi limitarsi a prender di mira soggetti che posseggano il livello di consapevolezza necessario a recepire il messaggio normativo ed a motivarsi in base ad esso, soggetti che siano, cioè, quanto meno capaci di intendere e di volere. Una conferma di questa considerazione si rinviene nel diritto comparato. L'opportunità di adottare sanzioni proporzionate all'obiettivo della deterrenza è, infatti, ciò che induce la giurisprudenza statunitense ad escludere, in maniera pressoché unanime, che i danni punitivi possano essere liquidati a carico di persone che risultino « *incapable of comprehending the reality of his or her actions and their consequences* »⁵³⁵.

Una volta compiute queste riflessioni di linea, bisogna però constatare che nessuna delle figure normative incluse nel sistema delle pene pecuniarie private contempla un'espressa esclusione dell'incapace naturale dall'applicazione della pena. Il che, peraltro, non significa arrestare il ragionamento, ma piuttosto sondare altre vie che conducano comunque al risultato che reputa maggiormente ragionevole ed opportuno.

A tal fine, ci sembra che l'unica via percorribile sia quella di interpretare estensivamente l'art. 2046 c.c..

⁵³³ Si badi che, essendo la capacità di intendere e di volere una qualità psichica, può essere richiesta unicamente per le persone fisiche e non anche per le persone giuridiche o per gli enti: sul punto v. le spiegazioni formulate da L. DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1964, 93ss.

⁵³⁴ Così, R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 170 s.

⁵³⁵ V. *Delahanty v. Hinckley*, 799 F. Supp. 184 (D.D.C. 1992) e *Aetna Cas. & Sur. Co. v. Porter*, 181 F. Supp. 81 (D.D.C. 1960).

Quantunque la norma alluda testualmente al « fatto dannoso », la ragione della dispensa del soggetto non imputabile dall'obbligo risarcitorio non s'inscrive nella logica della riparazione del pregiudizio. Al contrario, il principio ivi contenuto ostacola il raggiungimento dell'obiettivo, che solitamente informa lo statuto risarcitorio, della piena reintegrazione delle perdite patite dal danneggiato. Tant'è, che il legislatore si trova, ad un certo punto, a dover dirimere il contrasto tra il primo ed il secondo, dettando la regola eccezionale, contenuta nel capoverso dell'art. 2047 c.c.

La *ratio* dell'art. 2046 c.c. si colloca, invero, nella sfera del soggetto responsabile ed appartiene alla logica della prevenzione dell'illecito. Precisamente, il criterio dell'imputabilità rappresenta l'ineliminabile premessa dei « compiti regolativi all'interno dell'organizzazione decentrata delle attività sociali », che l'ordinamento assegna alla responsabilità civile, accanto alla preminente funzione compensativa⁵³⁶. È allora ragionevole immaginare che l'aggettivo « dannoso », che, nell'art. 2046 c.c., qualifica il « fatto », sia uscito dalla penna del legislatore come immediato riflesso della tematica di cui si stava occupando. E, a questa stregua, risulta possibile interpretare la norma in maniera estensiva, sì da riferirla ad ogni fatto illecito ancorché non dannoso, ed includerla, così, tra quelle che disciplinano il regime delle pene pecuniarie private⁵³⁷.

Si badi che, al fine di escludere l'imposizione di una pena pecuniaria privata in capo al soggetto incapace di intendere e di volere, non potrebbe essere, parimenti, percorsa l'altra via astrattamente esistente: quella, cioè, della trasposizione, in seno al sistema delle pene pecuniarie private, delle regole contenute negli artt. 85 ss. c.p. Questa strada risulta infatti preclusa dall'impossibilità e dall'inopportunità di trasportare in settori diversi dell'ordinamento leggi o principi validi per il sistema penale. Sulle ragioni che sconsigliano una siffatta operazione ci si è già soffermati in apertura al presente capitolo e ad esse ci si può limitare a fare rinvio. Quel che, invece, occorre specificare ora sono le conseguenze che discendono sul regime delle pene pecuniarie private dall'importazione dell'art. 2046 c.c. in luogo degli artt. 85 ss. c.p. In proposito, si deve preliminarmente

⁵³⁶ In questo senso MONATERI, *op. cit.*, 281.

⁵³⁷ Si tratta, in questo caso, di un'interpretazione estensiva in senso forte. Come spiega A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia*, in BELVEDERE, *Scritti giuridici. Linguaggio e metodo giuridico* cit., 517, questa forma di interpretazione « non rispetta i limiti di [significato degli enunciati legislativi] sul presupposto che il legislatore non sia riuscito ad esprimere adeguatamente quanto intendeva disporre », differenziandosi, così, dall'interpretazione estensiva in senso debole che, invece, « sfrutta in senso estensivo tutta la elasticità di significato degli enunciati legislativi derivante dalla loro indeterminatezza ed ambiguità ».

osservare che, sebbene la nozione di imputabilità sia identica nel diritto civile e nel diritto penale, diversi sono i criteri di accertamento della capacità di intendere e di volere. E, segnatamente, mentre il giudice civile risulta libero di compiere valutare, caso per caso, se il soggetto sia o meno imputabile, il giudice penale è tenuto a compiere quel medesimo giudizio nel rispetto di parametri dettagliati e di presunzioni assolute. Ecco, allora, che l'estensione della norma civilistica sull'imputabilità alle pene pecuniarie private comporta che, nell'accertamento della capacità di intendere e di volere dell'autore dell'illecito, il giudice non soggiaccia alle garantistiche prescrizioni del codice penale, ma resti ancora una volta libero.

Prima di chiudere il capitolo dell'imputabilità, restano da compiere un paio di precisazioni utili a prevenire possibili censure.

La prima è resa opportuna dalla circostanza che, tra le figure normative ascritte alla categoria delle pene pecuniarie private, ve ne siano alcune la cui fattispecie contempla l'inadempimento di una obbligazione preesistente. Difatti, come è noto, la disciplina positiva della responsabilità contrattuale non contiene una disposizione analoga all'art. 2046 c.c. e non richiede, perché possa sorgere l'obbligazione risarcitoria, che il debitore sia capace di intendere e di volere al momento dell'inadempimento⁵³⁸. E si ritiene che, all'uopo, risulti invece necessaria e sufficiente la sussistenza della capacità di intendere e di volere al tempo della conclusione del contratto. Taluno potrebbe, allora, sostenere che questa differente regolamentazione, in punto di imputabilità, riservata all'inadempimento contrattuale debba valere, altresì, in seno al sistema delle pene pecuniarie private.

Per contro, noi reputiamo che quella peculiarità di trattamento non possa riproporsi laddove il rimedio avverso l'inesecuzione dell'obbligazione non è il risarcimento del danno, bensì una misura precipuamente volta alla deterrenza ed alla punizione dell'illecito. Per convincersene, occorre sapere che la ragione per cui l'imputabilità dell'inadempiente non è un presupposto della responsabilità contrattuale risiede nel fatto che quest'ultima è – usando le parole di Carlo Castronovo – « uno stato allotropico [del *vinculum juris* già esistente], un modo altro di perseguire lo stesso interesse in funzione del quale il rapporto è stato costituito »⁵³⁹. Ebbene, una simile giustificazione si addice al

⁵³⁸ Per una ricognizione *funditus* delle differenze di disciplina tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale v. D. M. FREDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2013, 40 ss.

⁵³⁹ Così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* cit., 456.

risarcimento del danno, ma non anche alla pena pecuniaria privata, la quale, a differenza del primo, costituisce un *quid pluris* rispetto all'obbligo primario rimasto ineseguito. Tanto più che questo *quid pluris* è normativamente posto con l'obiettivo di premere con maggior forza sulla volontà dell'obbligato affinché adempia e, pertanto, non può che postulare un soggetto in grado di comprendere la minaccia ed autodeterminarsi di conseguenza, un soggetto, insomma, capace di intendere e di volere.

La seconda precisazione è imposta dalla presenza, all'interno del sistema in via di costruzione, di casi di responsabilità oggettiva, di figure normative, cioè, la cui fattispecie difetta di un criterio di riferibilità psichica dell'atto illecito (dolo o colpa). La questione se l'imputabilità possa ritenersi presupposta (anche) alle ipotesi di responsabilità oggettiva è stata affrontata dagli studiosi, avendo riguardo al modello risarcitorio⁵⁴⁰. In particolare, gli interpreti si sono chiesti se l'art. 2046 c.c. assurga a regola generale e, quindi, risulti applicabile ad ogni fattispecie di responsabilità compresa nel titolo "Dei fatti illeciti", quale che sia il criterio di imputazione normativamente previsto. E la risposta a detto interrogativo è stata, per lo più, negativa. Sicché, qualcuno potrebbe ritenere che lo stesso limite debba valere anche in relazione ai casi di responsabilità oggettiva presenti nel sistema delle pene pecuniarie private. Ma, a ben vedere, così non è. Infatti, la spiegazione addotta a sostegno di quel diniego risiede nell'esigenza di rispettare l'*intentio legis* – palesata dalla scelta dell'imputazione oggettiva della responsabilità – di assicurare la compensazione dei danni provocati dall'esercizio di determinate attività. E questa motivazione, con ogni evidenza, non può risultare egualmente persuasiva all'interno di un sistema in cui il risarcimento dei pregiudizi cagionati dall'illecito può rappresentare, tutt'al più, un riflesso della pena.

7. – Sullo stesso versante indagato sinora, un altro tema di spiccato interesse è quello del concorso di più soggetti responsabili.

Al pari di ogni altro fatto, anche gli atti illeciti tipici, da cui la legge fa dipendere l'applicazione di pene pecuniarie private, possono essere realizzati da un autore singolo, oppure risultare dall'agire di più persone.

⁵⁴⁰ Per una sintesi della questione ed un quadro delle posizioni assunte dalla dottrina v. FRANZONI, *L'illecito* cit., 1040 ss. ed autori ivi citati.

Esemplificando, si può immaginare, in relazione alla pena pecuniaria privata prevista all'art. 12 l. 47/1948, il caso di un libello diffamatorio scritto a due mani e pubblicato a mezzo stampa; oppure si può pensare, avendo riguardo alla pena pecuniaria privata di cui all'art. 96 comma 3 c.p.c., all'ipotesi in cui la conduzione di una lite temeraria avvenga ad opera di più d'una parte.

Di fronte a evenienze di tal genere, occorre decidere se la reazione dell'ordinamento debba essere unitaria oppure plurima. E, quindi, tornando ai nostri esempi, bisogna chiedersi se la persona offesa abbia diritto ad un'unica somma a titolo di riparazione oppure abbia diritto alla corresponsione di due somme distinte da parte di ciascun articolista, e se la parte vittoriosa possa pretendere una sola prestazione pecuniaria a titolo di sanzione dell'abuso processuale oppure tante prestazioni pecuniarie quante sono le parti soccombenti.

Ora, ricordando che tutte le pene pecuniarie private sono teleologicamente orientate alla prevenzione ed alla repressione di un determinato contegno illecito, si potrebbe istintivamente propendere, nell'uno come nell'altro caso, per la seconda alternativa.

Tale è, in effetti, la soluzione che si rinviene nel diritto penale, dalla cui impronta soggettivistica discende il principio per cui, pur essendo unica la lesione giuridica risultante dal fatto di più persone, le sanzioni debbono essere tante quanti sono i corresponsabili. Sul piano normativo, a fronte della realizzazione plurisoggettiva di una fattispecie criminosa monosoggettiva, l'effetto moltiplicatore della sanzione viene realizzato attraverso la clausola generale contenuta nell'art. 110 c.p., secondo cui « quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita »: questa norma ha la funzione di rendere punibili anche contegni che non lo sarebbero in base alla singola norma incriminatrice, assicurando – per un verso – la piena attuazione del principio di personalità della responsabilità penale espresso dall'art. 27, comma 1, Cost. e garantendo – per altro verso – il rispetto del principio di legalità⁵⁴¹.

A conferma del nesso che, solitamente, lega la funzione punitivo-deterrente della norma e l'individualità della conseguenza sanzionatoria, si può inoltre osservare che il problema del concorso di più persone nel medesimo illecito rinvia, nell'esperienza comparatistica dei danni punitivi, una risposta in qualche misura affine a quella adottata

⁵⁴¹ PULITANÒ, *op. cit.*, 467.

dal codice penale italiano. Così, ad esempio, si può richiamare l'inglese *Crime and Courts Act*, che regola una materia corrispondente a quella disciplinata dalla nostra legge sulla diffamazione a mezzo stampa. Affrontando espressamente il caso dei *multiple defendants*, la *section 39* di tale provvedimento stabilisce che « *any liability of two or more persons for exemplary damages is several (and not joint or joint and several)* ».

Già si è detto, tuttavia, che le norme appartenenti al diritto penale non possono essere trasportate all'infuori di esso. E già si è affermato, altresì, che le soluzioni giuridiche esistenti all'interno di un ordinamento straniero non possono essere impiegate nella ricostruzione della disciplina delle pene pecuniarie private, a meno che non sia possibile rinvenire un addentellato normativo interno, che consenta di tradurre quelle soluzioni in forma dogmatica.

Orbene, nella legislazione civilistica italiana, non è ravvisabile alcun indice in grado di supportare la moltiplicazione della risposta sanzionatoria in funzione del numero dei responsabili dell'illecito.

Per contro, nel catalogo delle pene pecuniarie private, compare una previsione legislativa che fornisce un'indicazione di segno radicalmente opposto. Si allude all'art. 4 del d. l. 22 settembre 2006, n. 259, contenente "Nuove disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche". La norma in parola stabilisce che l'autore della pubblicazione di notizie illegalmente formate od acquisite possa essere condannato, in solido con il direttore responsabile e all'editore, a corrispondere una prestazione pecuniaria, a titolo di riparazione, alle persone alle quali gli atti o i documenti fanno riferimento.

Che si tratti di una figura annoverabile tra le pene pecuniarie private è dimostrato dalle modalità, manifestamente non risarcitorie⁵⁴², che la legge indica per la liquidazione giudiziale della somma di denaro, che l'autore della condotta vietata deve pagare alla vittima della stessa: « cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico »; con la precisazione che « [i]n ogni caso, l'entità della [somma] non può essere inferiore a 10.000 euro ».

⁵⁴² Nega la natura risarcitoria della sanzione prevista dall'art. 4 d.l. 259/2006 anche L. FILIPPI, *Nuove disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 151 ss., suggerendone, poi, l'accostamento alla riparazione pecuniaria da diffamazione a mezzo stampa di cui all'art. 12 l. 47/1948.

Si osservi, inoltre, che direttore responsabile ed editore non sono chiamati a rispondere, in via indiretta, del fatto altrui, bensì sono direttamente responsabili del fatto, proprio, di omessa vigilanza sul contenuto della pubblicazione. L'evento lesivo, consistente nella divulgazione delle intercettazioni illegali, rappresenta la conseguenza dell'agire di tutti e tre i soggetti designati dalla norma, con il risultato che questi ultimi debbono essere riguardati come corresponsabili della medesima violazione.

Chiarito che l'art. 4 del d. l. 259/2006 regola un caso di concorso di più soggetti nella realizzazione dell'atto illecito cui si correla una pena pecuniaria privata, diviene possibile impiegarlo al fine di risolvere il problema che ci occupa.

Così, si può rilevare che, discostandosi dalle scelte operate dall'ordinamento penale, il legislatore civilistico tratta l'atto illecito come un'entità oggettiva. Egli, difatti, stabilisce che ad unico evento lesivo dell'interesse privato corrispondano una sola infrazione ed una sola sanzione, pure quando siano più d'una le persone che hanno contribuito a produrre la violazione. E, in relazione a quest'ultima circostanza, fissa poi il principio della solidarietà nella responsabilità; accordando, così, prevalenza alla necessità di assicurare la soddisfazione patrimoniale della vittima dell'illecito e sacrificando, per converso, l'opportunità di riservare un trattamento sanzionatorio differenziato a ciascuno dei corresponsabili.

Facendo, ora, leva sulla similitudini strutturali e funzionali tra la sanzione contemplata nell'art. 4 d. l. 259/2006 e le altre pene pecuniarie private, si può immaginare di utilizzare la regola dell'unicità e della solidarietà, espressamente stabilita soltanto in relazione alla prima, per regolare le fattispecie di concorso ipotizzabili con riguardo alle seconde. Perciò, ritornando conclusivamente agli esempi proposti in apertura, si può affermare che i due firmatari dell'articolo denigratorio dovrebbero esser condannati in solido al pagamento di un'unica riparazione pecuniaria e che, egualmente, i plurimi litiganti temerari dovrebbero essere condannati in solido al pagamento di una somma equitativamente determinata.

È interessante notare che la soluzione così ottenuta trova corrispondenza nelle pronunce di merito che hanno, concretamente, deciso casi identici a quelli che si sono, finora, impiegati a mo' d'esempio⁵⁴³. Peraltro, la disinvoltura con cui dette sentenze

⁵⁴³ Per quanto riguarda il concorso di più responsabili nella diffamazione a mezzo stampa cfr., in particolare, v. Trib. Potenza 5 aprile 2016, disponibile su www.leggiditalia.it che ha liquidato in un importo unitario la riparazione pecuniaria ed ha condannato i due firmatari dell'articolo al pagamento in

giungono a quell'epilogo ed il silenzio che, in ciascuna di esse, lo accompagna fa pensare più ad un'applicazione spontanea della regola dettata dall'art. 2055 c.c., per il risarcimento del danno, che ad una scelta meditata attraverso la presa di coscienza della categoria delle pene pecuniarie private.

8. – Esaurita l'indagine dei profili interni alle pene pecuniarie private, si può muovere oltre, analizzando le relazioni che intercorrono tra queste ultime ed altre conseguenze sanzionatorie dell'illecito. Ed essendo oramai assodato che la prestazione dovuta a titolo di pena pecuniaria privata è altro dalla prestazione pecuniaria dovuta a titolo di risarcimento del danno per equivalente, si può iniziare proprio dall'esame dei rapporti esistenti tra queste due sanzioni.

Nella più parte dei casi, il compito dell'interprete è agevolato dal fatto che il legislatore abbia, di solito, cura di definire esplicitamente tale rapporto.

Così, all'interno di un primo gruppo⁵⁴⁴, si possono collocare le norme che, prefigurando il compimento di un determinato atto illecito, vi ricollegano una pena pecuniaria privata e, cumulativamente ad essa, il risarcimento del danno. Senza pretese di completezza, si possono annoverare tra queste l'art. 12 della l. 47/1948, a tenore del quale la vittima della diffamazione « può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del codice penale, una somma a titolo di riparazione »; nonché l'art. 96 c.p.c., ove la possibilità di aggiungere il risarcimento del pregiudizio provocato dall'abuso del processo e la prestazione dovuta a titolo di pena pecuniaria privata si evince chiaramente dall'inciso « in ogni caso », posto all'inizio dell'ultimo capoverso della norma. Va da sé – ma conviene, comunque, precisarlo – che il cumulo astrattamente consentito dalla legge può anche non realizzarsi nelle concrete circostanze del caso singolo: ciò che accade ogniqualvolta la vittima dell'illecito non riesca a fornire la dimostrazione del danno subito.

solido della stessa; ma v. anche Trib. Cassino 22 maggio 2016, disponibile su www.leggiditalia.it che ha adottato una soluzione identica a fronte del concorso tra giornalista ed editore.

Per quanto concerne il concorso di più responsabili nella lite temeraria, cfr. Trib. Milano 18 luglio 2016, disponibile su www.leggiditalia.it che ha condannato i solidi tutti i soccombenti a corrispondere a controparte una somma equitativamente determinata.

⁵⁴⁴ La classificazione impiegata nel testo si pone in linea di continuità con quella suggerita da GRANELLI, *op. cit.*, 1760 ss., fatti salvi alcuni necessari riadattamenti.

Dentro un secondo gruppo si possono inserire le norme che – per un verso – ammettono il cumulo tra pena pecuniaria privata e prestazione risarcitoria, ma che – per altro verso – prevedono una decurtazione della seconda in conseguenza dell’irrogazione della prima. Decurtazione che, in un caso, è rimessa alla discrezione del giudice, il quale può, eventualmente, decidere di non attuarla: così, l’art. 12 del Reg. 261/2004/Ce stabilisce che dal risarcimento accordato al passeggero non imbarcato sul volo precedentemente prenotato, possa essere detratta la compensazione pecuniaria liquidata a carico del vettore aereo ai sensi dell’art. 7 del medesimo regolamento. In un’altra ipotesi, la diminuzione del risarcimento in funzione dell’imposizione della pena s’impone per volontà del legislatore: così, l’art. 4, comma 4, d.l. 259/2006 prescrive al giudice di commisurare il risarcimento del danno subito dalla persona, a cui si riferiscono intercettazioni, dapprima, illegalmente effettuate e, poi, pubblicate, tenendo, senz’altro, conto della riparazione pecuniaria irrogata in conseguenza del compimento del medesimo illecito.

In seno ad un terzo gruppo possono essere ricondotte le norme che pongono la pena pecuniaria privata in alternativa alla prestazione risarcitoria, lasciando alla vittima dell’illecito la possibilità di optare per l’una o per l’altra. Esemplicando, si può menzionare, in primo luogo, l’art. 1385 c.c. accorda al creditore insoddisfatto la facoltà di scegliere se esercitare il diritto di recesso e guadagnare una somma pari alla caparra confirmatoria, ovvero risolvere il contratto e domandare il correlativo risarcimento del danno, fornendone la prova; e si può richiamare, in secondo luogo, l’art. 3, comma 3, l. 198/1992, secondo cui, in caso di ritardo nel pagamento del corrispettivo dovuto dal committente, il subfornitore può decidere se accontentarsi degli interessi punitivi nella misura liquidata *ex lege*, oppure, insistere per il risarcimento dell’intero danno subito, previa sua dimostrazione.

Ad un quarto gruppo possono essere ascritte le norme che, a fronte di un determinato atto illecito, prevedono l’imposizione di una pena pecuniaria privata in luogo della concessione del risarcimento del danno, senza permettere alla vittima di scegliere l’uno o l’altro rimedio. Così, inserita nel contratto una clausola penale e verificatosi l’inadempimento che le parti avevano inteso, con essa, scongiurare, il creditore potrà chiedere, esclusivamente, il pagamento della sanzione pattuita, giusta la regola – contenuta nell’art. 1382, comma 1, c.c. – secondo cui la penale ha l’effetto di limitare « il

risarcimento alla prestazione promessa »⁵⁴⁵. Similmente, l'art. 18, comma 2, l. 300/1970, stabilisce che, a seguito del licenziamento dichiarato nullo, il lavoratore possa pretendere la corresponsione di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto e, in ogni caso, non inferiore a cinque mensilità: designando questa prestazione pecuniaria mediante l'impropria etichetta di risarcimento del danno, il legislatore mostra di intendere la prima come sostitutiva (e non aggiuntiva od alternativa) del secondo.

Da ultimo, può essere formato un quinto gruppo eterogeneo, che include i casi dubbi, quelle ipotesi, cioè, in cui la norma non chiarisce il rapporto tra prestazione pecuniaria dovuta a titolo di pena pecuniaria privata e prestazione pecuniaria dovuta a titolo di risarcimento del danno per equivalente. Di fronte ad un simile vuoto di disciplina, la pratica e la dottrina debbono farsi carico del compito di delineare i termini di detto rapporto, provando ad immaginare quella che sarebbe stata la scelta del legislatore, se avesse espressamente preso posizione in ordine al problema. Nel compiere tale sforzo ricostruttivo, l'interprete potrà farsi guidare, anzitutto, dalle soluzioni normativamente adottate in relazione a pene pecuniarie private identiche, o comunque, spiccatamente simili a quella su cui egli s'interroga. Così, per esempio, rilevato che il d. lgs. 231/2002 nulla dice in merito al rapporto tra gli interessi moratori ivi previsti per il ritardo nel pagamento nelle transazioni commerciali, ed il risarcimento del danno scaturente dal medesimo illecito contrattuale, si potrà impiegare la regola che l'art. 3, comma 3, l. 198/1992 detta con riguardo agli interessi moratori previsti in materia di subfornitura; e, così, concludere che anche il creditore di una transazione commerciale dispone della libera elezione tra prestazione sanzionatoria e prestazione risarcitoria⁵⁴⁶. A questo medesimo risultato, l'interprete potrà giungere interrogandosi in merito al rapporto tra

⁵⁴⁵ Va dato conto dell'opinione, tanto nota quanto isolata, sostenuta da V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra* cit., 192. Secondo questa tesi, pure a fronte della pattuizione di una clausola penale, il creditore insoddisfatto potrebbe, a sua scelta, optare per il risarcimento del danno in sostituzione della prestazione concordata. Malgrado la chiara lettera dell'art. 1382, comma 1, c.c. l'a. perviene a siffatta soluzione, valorizzando le similitudini esistenti tra caparra confirmatoria e clausola penale, ed estendendo, in ragione di quelle similitudini, la regola, che l'art. 1385, comma 3, c.c. detta per la prima, anche alla seconda. Ora, il metodo ricostruttivo impiegato dalla dottrina in parola potrebbe sembrare, *prima facie*, affine a quello che si è seguito anche nel presente lavoro. E ciò potrebbe far presumere che si debba condividere qui la conclusione cui l'a. giunge. Ma così, invero, non è. Difatti, secondo noi, la veicolazione di tratti di disciplina all'interno del sistema delle pene pecuniarie private è condizionata alla sussistenza di lacune. Posto che, però, l'art. 1382 c.c. regola il rapporto tra prestazione penale e risarcimento del danno, non si può ravvisare sul punto alcun vuoto di disciplina. Sicché, allineandoci alla posizione della letteratura dominante (v., da ultimo, F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno* cit., 136 nt. 101), riteniamo di poter dissentire dalla tesi formulata da Trimarchi.

⁵⁴⁶ V. infatti, GRANELLI, *op. cit.*, 1764.

ritenzione dei canoni versati dal conduttore nel corso del rapporto di *rent to buy* e risarcimento del danno subito dal concedente a causa della risoluzione del contratto per inadempimento dell'altra parte: qui, l'alternativa tra prestazione sanzionatoria e prestazione risarcitoria è infatti suggerita dalla perfetta sovrapponibilità della figura recentemente introdotta dall'art. 23, comma 5, d.l. 133/2014 allo schema della caparra confirmatoria⁵⁴⁷. Laddove, poi, non risulti possibile risolvere il problema attingendo la soluzione da un ambito immediatamente contiguo a quello indagato, l'interprete dovrà percorrere altre vie. Così, ad esempio, una questione assai discussa è quella relativa ai rapporti intercorrenti tra la misura di coercizione indiretta *ex art. 614-bis c.p.c.* ed il risarcimento del danno cagionato dal mancato rispetto degli obblighi a presidio dei quali la pena pecuniaria viene posta. Ci sembra che, in questo caso, si possa risalire alla volontà del legislatore mediante l'osservazione dell'istituto straniero che quegli mostra di avere assunto come modello nella conformazione dell'art. 614-*bis* c.p.c., ovvero sia l'*astreinte*⁵⁴⁸. E posto che l'ordinamento francese ammette l'irrogazione di quest'ultima in aggiunta ai *dommages-intérêts*⁵⁴⁹, è ragionevole interpretare il silenzio del legislatore italiano nel senso che la misura coercitiva possa esser liquidata cumulativamente al risarcimento del danno⁵⁵⁰.

A margine della tassonomia fin qui operata, conviene spendere qualche parola sul tema dei condizionamenti che, dal diverso atteggiarsi del rapporto tra prestazione

⁵⁴⁷ In sede di primo commento al d. l. 133/2014, D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *i Contratti*, 2015, 1049 ss. risolve il problema dei rapporti tra indennità e risarcimento, prendendo spunto dalla disciplina della clausola penale e concludendo, a questa stregua, che la facoltà accordata, *ex lege*, al concedente di ritenere canoni ricevuti esclude il suo diritto a pretendere la liquidazione dei danni. Mentre il metodo impiegato dall'a. per colmare il vuoto di disciplina ricalca quello da noi suggerito nel testo, diverso è il modello utilizzato e, così, diversa risulta anche la conclusione.

⁵⁴⁸ V. *supra* cap. III § 5.

⁵⁴⁹ Cfr. l'art. 34, comma 1, della l. 9 luglio 1991 n. 650.

⁵⁵⁰ Questa è, in effetti, la soluzione condivisa dalla larga maggioranza degli interpreti: v. *ex multis* GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* cit., 324, MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito* cit., 647 s., SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo* cit., 498 s.; *contra*, ma per ragioni di natura pratica, v. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive* cit., 1554. Degna di nota è la soluzione mediana proposta da A. LOMBARDI, *Il nuovo art. 614-bis: l'astreinte quale misura accessoria ai provvedimenti cautelari* *ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2010, 402 afferma che il fatto che tra i criteri di quantificazione della misura vi sia il danno quantificato o prevedibile induce a ritenere che in un eventuale e successivo giudizio incardinato dalle medesime parti in relazione alla stessa questione di fatto che ha condotto all'applicazione della misura, il giudice possa tenere, quantomeno in parte, conto dell'importo già versato dal debitore al creditore a titolo di *astreinte*, scomputandolo dal *quantum* della condanna, al fine di evitare ingiustificate locupletazioni in favore del creditore della prestazione principale.

risarcitoria e pena pecuniaria privata, possono derivare sul piano della funzione deterrente-punitiva immanente alla seconda.

A questo riguardo, si deve anzitutto osservare come, a seconda della soluzione di volta in volta prescelta dal legislatore (o, eccezionalmente, dall'interprete) in ordine a detto rapporto, muti anche l'intensità della carica deterrente e punitiva insita nella prestazione sanzionatoria.

Così, in particolare, nei casi in cui è ammesso il cumulo integrale tra risarcimento e pena pecuniaria privata, la portata dissuasiva e repressiva di quest'ultima si presenta al massimo grado. Rimesso al primo il compito di compensare tutti i pregiudizi cagionati dall'illecito, la seconda resta infatti libera di dispiegare solamente effetti di persuasione e afflizione.

La coloritura repressiva della pena pecuniaria privata risulta, invece, lievemente più sfumata nelle ipotesi in cui la norma correla alla sua irrogazione una defalcazione del risarcimento. Per la parte corrispondente alla riduzione di quest'ultimo, infatti, la pena pecuniaria privata non è più punizione e deterrenza allo stato puro, ma contiene altresì un momento riparatorio.

Da ultimo, un depotenziamento più marcato della forza deterrente e punitiva della pena pecuniaria privata si ha nei casi in cui essa è posta dalla legge in alternativa od in sostituzione del risarcimento. Assorbendo *in toto* questo secondo rimedio, la prima finisce per sortire un effetto (mediato) di ristoro dei pregiudizi eventualmente scaturiti dall'illecito, accanto all'effetto (immediato) di punizione di quest'ultimo.

Insomma, la modulazione dei rapporti tra pena pecuniaria privata e risarcimento del danno incide sul grado di severità della risposta sanzionatoria che l'ordinamento riserva ad un determinato contegno illecito. Peraltro, non è dato conoscere quale sia il livello di consapevolezza con cui, mentre regola la prima, il legislatore finisce per dosare anche la seconda ed è verosimile credere che, nella maggior parte dei casi, la soluzione prescelta sia determinata più dall'istinto che da una ponderata valutazione della gravità dell'illecito.

Mettendo da parte queste suggestioni, quel che più importa sottolineare è che, qualunque sia il punto di equilibrio fissato dal legislatore tra rimedio risarcitorio e pena pecuniaria privata, non viene comunque meno la funzione normativa di deterrenza e di punizione dell'illecito che connota questa seconda figura.

La funzione normativa di una determinata misura – lo si è già spiegato altrove – deve essere desunta dall'esame della struttura della fattispecie e della conformazione del relativo effetto giuridico. E, per quanto concerne le pene pecuniarie private in particolare, la funzione punitivo-deterrente – anche questo lo si è già detto – si evince, constatando che la prestazione sanzionatoria è correlata al semplice presupposto della realizzazione di un illecito e viene liquidata a prescindere dalla concreta dimensione delle perdite. Se, sulla scorta queste indicazioni, si osserva che il rapporto tra prestazione sanzionatoria e prestazione risarcitoria non altera mai questi due tratti strutturali, si deve conseguentemente arguire che la pena pecuniaria privata conserva immutata la funzione normativa di punizione e di deterrenza anche quando – diminuendo o sostituendo il risarcimento – finisce coll'assumere qualche riflesso riparatorio. Ed a tale stregua, la pena pecuniaria privata continua ad abbisognare di un regime giuridico, autonomo dallo statuto risarcitorio, che tenga in debito conto la sua peculiare vocazione teleologica.

9. – È proprio la funzione di punizione e di deterrenza, che connota tutte le figure ricomprese nella categoria in esame, a consigliare di dedicare uno spazio di riflessione al problema del concorso di più pene pecuniarie private a carico della stessa persona. Difatti, riferendosi ad uno strumento (la sanzione criminale) concepito per il perseguimento di quella stessa funzione, l'ordinamento penale detta una serie di regole volte, ora, ad evitare, ora, ad alleviare il cumulo di più sanzioni in capo al reo. E ciò potrebbe indurre a pensare che possano esistere criteri, affini a quelli, valevoli anche per la pena di diritto privato.

Peraltro, prima di procedere alla ricerca di una possibile soluzione, è opportuno raffigurare una vicenda pratica che mostri come un problema di concorso di più pene pecuniarie private a carico della medesima persona possa in effetti porsi. L'opportunità di muovere da un esempio dimostrativo deriva dalla scarsa contezza che il giurista, di solito, ha della figura della pena pecuniaria privata e che, certamente, non l'aiuta ad immaginare casi in cui ve ne siano, addirittura, più d'una.

Supponiamo, quindi, che un'impresa Alfa, utilizzando una tecnologia coperta da privativa industriale spettante ad un'impresa Beta, cominci a fabbricare un prodotto x ed

a commercializzarlo sul mercato di riferimento comune ad entrambe. Ed ipotizziamo inoltre che, dopo aver rilevato un'eccezionale contrazione delle vendite e accortasi dell'attività di contraffazione, Beta agisca in giudizio contro Alfa domandando: che sia disposta – *ex art. 124, comma 1, c.p.i.* – l'inibitoria della fabbricazione e del commercio delle cose costituenti violazione del suo diritto; che l'ordine predetto sia accompagnato dalla misura di coercizione indiretta di cui all'*art. 614-bis c.p.c.*, oltretutto dall'*astreinte* industrialistica prevista dal capoverso dell'*art. 124 c.p.i.*; ed infine che Alfa venga condannata – *ex art. 125 c.p.i.* – a corrisponderle una somma pari a 200 a titolo di risarcimento del danno da lucro cessante, oltre agli interessi legali calcolati dalla data della domanda al tasso maggiorato previsto dall'*art. 1284, penult. comma, c.c.* Immaginiamo, poi, che l'impresa Alfa si difenda in modo estremamente generico e richieda al giudice di emettere una decisione in contrasto con consolidati orientamenti giurisprudenziali; tenendo, così, uno dei contegni processuali che – secondo i nostri giudici di merito – giustificano la condanna al pagamento della pena pecuniaria privata prevista dall'*art. 96 c.p.c.*⁵⁵¹. Ipotizziamo, ulteriormente, che l'impresa Alfa, rimasta soccombente in primo grado, impugni la sentenza emessa e che, nel corso del procedimento di appello, il giudice inviti le parti ad effettuare un tentativo di mediazione⁵⁵². E supponiamo, infine, che in sede stragiudiziale le due concorrenti raggiungano un accordo, in virtù del quale Alfa assume l'obbligo di versare a Beta una somma pari a 120 entro una determinata data stabilita, e che detto accordo preveda, altresì, in relazione all'obbligazione pecuniaria nascente da esso, interessi convenzionali moratori maggiorati rispetto al saggio legale, nonché – *ex art. 11 d. lgs. 28/2010* – il pagamento di un'ulteriore somma di 10 per ogni settimana di ritardo nell'adempimento.

Ora, nell'arco dell'intera vicenda, l'impresa Alfa si trova potenzialmente esposta all'applicazione di ben sei pene pecuniarie private. Sebbene il caso rappresentato possa apparire, agli occhi del lettore, il risultato di una forzatura – ciò che, del resto, potrebbe dirsi per la più parte delle esemplificazioni immaginate con finalità prettamente dimostrative – il verificarsi di un simile intreccio di pene pecuniarie private non può

⁵⁵¹ Si tratta del caso realmente deciso da Trib. Milano 27 giugno 2015, in *www.leggiditalia.it*.

⁵⁵² Ciò deve ritenersi possibile a seguito delle modifiche apportate all'*art. 5 d. lgs. 28/2010* dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. Segnatamente, il giudice d'appello può discrezionalmente decidere di rivolgere alle parti l'invito a procedere ad un tentativo di mediazione, tenendo conto della natura della causa, dello stato dell'istruttoria e del comportamento delle parti stesse.

considerarsi impossibile da un punto di vista fattuale e, soprattutto, non risulta affatto precluso sulla base di quanto espressamente previsto dal diritto vigente.

Una volta dimostrato che un concorso tra più pene pecuniarie private costituisce, *de iure condito*, un'evenienza possibile, ci si può utilmente domandare se esistano regole, applicabili alle figure in parola, volte a regolare il carico sanzionatorio in capo ad un medesimo soggetto.

In proposito, si può iniziare allora coll'osservare che, in taluni casi, è il legislatore stesso a stabilire o, al contrario, ad evitare che il responsabile dell'illecito soggiaccia a più pene pecuniarie private. Così, nel primo senso, si può richiamare l'art. 3 l. 192/1998, il quale ammette *expressis verbis* il cumulo di due pene per il medesimo illecito, stabilendo che, dopo trenta giorni di ritardo nel pagamento del corrispettivo, il committente debba pagare al subfornitore un penale pari al 5% della somma, «inoltre» agli interessi punitivi calcolati sulla medesima somma. E, nel secondo senso, si può considerare come, nella recente riscrittura dell'art. 614-*bis* c.p.c., il legislatore abbia evitato in nuce il cumulo di più pene, escludendo dall'ambito applicativo della norma le condanne al pagamento di una somma di denaro ed evitando, così, che la misura coercitiva vada ad aggiungersi ad una delle molteplici pene previste per l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Si noti come la coesistenza di soluzioni antitetiche in seno al sistema delle pene pecuniarie private impedisca di ricavare, da esse, un principio generale ed univoco, da impiegare al fine di dirimere i casi di concorso che il legislatore non regola espressamente. Pertanto, non resta, all'uopo, che tentare di immaginare altri itinerari ermeneutici.

Una prima via percorribile muove dall'analisi dei rapporti, normativamente stabiliti, tra una determinata pena pecuniaria privata ed il risarcimento del danno per equivalente. In particolare, ogniqualvolta la legge non consenta alla vittima dell'illecito di cumulare la prima ed il secondo, si può dedurre, attraverso un'argomentazione *a fortiori*, che neppure risulti ammesso il cumulo della medesima pena pecuniaria privata con altra pena pecuniaria privata: quest'ultima, difatti, può essere riguardata come un *quid pluris* rispetto al risarcimento del danno. Così, tornando alla vicenda sopra esemplificata, la posizione di Alfa potrebbe essere alleggerita, osservando, dapprima, che la seconda parte del secondo comma dell'art. 1224 c.c. esclude la risarcibilità dei danni superiori alla

misura convenuta degli interessi moratori e arguendo poi, da tale divieto, una regola che impedisca a Beta di pretendere cumulativamente gli interessi pattuiti e la misura coercitiva inserita *ex* dall'art. 11 d. lgs. 28/2010 nell'accordo di mediazione⁵⁵³.

Il ragionamento *a fortiori* cessa, evidentemente, di funzionare nei casi in cui la legge (non vieta, bensì) consente il cumulo tra una determinata pena pecuniaria privata ed il risarcimento del danno per equivalente. Ma posto che da una siffatta autorizzazione neppure può dedursi, al contrario, il permesso di cumulare quella determinata pena pecuniaria privata con altra pena pecuniaria privata, resta da chiedersi se esistano altre vie che, in relazione ai casi in parola, conducano comunque ad escludere il cumulo.

Questa volta, ci sembra che uno spunto utile possa essere rinvenuto nel campo del diritto penale. Tra i criteri che quest'ultimo detta al fine di evitare il cumulo di più pene a carico di una stessa persona, ve n'è infatti uno che nulla ha a che vedere con le ragioni di politica criminale e che neppure riveste carattere eccezionale. Si tratta del principio di specialità. Seppur espresso, a livello di diritto positivo, dal solo art. 15 c.p.⁵⁵⁴, detto principio non è di specifica afferenza penalistica e vale per ogni ramo dell'ordinamento⁵⁵⁵. Il principio di specialità postula l'esistenza di un rapporto logico tra norme, tale per cui una – c.d. speciale – comprende, nel suo contenuto, un sottoinsieme di elementi ricompresi anche nel contenuto dell'altra norma – c.d. generale – e consente di escludere l'applicabilità di quest'ultima ai casi regolati anche dalla prima. E, a tale stregua, esso conduce ad evitare, in certi casi, di addossare più pene pecuniarie private in capo ad un medesimo soggetto⁵⁵⁶. Così, tornando ancora una volta alla nostra vicenda, si può

⁵⁵³ Un percorso identico a quello suggerito nel testo viene seguito dalla giurisprudenza nel momento in cui esclude che, a fronte del ritardo nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, il creditore possa ottenere, congiuntamente, gli interessi moratori convenzionali e la penale, in ipotesi, pattuita per il ritardo, giusta la presenza dell'art. 1224, comma 2, c.c., che, testualmente, vieta di cumulare i primi col risarcimento del maggior danno e, a maggior ragione, vale ad escludere la penale (Cass. 18 novembre 2010, n. 23273, in *www.leggiditalia.it* e Trib. Reggio Emilia, 28 maggio 2015, in *www.leggiditalia.it*). Un altro caso di cumulo di pene pecuniarie private, portato all'attenzione della giurisprudenza, ha ad oggetto clausola penale e caparra confirmatoria: la prima – questa la soluzione prescelta – prende il posto del risarcimento del danno e può essere richiesta soltanto in alternativa alla seconda (v. Cass. 22 aprile 1958, n. 1326; il tema del cumulo tra penale e caparra è solo lambito da Cass. 10 maggio 2012, n. 7180, in *Foro it.*, 2014, IV, 1, 1205).

⁵⁵⁴ Che così recita: « [q]uando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito ».

⁵⁵⁵ Lo rileva GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi* cit., 250.

⁵⁵⁶ A ben vedere, il criterio di specialità viene impiegato anche nell'esperienza nordamericana dei *punitive damages*, per risolvere il problema del cumulo che nasce quando la condotta tenuta dal *defendant* – per un verso – presenta caratteristiche tali da giustificare la comminatoria dei danni punitivi e – per altro verso – è presa in considerazione da uno *statute* come presupposto per l'imposizione di una *penalty*. In questi casi,

concludere che non debba trovare accoglimento la domanda, avanzata da Beta, volta ad ottenere, accanto all'ordine inibitorio contro Alfa, sia la misura coercitiva generale ex art. 614-bis c.p.c., sia l'*astreinte* speciale prevista all'art. 124 c.p.i. Il canone *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* impone infatti di escludere la prima ed applicare, esclusivamente, la seconda⁵⁵⁷. E ciò – si badi – malgrado che l'astratta cumulabilità di quest'ultima con l'obbligo di risarcire il danno provocato dal medesimo illecito, impedisca di utilizzare l'argomento a *fortiori*.

Ridotte, a questo punto, da sei a quattro le pene pecuniarie private a cui risulta esposta Alfa, ci si può chiedere se siano praticabili riduzioni ulteriori. Ad esempio, conoscendo i temperamenti previsti dalla disciplina penalistica nel caso del concorso materiale di reati ed, in particolare, del reato continuato, ed osservando che le plurime violazioni commesse da Alfa s'inscrivono in una vicenda unitaria, qualcuno potrebbe ipotizzare di impiegare le regole contenute nel codice penale, per realizzare un alleggerimento del carico sanzionatorio che incombe su Alfa.

Contro una simile suggestione, ci sembra, tuttavia, di poter negare che questa strada sia praticabile. Le norme che il codice penale detta per alleggerire il peso sanzionatorio a carico di una persona che, con azioni od omissioni diverse, abbia violato più norme non possono esser trasportate nel sistema delle pene pecuniarie private. Infatti, a differenza del principio di specialità, tali norme non hanno un fondamento logico-giuridico, ma sono ispirate da ragioni di opportunità e di equità punitiva, che appartengono in via esclusiva al settore criminale⁵⁵⁸.

Resta, infine, da interrogarsi in merito ai rapporti tra pena pecuniaria privata e pena in senso stretto.

le corti statunitensi solitamente escludono che il medesimo contegno possa essere sanzionato più volte e, per questa ragione, rigettano la domanda del *plaintiff* volta ad ottenere i danni punitivi, facendo prevalere la più specifica previsione normativa statutaria [cfr. *Glover v. General Motors Corp.*, 959 F. Supp. 332, 334 (W.D. Va. 1997) e *Alta Indus. Ltd. v. Hurst*, 846 P. 2d. 1282 (Utah 1993)].

⁵⁵⁷ Del medesimo avviso sono ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata* cit., 210; CHIZZINI, *sub art. 614-bis* cit., 165; SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo* cit., 500). In senso dubitativo, v. S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 11 ss. si chiede se prevalga il principio di specialità con conseguente inoperatività della norma generale o se sia configurabile un concorso, alternativo e non cumulativo, dei due mezzi di tutela. In giurisprudenza, per l'applicazione di un'unica misura compulsiva v. Trib. Milano 2 agosto 2012, in *IDI*, 2013, 13, con nota di S. ALVANINI e Trib. Palermo 2 aprile 2012, in www.leggiditalia.it.

⁵⁵⁸ Lo osservava lo stesso ZANOBINI, *op. cit.*, 152 nel corso di una trattazione che – come si è detto nel primo paragrafo del presente capitolo – era precipuamente volta ad attingere dal diritto penale il maggior numero possibile di regole e principi, adatti a colmare i vuoti di disciplina lasciati dal legislatore accanto alle sanzioni amministrative singolarmente regolate.

In particolare, nella prospettiva del civilista, occorre chiedersi se l'applicazione di una sanzione penale possa incidere sul diritto della vittima ad ottenere la pena pecuniaria privata. E, così, ad esempio, se il giornalista responsabile di diffamazione a mezzo stampa che sia già stato condannato ad una delle pene previste dall'art. 595, comma 3, c.p., debba o meno subire anche la condanna al pagamento della riparazione pecuniaria ai sensi dell'art. 12 l. 47/1948. Oppure, se colui che, non avendo ottemperato (dolosamente) ad un provvedimento giudiziale, sia già stato condannato per la contravvenzione di cui all'art. 388 c.p., debba o meno pagare, altresì, la misura coercitiva fissata *ex art. 614-bis c.p.c.*

Dell'ammissibilità di siffatti cumuli si potrebbe esser indotti a dubitare a causa della presenza, nel nostro ordinamento, del principio c.d. del *ne bis in idem*, da cui – com'è noto – deriva il divieto di punire più volte una persona per il medesimo fatto. Peraltro, tale dubbio può essere spento, rilevando che il principio in parola si applica soltanto nell'ipotesi in cui un soggetto sia chiamato a rispondere due volte penalmente e, per contro, non opera quando – come nel caso nostro – la sanzione penale concorre con una sanzione diversa. Così come il *ne bis in idem* non serve ad impedire il concorso tra responsabilità penale e responsabilità amministrativa⁵⁵⁹, o tra responsabilità penale e responsabilità disciplinare⁵⁶⁰, parimenti esso non vale ad escludere la sovrapposizione tra pena in senso stretto e pena pecuniaria privata.

Questa conclusione appare ulteriormente confortata dal fatto che queste due pene sono, a ben vedere, poste a presidio di interessi differenti. Segnatamente, la pena in senso stretto è tesa a salvaguarda, primariamente, l'interesse pubblico e, di riflesso, quello privato, mentre la pena pecuniaria privata è volta a tutelare, primariamente, l'interesse privato e, di riflesso, quello pubblico. Ebbene, l'irrogazione della pena in senso stretto non può elidere quel *surplus* di tutela che l'ordinamento ha inteso accordare all'interesse del singolo attraverso la pena pecuniaria privata. Del resto, diversamente opinando, si giungerebbe al paradossale esito di privare la vittima di quella tutela aggiuntiva proprio dinanzi agli atti di maggiore gravità.

Fino a qui la prospettiva del civilista.

⁵⁵⁹ Cfr. ad esempio art. 174-*bis* l.a. che prevede la sanzione amministrativa in aggiunta a tutte le sanzioni penali previste dagli artt. 171-174 della medesima legge.

⁵⁶⁰ Così ad esempio l'avvocato che viola il segreto professionale è punito sia, in sede disciplinare, *ex art. 28 cod. deont.*, sia penalmente ai sensi dell'art. 622 c.p.

Ponendosi invece, per un istante, sul versante del diritto penale, diviene facile immaginare che la riflessione sui rapporti tra pena in senso stretto e pena pecuniaria privata potrebbe assumere un senso radicalmente diverso. Non più quello, tecnico, legato all'ammissibilità del cumulo tra l'una e l'altra, bensì quello, politico, incentrato sull'opportunità di un avvicendamento dell'una all'altra. Per parte nostra, non disponendo delle competenze necessarie a prendere posizione su quest'ultimo punto, ci limitiamo a consegnare alla riflessione dei penalisti la scoperta ed il riordino di una dimensione sanzionatoria del diritto privato, confidando che i risultati di questo studio possano favorire un alleggerimento del sistema criminale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

DOTTRINA

- S. ABATE, *Il processo di separazione e divorzio*, Cedam, Padova, 2011
- B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, Milano, 50 ss.
- A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Milano, 1984
- G. ALPA e M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito. I profili dottrinali*, Giuffrè, Milano, 1977
- T. ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1959
- P. ATIYAH, *The Damages Lottery*, Bloomsbury Publishing, London, 1997
- P. AUTERI, *Diritto d'autore*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2012
- G. BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile (un primo commento della L. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 3, 777 ss.
- M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 2006
- D. BARBERO, *Criterio di nascita e criteri di propagazione della responsabilità per illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 572 ss.
- M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e impr.*, 2008, 120 ss.
- O. BAR-GIL e O. BEN-SHAHAR, *An Information of Willful breach*, in 107 *Mich. L. Rev.* 1492 (2009)
- G. BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1106 ss.
- G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Giuffrè, Milano, 2001
- G. BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 1963
- M. BELLANTE, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 2008
- G. BELLI, *L'atto illecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, in *Resp. civ.*, 2012, 65 ss.

- A. BELVEDERE, *Il legislatore naïf e i suoi faux amis*, in A. BELVEDERE, *Scritti giuridici. Linguaggio e metodo giuridico*, vol. I, Cedam, Padova, 2016
- A. BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni*, in A. BELVEDERE, M. JORI e L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979
- A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano, 1977
- F. BENATTI, *Inadempimento del contratto e danni punitivi*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 846 ss.
- F. BENATTI, *Correggere e punire dalla Law of torts all'inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008
- G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss.
- J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Utilitarians*, Clarendon Press, Oxford, 1789
- G. BETTIOL e L. MANTOVANI, *Diritto Penale*, 12^a ed., Cedam, Padova, 1988
- C. M. BIANCA, *La responsabilità*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2012
- C. M. BIANCA, *Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2000
- C. M. BIANCA, *sub art. 1226 c.c., Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979
- R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 16^a ed., Giappichelli, Torino, 2015
- P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, in 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 9 ss. (2000)
- P. BIRKS, *Equity in Modern Law: an Exercise in Taxonomy*, in 26 *University of Western Australia L. Rev.* 27 ss. (1996)
- R. BIRMINGHAM, *Breach of Contract, Damage Measure, and Economic Efficiency*, in 24 *Rutgers L. Rev.*, 284
- N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993
- N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 530 ss.
- G. BONGIORNO, voce *Responsabilità aggravata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 1 ss.
- G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983

- M. BOVE, *Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15/1/2016)*, in *La nuova procedura civile*, 2016
- M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 781 ss.
- L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1087 ss.
- U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1991
- R. BRENDA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. ed i punitive damages. Considerazioni in margine ad un caso giudiziario*, in *Giur. it.*, 2013, II, 1885 ss.
- F. BRICOLA, *Le "pene private" e il penalista*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985
- F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Cedam, Padova, 1984
- F. BRICOLA, *Il costo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951 ss.
- F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960
- M. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Cedam, Padova, 1963
- G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999; 479 ss.
- B. BUDDEN e PH. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, 1015 ss.
- G. BUFFONE, *Un «grimaldello normativo» in ambito civile per frenare la proliferazione di liti temerarie*, in *Guida dir.*, 2011, 50 ss.
- C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, 2004, Giuffrè; Milano, 2004
- A. BURROWS, *Fusing Common Law and Equity: Remedies, Restitution and Reform*, Sweet & Maxwell, Asia, 2002

- F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in F. D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2013
- F. D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in S. PATTI e F. D. BUSNELLI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2013, 184
- F. D. BUSNELLI e A. D’ALESSANDRO, *L’enigmatico ultimo comma dell’art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o “condanna punitiva”?*, in *Danno e resp.*, 2012, 585 ss.
- F. D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Ius*, 1976, 41 ss.
- A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato. Libro delle obbligazioni*, t. 1, Utet, Torino, 1943
- G. CALABRESI, *The complexity of torts – The case of punitive damages*, in M. STUART MADDEN, *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press, 2005
- G. CALABRESI e A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability Rules: One View of the Cathedral*, in 85 *Yale L. Rev.* 1089 ss. (1972)
- G. CALABRESI, *The Costs of Accident*, Yale University Press, New Haven, 1970
- D. CAMPBELL, in D. HARRIS, D. CAMPBELL e R. HALSON, *Remedies in Contract & in Tort*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- G. CAMPEIS e A. DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, Padova, Cedam, 1991
- D. CANALE, *L’argomento comparatistico. Un contributo allo studio del ragionamento giuridico*, in *Ars Interpretandi*, 2016, 1, 51 ss.
- P. CANE, *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*, 8th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- C. A. CANNATA, *L’inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008
- C. A. CANNATA, *Il danno evitabile*, Cedam, Padova, 1990
- C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, diretto da P. Rescigno, t. 9, Utet, Torino, 1984
- G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 460 ss.

- G. CARELLA e R. DI CHIO, *Riconoscimento di sentenze straniere*, in *Trattato di diritto internazionale privato e comunitario*, a cura di F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Crotone, t. II, Utet, Torino, 2010
- F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI e T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, 7^a ed., Utet, Torino, 2011
- F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione nel diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, 237 ss.
- F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, v. 1, Cedam, Padova, 1936
- F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930
- L. CARRARO, *Recensione a V. M. Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 186 ss.
- S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Bari, 2006
- S. CASSESE, *La croce di Lotario*, in C. AMATO e G. PONZANELLI, *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006
- C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2012
- C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 315 ss.
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2005
- A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966
- A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, v. I, rist., Giuffrè, Milano, 1982
- P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 1976
- S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Cedam, Padova, 2012
- S. CHIARLONI, *L'esecuzione indiretta ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.: confini e problemi*, in *Giur. it.*, 2014, I, 731 ss.
- A. CHIZZINI, *sub art. 614-bis*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI e S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Utet, Torino, 2009
- G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Cedam, Padova, 1966

- L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, II, 1890 ss.
- A. CIATTI CAIMI, *L'esecuzione processuale indiretta (astreinte) e l'infungibilità processuale della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 23 ss.
- P. SALVADOR CODERCH, *Punitive damages*, in P. PANTALÉON FERNANDO, *La responsabilidad en el derecho*, ed. Universidad Autónoma y Boe, Madrid, 2001
- THOMAS B. COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, in 87 *Minn. L. Rev.* 583 ss. (2003)
- C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 737 ss.
- C. CONSOLO e GODIO, *sub art. 614-bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, vol. II, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2010
- A. G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, Giappichelli, Torino, 2001
- F. CORDOPATRI, voce *Responsabilità processuale aggravata*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1988, 1482 ss.
- A. G. CORREA DE ANDRADE, *Dano moral e indenicao punitiva. Os punitive damages na experiecia del common law e na perspectiva do ireito brasileiro*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006
- G. CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in *Atti XXVI Convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982
- P. CORSO, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Giuffrè, Milano, 1969
- D. CORVI, *Punitive damages*, in *Contratto e impr.*, 2014, 859 ss.
- F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadr.*, 1988, 484 ss.
- M. COSTANZA, *Interessi «punitivi» troppo punitivi*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006
- A. D'ADDA, *Il controllo legale sui patti di esonero da responsabilità tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in V. ROPPO, *Annuario del contratto*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2012

- A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Il danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Utet, Torino, 2010
- A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei principî acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 573 ss.
- T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2011, 55 ss.
- E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 383 ss.
- G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *i Contratti*, 2014, 927 ss.
- W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1980, 893 ss.
- M. DELLACASA, *Adempimento e risoluzione nei contratti di scambio*, Giappichelli, Torino, 2013
- M. DELLACASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 203 ss.
- A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2^a ed. Giuffrè, Milano, 1966
- A. DE CUPIS, *Postilla sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 62 ss.
- JOHN W. DEGRAVELLES e J. NEALE DEGRAVELLES, *Louisiana Punitive Damages. A conflict of Traditions*, in *70 Louisiana L. Rev.* 613 ss. (2010)
- G. DEL VECCHIO, *Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padova, 1950
- F. DE FRANCHIS, voce *Damages*, in *Dizionario giuridico Inglese-Italiano*, Giuffrè, Milano, 1984
- F. DE MARTINO, *sub art. 843 c.c., Della proprietà*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1954
- G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 327 ss.
- G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, Milano, 1994

- G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 ss.
- L. DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1964
- V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 215 ss.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Giuffrè, Milano, 2003
- A. DI MAJO, voce *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.
- G. DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Esi, Napoli, 2010
- N. DISTASO, *I contratti in generale*, v. 2, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1980, 1370 ss.
- WILLIAM S. DODGE, *The case for punitive damages in contracts*, in 48 *Duke L. Journal* 644 ss. (1999)
- A. DONDI e A. GIUSSANI, *Appunti sul problema del processo civile nella prospettiva «de iure condendo»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 ss.
- G. DRAGOTTI, *Commento al D.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, attuazione della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, 28 ss.
- DORSEY D. ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 *Southern Cal. L. Rev.* 8 ss. (1982)
- L. EUSEBI, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 16 ss.
- A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941
- J. EDELMAN, *The Meaning of "Damages" at Common Law and in Equity*, in A. ROBERTSON, *The Law of Obligations: Connections and Boundaries*, Routledge Cavendish Ltd., London, 2004
- C. F. EMANUELE, *Definizione e funzionamento dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato*, Ed. Quasar, Roma, 1996
- E. ALLAN FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed., Aspen Publishers, New York, 2004

- P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. giur.*, 2007, 497 ss.
- A. FEDELE, *sub art. 23 Cost.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1978
- NEAL R. FEIGENSON, *Can tort juries punish competently?*, in 78 *Chi-Ke. L. Rev.* 239 ss. (2003)
- E. A. FELDMAN, *Patients' Rights, Citizens' Movements and Japanese Legal Culture*, in D. NELKEN, *Comparing Legal Cultures*, Adelrshot, Dartmouth, 1997
- S. FERRERI, *Interpretazione e traduzione nel diritto*, in *Interpretazione e traduzione del diritto: atti del Convegno tenuto a Trento presso la Facoltà di Giurisprudenza il 30 novembre 2007*, a cura di E. IORATTI FERRARI, Cedam, Padova, 2008
- G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 842 ss.
- G. FIENGO, *La responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 2016, 115 ss.
- A. FINESSI, *Contratti tra imprese e disciplina del tempus solutionis dei corrispettivi pecuniari*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, 803 ss.
- L. FILIPPI, *Nuove disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 151 ss.
- G. FINOCCHIARO, *Somme determinate in via equitativa anche d'ufficio: una condanna di natura risarcitoria o sanzionatoria?*, in *Guida dir.*, 2010, 225 ss.
- J. G. FLEMING, *The American Tort Process*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1990
- G. P. FLETCHER, *The Right and the Reasonable*, in 98 *Harvard L. Rev.* 948 ss. (1985)
- P. FRANZINA, *Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)*, in *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile. Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, a cura di A. Bonomi, Giappichelli, Torino, 2009
- M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, Giuffrè, Milano, 2004

- M. FRANZONI, *sub art. 2043 c.c., Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993
- P. FRASSI, *I danni patrimoniali. Dal danno emergente al lucro cessante*, in *AIDA*, 2000, 97 ss.
- D. M. FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2013
- D. FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy*, in 18 *J. Leg. St.* 1 ss. (1989)
- R. A. FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Barbera, Firenze, 1950
- E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 901 ss.
- G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, Milano, 1985
- F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, in *Contratto e impr.*, 1987, 531 ss.
- C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *IDI*, 2012, 109 ss.
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1999
- P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996
- A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1995
- B. GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, 324 ss.
- G. GENTILE, *La giurisprudenza sulla responsabilità civile nel quinquennio 1966-1970*, in *Resp. civ. prev.*, 1973, 293 ss.
- M. F. GHIRGA, *La riforma della giustizia nei disegni di legge Mastella*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, 441 ss.
- M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del codice civile D'Amelio-Finzi*, Barbera, Firenze, 1948
- R. GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 437 ss.

- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1975
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Giuffrè, Milano, 1951
- C. J. GOETZ e R. SCOTT, *Liquidated damages, penalty and the just compensation principle: some notes in an enforcement model and theory of efficient breach*, in *77 Columbia Law Review* 554 ss. (1977)
- JOHN C. P. GOLDBERG e BENJAMIN C. ZIPURSKY, *Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2010
- M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Giappichelli, Torino, 2005
- G. GORLA, *Studio storico-comparativo della « common law » e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 25 ss.
- C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1760 ss.
- P. GRECO e P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere d'ingegno*, in *Trattato di diritto commerciale Vassalli*, Utet, Torino, 1974
- B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe Ein Beitrag zum schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Metzner, Frankfurt u. Berlin, 1961
- P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1 ss.
- R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2004
- R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1998
- R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, X, 1993, Torino, 269 ss.
- PETER W. HUBER, *Liability: the Legal Revolution and its Consequences*, Basic Books Editor, New York, 1990
- U. HUBER, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, a cura di W. Ernst e W. Zimmermann, Tübingen, 2001
- L. HUGUENEY, *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX siècle*, in *Études offerts à G. Ripert*, v. 2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950

- N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.
- N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, 36 ss.
- N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.
- D. JARACH, voce *Pena civile*, in *Diz. prat.*, V, 1939
- DARRYN M. JENSEN, *The Rights and Wrongs of Discretionary Remedialism*, in *Singapore Journal of Legal Studies* 178 ss. (2003)
- I. KANT, *Metafisica dei costumi*, traduzione italiana di G. VIDARI, Laterza, Roma-Bari, 2004
- A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Breves reflexiones sober los mal llamados “daños punitivos” en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el proyecto de código civil y comercial de 2012*, 2014, disponibile su www.juscivile.it
- JOHN J. KIRCHER e CHRISTINE M. WISEMAN, *Punitive Damages: Law and Practice*, Westlaw, 2012
- L. LANTELLA, *Pratiche definitive e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in A. BELVEDERE, M. JORI e L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979
- F. H. LAWSON, *Remedies of English Law*, Butterworths, London, 1980
- M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 95 ss.
- N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013
- A. LOMBARDI, *Condanna pecuniaria al pagamento di una pena pecuniaria ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Giur. mer.*, 2010, I, 398 ss.
- A. LOMBARDI, in A. LOMBARDI e R. GIORDANO, *Il nuovo processo civile*, 2009, Nel diritto editore, Roma, 2009
- P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Giuffrè, Milano, 2005
- E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 379 ss. e 821 ss.
- F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2015
- A. LUMINOSO, *Il mandato*, Utet, Torino, 2007
- M. LUPOI, *Diritto “a una dimensione”?*, in C. AMATO e G. PONZANELLI, *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006

- C. LUZZATI, *Il diritto penale è un sistema chiuso?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 4, 515 ss.
- R. LUZZATO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in onore di Edoardo Vitta*, a cura di G. Gaja, Giuffrè, Milano, 1994
- A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, Milano, 186 ss.
- M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 92 ss.
- M. MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. Patti e diretto da S. Delle Monache, Utet, Torino, 2010
- C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico – Fattispecie*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 111 ss.
- C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, t. 3, 12^a ed., Giappichelli, Torino, 2015
- G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, 785 ss.
- A. MARINI, voce *Caparra*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1 ss.
- A. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, Napoli, 1984
- A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 176 ss.
- G. MARINI, voce *Nullum crimen sine lege (dir. pen.)* in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.
- C. MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”*. In merito all’esercizio della delega di cui all’art. 2, co. 3 legge 28 aprile 2014, n. 67, 2014, disponibile su www.penalecontemporaneo.it
- U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2004
- U. MATTEI, *I rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Utet, Torino, 2001
- D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992

- S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss.
- S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 11 ss.
- S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, I, 639 ss.
- S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 947 ss.
- S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Cedam, Padova, 1990
- S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985
- M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Giuffrè, Milano, 2007
- JOHN D. MC CAMUS, *Prometheus Bound or Loose Cannon? Punitive Damages for Pure Breach of Contract in Canada*, in 41 *San Diego L. Rev.* 1501 ss. (2004)
- L. MENGONI, *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Giuffrè, Milano, 2011
- L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996
- E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, 1546 ss.
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8^a ed., Giuffrè, Milano 1954
- D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 605 ss.
- L. MEURKENS, *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*, in L. MERKEUNS e E. NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Metro, Cambridge, 2012
- G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Torino, Utet, Torino, 1957
- G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955
- A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964
- P. G. MONATERI, *Manuale della Responsabilità civile*, Utet, Torino, 2001

- P. G. MONATERI e A. SOMMA, “*Alien in Rome*”. *L’uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.* 1999, V, 47 ss.
- G. MORLINI, *Il punto sulle spese di lite e la responsabilità per lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 2081 ss.
- E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1999
- F. MOSCONI e C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte Generale e obbligazioni*, 6^a ed., Utet, Torino, 2015
- E. MUSCO, *Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Giusto proc.*, 2002, 117 ss.
- A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 323 ss.
- A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un’indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, Milano, 1998
- L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 157 ss.
- NOTE, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in *70 Harv. L. Rev.* 520 ss. (1951)
- P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 63 ss.
- A. I. OGUS, *The Law of Damages*, Butterworth & Co. Ltd, London, 1973
- S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 981 ss.
- S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1033 ss.
- D. OWEN, *Punitive Damages in Products Liability Litigation*, *74 Mich. L. Rev.* 1291 ss. (1974)
- G. PACCHIONI, *Elementi di diritto civile*, Utet, Torino, 1916
- T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.
- T. PADOVANI, «*Lectio brevis*» *sulla sanzione*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985

- S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale*, in *i Contratti*, 2014, 853 ss.
- C. E. PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (e puniri) potest.*, in *Corr. giur.*, 2001, 845 ss.
- C. E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Politica del diritto*, 1983, 135 ss.
- P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005
- P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., I, 2007, 457 ss.
- R. PARDOLESI, *Liquidazione contrattuale del danno*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985
- L. PASSANANTE, *sub art. 131 c.p.i.*, in L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 5^a ed., Cedam, Padova, 2012
- F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Jovene, Napoli, 2015
- F. P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, 685 ss.
- S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in F. D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2013
- S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, XIII, Torino, 2004, 353.
- G. L. PELLIZZI e G. PARTESOTTI, *Commentario breve alla legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, Cedam, Padova, 2004
- P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1061 ss.
- D. PIERCE e R. HALSON, *Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication*, in *28 Oxford Journal of Legal studies* 73 ss. (2007)
- F. PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, in *I ritardi nei pagamenti*, a cura di A. M. Benedetti e S. Pagliantini, Giuffrè, Milano, 2016
- F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, Jovene, Napoli, 2011
- A. PLAIA, *La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 1021 ss.

- D. POLETTI, *Quando al “rent” non segue il “buy”*: scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni, in *i Contratti*, 2015, 1049 ss.
- A. MITCHELL POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, in 111 *Harvard L. Rev.* 910 ss. (1998)
- G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 25 ss.
- G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461 ss.
- G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006
- G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.
- R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5th Ed., Aspen Publishers, New York, 1998
- A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 223 ss.
- A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 99 ss.
- S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XIV, t. 2, Giuffrè, Milano, 1989
- D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2009
- F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*, Esi, Napoli, 2013
- A. RAVAZZONI, voce *Mora del debitore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 904 ss.
- M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Beck, München, 1987
- N. RIZZO, *Giudizi di valore e “giudizio di ingiustizia”*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 295 ss.
- N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Cedam, Padova, 2010
- R. ROBINSON, *Definition*, Oxford University Press, Oxford, 1968
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, *passim*
- N. ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell’art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, 46 ss.

- A. ROMANO e G. FUSCHINO, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, in *Foro it.*, 2015, V, 70 ss.
- M. S. ROMANO, *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, in *Quadr.*, 1989, 430 ss.
- V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011
- M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, VIII ed., Libreria Aurelio Parainfo, Milano, 1965
- A. M. ROVATI, *sub art. 125 c.p.i.*, in L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 5^a ed., Cedam, Padova, 2012
- C. ROXIN, *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, in *ZStrW*, 1984, (XC-VI), 641 ss.
- D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939
- A. RUSSO, *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*, Jovene, Napoli, 2012
- D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Esi, Napoli, 2010
- R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, 5^a ed., Utet, Torino, 1992
- B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2006, I, 222 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, 909 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Note sui limiti della c.d. compensazione della colpa*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 108 ss.
- O. T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Jovene, Napoli, 1984
- R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3^a ed., 2004, Utet, Torino
- A. SALETTI, *sub art. 614 bis c.p.c.*, in *Commentario della riforma del codice di procedura civile*, a cura di A. Saletti e B. Sassani, Utet, Torino, 2009

- C. SALVI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 517 ss.
- C. SALVI, *La responsabilità civile*, 2^a ed., Giuffrè; Milano, 2005
- G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Cedam, Padova, 1959
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 6^a ed., Jovene, Napoli, 1959
- A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 868 ss.
- B. SASSANI e R. PARDOLESI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 64 ss.
- S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Utet, Torino, 1963
- G. SCADUTO e D. RUBINO, voce *Illecito (atto-Diritto moderno)*, in *Nuovo Dig. it.*, VI, Torino, 1938, 705 ss.
- U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano, 1955
- G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 264 ss.
- A. SCHWARTZ, *The Case for Specific Performance*, in 89 *Yale L. Journal* 274 ss. (1979)
- G. T. SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages*, in 56 *Southern Cal. L. Rev.* 138 ss. (1982)
- V. E. SCHWARTZ, K. KELLY, D. F. PARTLETT, in D. PROSSER, K. WADE e V. E. SCHWARTZ, *Torts. Cases and Materials*, 10 ed., Foundation Press, New York, 2000
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 594 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 ss.

- M. SCUFFI, *Il risarcimento del danno e la pubblicazione della sentenza*, in M. SCUFFI e M. FRANZOSI, *Diritto industriale italiano. Diritto procedimentale e processuale*, t. 2, Cedam, Padova, 2014
- A. SEBOCK, *The U.S. Supreme Court's Theory of Common Law Punitive Damages: an Inauspicious Start*, in L. MERKEUNS e E. NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Metro, Cambridge, 2012
- A. SEBOCK, *Punitive Damages: From Myth to Theory*, in 92 *Iowa L. Rev.* 962 ss. (2007)
- A. SEBOCK, *What did Punitive Damages do?*, in 78 *Chi-Kent L. Rev.* 180 ss. (2003)
- G. SICCHIERO, *Aspetti civilistici della nuova legge per la repressione dell'emissione dell'assegno a vuoto*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 171 ss.
- E. SILVESTRI, *Riforma e processo esecutivo*, in *Il processo civile riformato*, diretto da M. TARUFFO, Zanichelli, Bologna-Roma, 2010
- E. SILVESTRI, *Punitive Damages (ultimo atto). La sentenza Exxon Shipping Co. v. Baker*, in *Intern Lexis*, 2008, 166 ss.
- P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, Giuffrè, Milano, 2006
- G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 159 ss.
- G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 223 ss.
- G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Cedam, Padova, 2005
- A. SOMMA, *Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in C. AMATO e G. PONZANELLI, *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006
- E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Cedam, Padova, 1986
- M. S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, 149 ss.
- G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Eur. dir. priv.* 2007, 1129 ss.
- J. STEELE, *Tort Law. Text cases and materials*, 3rd edition, Oxford University Press, Oxford, 2010

- M. TILBURY, *Reconstructing Damages*, in 27 *Melb. Un. L. Rev.* 698 ss. (2003)
- TIMOTHY J. SULLIVAN, *Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change*, in 61 *Minn. L. Rev.* 207 ss. (1977)
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1980
- G. TARELLO, *Filosofia del diritto*, in S. CASSESE, *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978
- M. TARUFFO, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, 2014, 744 ss.
- M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, 117 ss.
- M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, Milano, 1994, 392 ss.
- M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Jovene, Napoli, 1989
- A. TETTENBORN, *The Law of Damages*, 2nd ed., Wilby QC Editor, London, 2010
- A. TETTENBORN, *Punitive damages for breach of contract: what's so special about contract claims?* 3 (2005), disponibile su <http://ssrn.com>
- A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, traduzione italiana, Cedam, Padova, 1939
- M. TILBURY, M. NOONE E B. KERCHER, *Remedies. Commentary and Materials*, 2nd ed., The Law Book Company Ltd, 1993
- M. TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Filodiritto Editore, Bologna, 2014
- T. EDLYNE TOMLINS, *The Law dictionary: Explaining the Rise, Progress, and Present State of the English Law*, Fry and Kammerer Printers, New York-Philadelphia, 1811
- G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, Milano, 1964
- A. TRAVI, *La responsabilità della persona giuridica nel d. lgs. n. 231/2000: prime considerazioni di ordine amministrativo*, in *Società*, 2001, 1305 ss.

- A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983
- G. TREITEL, *The Law of Contract*, 13th ed., Sweet & Maxwell, London, 2011
- P. TRIMARCHI, *Non convince il super-tasso contro l'abuso del processo*, in *Il Sole-24 Ore* del 30 settembre 2014, 45
- P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Giuffrè, Milano, 1984
- P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961
- V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 191 ss.
- V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1954
- G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 229 ss.
- M. VACCARI, *L'art. 96, comma 3°, cod. civ. proc.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 73 ss.
- M. VANZETTI, *Contributo allo studio delle misure correttive e delle sanzioni civili nel diritto industriale: i profili processuali dell'art. 124 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 26 ss.
- V. VARANO, *Global Law v. Local Law. Qualche riflessione in margine alla giustizia civile* in C. AMATO E G. PONZANELLI, *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006
- V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi sull'interpretazione*, Edizioni Ets, Pisa, 2012
- G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 313 ss.
- L. VIGNALE, *Decriminalizzazione e pena privata (a proposito del reato di emissione di assegni a vuoto)*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985
- G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1997

- G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni. Risarcimento del danno*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, vol IX, *Obbligazioni e contratti*, t. I, Utet, Torino, 1984
- L. VISSCHER, *The Law and Economics of Punitive Damages*, in L. MERKEUNS e E. NORDIN, *The Power of Punitive Damages. Is Europe missing out?*, Metro, Cambridge, 2012
- A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, traduzione italiana a cura di J. MORLEY e L. LONARDO, *Il trapianto di norme giuridiche. Un"approccio" al diritto comparato*, Esi, Napoli, 1984
- OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The Common Law*, American Bar Association, 1881
- W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, in *American Journal of Comparative Law* 246 ss. (1991)
- G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924
- Z. ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari nordamericani*, in F. D. BUSNELLI e G. SCALFI, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985
- V. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1985
- A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1991
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive tra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 389 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2009, 175 ss.

CORTI INTERNAZIONALI E DELL'UNIONE EUROPEA

Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia

Corte EDU, 1 dicembre 2007, Moullet c. Francia

Corte EDU, 31 luglio 2007, Zaicevs c. Lettonia

Corte EDU, 21 ottobre 1997, Pierre Bloch c. Francia

Corte EDU, 10 giugno 1996, Benham c. Regno Unito

Corte EDU, 27 agosto 1991, Demicoli c. Malta

Corte EDU, 28 giugno 1984, Campbell Fell c. Regno Unito

Corte EDU, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania

Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel et al. c. Paesi Bassi

Corte di giustizia 12 dicembre 2013 Papalia, C-50/13

GIURISDIZIONI SUPERIORI ITALIANE

Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152
Corte Cost. 6 ottobre 2014, n. 235
Corte Cost., ord. 26 marzo 2014, n. 77
Corte Cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 248
Corte Cost., 31 maggio 2012, n. 138
Corte Cost. 9 giugno 2010, n. 196
Corte Cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349
Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 177
Corte Cost. 2 aprile 1980, n. 50
Corte Cost. 15 maggio 1963, n. 67
Corte Cost. 27 marzo 1962, n. 29

Cass. 21 luglio 2016, n. 15017
Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978
Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072
Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350,
Cass. 3 luglio 2015, n. 13655
Cass. 15 aprile 2015, n. 7613
Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481
Cass., 22 ottobre 2014, n. 22465
Cass. 30 giugno 2014, n. 14776
Cass. 26 maggio 2014, n. 11698
Cass., sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380
Cass., ord. 11 febbraio 2014, n. 3003
Cass. 19 novembre 2013, n. 25912
Cass. 29 maggio 2013, n. 13458
Cass. 8 maggio 2013, n. 10891
Cass., ord. 30 novembre 2012, n. 21570
Cass. 17 maggio 2012, n. 7759
Cass. 10 maggio 2012, n. 7180
Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781

Cass. 18 novembre 2010, n. 23273
Cass., 30 luglio 2010, n. 17902
Cass. 16 ottobre 2008, n. 25271
Cass. 21 aprile 2008, n. 10329
Cass., 26 giugno 2007, n. 14761
Cass. 8 giugno 2007, n. 13395
Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183
Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592
Cass. 15 novembre 2006, n. 24299
Cass., sez. pen. 30 gennaio 2006, n. 3615
Cass. 26 giugno 2006, n. 14735
Cass. 16 maggio 2006, n. 11356
Cass. 11 agosto 2004, n. 15554
Cass., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5910
Cass. 23 novembre 2003, n. 17859
Cass. 28 dicembre 2006, n. 27592
Cass. 21 giugno 2001, n. 8481
Cass. 1 dicembre 2000, n. 15391
Cass. pen. 22 maggio 1997, n. 6607
Cass. 26 gennaio 1995, n. 948
Cass. 24 febbraio 1982, n. 1143
Cass. 20 agosto 1981, n. 4944
Cass. 10 novembre 1977, n. 4856
Cass. 22 aprile 1958, n. 1326

Consiglio di Stato, ad. plen., 26 giugno 2014, n. 15

GIUDICI DI MERITO ITALIANI

Trib. Milano 18 luglio 2016
Trib. Cassino 22 maggio 2016
Trib. Potenza 5 aprile 2016
App. Milano 4 febbraio 2016
Trib. Salerno 7 gennaio 2016

Trib. Bologna 22 dicembre 2015
Trib. Taranto 15 dicembre 2015
Trib. Milano 27 giugno 2015
Trib. Reggio Emilia, 28 maggio 2015
Trib. Roma 5 gennaio 2015
App. Firenze 14 ottobre 2014
Trib. Verona 19 giugno 2014
Trib. Roma 29 maggio 2014
Trib. Torino, ord. 7 marzo 2014
Trib. Brescia 15 gennaio 2014
Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 23 dicembre 2013
Trib. Napoli 4 novembre 2013
Trib. Lodi 4 marzo 2013
Trib. Reggio Emilia 25 settembre 2012
Trib. Milano 2 agosto 2012
Trib. Palermo 2 aprile 2012
Trib. Verona 7 febbraio 2012
Trib. Milano, 12 gennaio 2012
Trib. Sant'Angelo dei Lombardi 14 giugno 2011
Trib. Bari 28 aprile 2011
Trib. Min. Milano, decr. 4 marzo 2011
Trib. Trento, 8 febbraio 2011
Trib. Torino, ord. 16 ottobre 2010
Trib. Torino 2 luglio 2010
Trib. Terni, ord. 17 maggio 2010
T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26
Trib. Roma 11 gennaio 2010
App. Napoli 4 gennaio 2010
Trib. Varese 30 ottobre 2009
Trib. Cagliari, ord. 19 ottobre 2009
App. Trento, sez. dist. di Bolzano, 16 agosto 2008
App. Milano, 24 novembre 1961
App. Roma 13 marzo 1959
App. Milano 13 febbraio 1959

CORTI STRANIERE

Corte Suprema della Repubblica di Slovenia, ord. 29 maggio 2013

Berberich v. Jack, 392 S.C. 278, 709 S. E.2d 607 (2011)

Kapps v. Biosense Webster, Inc., 813 F. Supp. 2d 1128 (D. Minn. 2011)

Duncan v. Ford Motor Co., 385 S.C. 119, 682 S.E. 2d 877 (Ct. App. 2009)

Rosenthal v. Sonnenschein Nat & Rosenthal, LLP, 985 A.2d 443 (D.C. 2009)

Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471 (United States Supreme Court, 2008)

Mellen v. Lane, 377 S.C. 261, 659 S.E.2d 236 (Ct. App. 2008)

Philip Morris Usa Inc. v. Williams, 549 U.S. 346 (United States Supreme Court, 2007)

Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc., 347 F.3d 672 (Seventh Circuit, 2003)

State Farm Mutual Insurance Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (United States Supreme Court, 2003)

Attorney General v. Blake, 1 A.C. 268 (House of Lords, 2002)

Whiten v. Pilot Insurance & Co., 1 S.C.R. 595 (Supreme Court of Canada, 2002)

Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U. S. 424 (United States Supreme Court, 2001)

Stop-N-Go of Madison v. UNO-UEN Co., 184 F.3d 672 (United States Court of Appeal, 7th. Circuit, 1999);

Glover v. General Motors Corp., 959 F. Supp. 332, 334 (W.D. Va. 1997)

Bmw of North America v. Gore, 517 U.S. 415 (United States Supreme Court, 1996)

Shiv Sagar Tiwari v. Union of India & others, 9 SCALE 680 (Supreme Court of India, 1996)

Naquin v. Fluor Daniel Services Corp., 935 F. Supp. 847 (E.D. La. 1996)

Bourgeois v. Horizon Healthcare Corp., 872 P.2d 852 (Supreme Court of New Mexico, 1994)

AB v. South West Service Ltd, 1 All. ER 609 (Court of Appeal, 1993)

Alta Indus. Ltd. V. Hurst, 846 P. 2d. 1282 (Utah 1993)

Delahanty v. Hinckley, 799 F. Supp. 184 (D.D.C. 1992)

Owen Illinois, Inc. v. Zenobia, 325 Md. 420, 601 A.2d 633 (1992)

Godbersen v. Miller, 439 N.W.2d 206 (Iowa 1989)

Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. v. Disposal Inc., 492 U.S. 257 (United States Supreme Court, 1989)

Labelle v. Guardian Insurance, 38 C.C.L.I. 274 (Ontario High Court of Justice, 1989)

Bankers Life & Casualty Co. v. Crenhaw, 486 U.S. 71 (1988)
Oliver v. Martin, 460 A. 2d 594, 595 (Me. 1983)
Karavokiros v. Indiana Motor Bus Co., 524 F. Supp. 385 (E.D. La. 1981)
Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651 (United States Supreme Court, 1977)
Drayton v. Jiffee Chemical Corp., 395 F. Supp. 1081, 1 Ohio Op. 3d 325, 17 U.C.C. Rep. Serv. (CBC) 966 (N.D. Ohio 1975)
Collen v. New Cannan Water Co., 155 Conn. 477, 234 A.2d 825, 832 (1967)
Roginsky v. Richardson-Merrel, Inc, 378 F. 2d 832 (2nd Cir. 1967)
Toole v. Richardson-Merrel Inc., 251 Cal. App. 2 d 689, 60 Cal. Rptr. 398, 29 A.L.R. 3d 988 (1st Dist. 1967)
Rookes v. Barnard, 1 All. ER 367 (Court of Appeal, 1964)
Aetna Cas. & Sur. Co. v. Porter, 181 F. Supp. 81 (D.D.C. 1960)
McCoy v. Arkansas Natural Gas Co. , 85 A.L.R. 1147 (1932)
Walgreen Co. v. Sara Creek Property Co., 966 F.2d 273 (Seventh Circuit, 1992)
Wertheim v. Chicoutimi Pulp co., 1 A.C. 301 (Privy Council, 1911)
Livingstone v. Rawyards Coal Co., 5 App. Cas 25, 39 (House of Lords,1880)
Genay v. Norris, 1 Bay 6 (Supreme Court of South Carolina, 1784)
Huckle v. Money, 95 Eng. Rep. 768 (Court of Common Pleas, 1763)
Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489 (Court of Common Pleas,1763)

ALTRE DECISIONI

Arbitrato Bancario Finanziario, Collegio di Coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955
Arbitrato Bancario Finanziario, Collegio di coordinamento, 23 maggio 2014, n. 3415

ATTI ISTITUZIONALI

Relazione illustrativa di accompagnamento allo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili (Atto n. 246).

Law commission Report n. 247, Aggravated, exemplary and restitutionary damages, 1997

Comite Europeen pour les Problemes Criminels, Rapport sur decriminalisation,
Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980
Model Uniform Products Act, 44 Fed Reg 62, 714 (1979)
Restatement of Torts, Second (1979)

