

**Matteo Dellacasa**

***Punitive damages*, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana**

SOMMARIO: 1. *Punitive damages* ed *exequatur* delle sentenze straniere: quali implicazioni sul terreno della responsabilità civile ? - 2. Risarcimento del danno e funzioni della responsabilità civile. - 3. Quando il risarcimento non costituisce un deterrente adeguato: funzione e presupposti dei *punitive damages*. - 4. La scelta di operare su un mercato straniero: vantaggi senza inconvenienti ? La declinazione europea e costituzionale della nozione di ordine pubblico. 5. Contro l'inclusione di una componente sanzionatoria nel risarcimento del danno. - 6. I *punitive damages* e le sanzioni civili italiane: un'ipotesi di lavoro. - 7. *Segue*. Prime verifiche. Sull'opportunità di integrare le sanzioni pecuniarie nell'area tematica della responsabilità civile.

**1. *Punitive damages* ed *exequatur* delle sentenze straniere: quali implicazioni sul terreno della responsabilità civile ?**

Il riconoscimento delle sentenze straniere che condannano convenuti italiani al pagamento di *punitive damages* assume una rilevanza limitata, sotto il profilo quantitativo, se si considera da un lato la scarsa frequenza delle domande di *exequatur*; dall'altro, la totalità delle somme quotidianamente accordate ai danneggiati sulla base della disciplina della responsabilità civile. La considerevole attenzione che il tema ha riscosso nella riflessione dottrinale, stimolata dall'attualità giurisprudenziale, è tuttavia pienamente giustificata, in quanto il confronto con il diritto straniero induce a considerare la fisionomia dell'istituto in una prospettiva nuova.

Non è questa la sede per una ricostruzione comparatistica dei *punitive damages*, già accuratamente effettuata in più di uno studio<sup>1</sup>: più produttivo appare concentrare l'attenzione sulle implicazioni che il dibattito relativo all'esecuzione delle sentenze straniere può avere in relazione al diritto interno. Qui ci limitiamo a ricordare che i *punitive damages* accordati dalle corti di *common law* – talvolta, come avviene negli Stati Uniti, sulla base del verdetto emesso da una giuria - non compensano un pregiudizio, ma sanzionano la condotta tenuta del responsabile. Con la finalità punitiva - che si percepisce considerando il momento successivo al verificarsi dell'illecito - si combina la funzione deterrente, la prospettiva della sanzione inducendo i potenziali responsabili ad adottare le precauzioni idonee a prevenire il verificarsi della lesione<sup>2</sup>. Funzione punitiva e deterrente

---

<sup>1</sup> Cfr. C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1644 ss.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, p. 243 ss.; P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere remediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, p. 19 ss.; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 1 ss.; M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano ?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2012, p. 599 ss.

<sup>2</sup> In questo senso v., per tutti, A.M. POLINSKY, S. SHAVELL, voce *Punitive damages*, in *Encyclopedia of Law & Economics*, edited by B. BOUCKAERT e G. DE GEEST, Cheltenham, 1999, 765. Sul versante giurisprudenziale, un chiaro riscontro è offerto dalla Corte Suprema Federale statunitense in *State Farm. Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2002),

si sovrappongono solo in parte: la condanna al pagamento di *punitive damages*, infatti, può risultare giustificata in presenza di condotte che pur non risultando particolarmente riprovevoli sotto il profilo morale e sociale (e non richiedendo, dunque, una punizione “esemplare”) meritano di essere sanzionate con una somma ulteriore rispetto al risarcimento del danno, volta a stimolare l’adozione delle precauzioni idonee ad evitare il verificarsi della lesione.

Se dunque punizione e deterrenza contribuiscono in misura diversa, ancorché non sempre coerente, a giustificare la condanna avente ad oggetto il pagamento di *punitive damages*, resta il fatto che gli stessi sanzionano il responsabile anziché compensare il danneggiato<sup>3</sup>. Negli Stati Uniti, il dibattito relativo alla valenza compensativa del rimedio si esaurisce alla fine dell’800, quando si ammette che le sofferenze morali della vittima possano essere reintegrate dal risarcimento (*compensatory damages*); accantonata l’ipotesi che i *punitive damages* possano compensare pregiudizi non reintegrati dal risarcimento, risulta evidente che il rimedio implementa piuttosto la funzione deterrente e punitiva della responsabilità civile<sup>4</sup>. D’altra parte, se non si può escludere che i *punitive damages* statunitensi vengano talora a compensare, nella prassi applicativa, pregiudizi non adeguatamente risarciti o indennizzare l’attore delle spese processuali non recuperabili nonostante la fondatezza dell’azione<sup>5</sup>, non è in discussione che la loro funzione sia prevalentemente deterrente e sanzionatoria. A tale chiara divaricazione sotto il profilo funzionale corrisponde, del resto, un regime giuridico nettamente differenziato rispetto a quello del risarcimento del danno: l’obbligazione avente ad oggetto il pagamento di *punitive damages* è caratterizzata da una disciplina sostanziale e uno statuto processuale diversi da quelli relativi al risarcimento (*compensatory damages*)<sup>6</sup>.

---

416: «We recognized...that in our judicial system compensatory and punitive damages, although usually awarded at the same time by the same decisionmaker, serve different purposes. Compensatory damages are intended to redress the concrete loss that the plaintiff has suffered by reason of the defendant's wrongful conduct. By contrast, punitive damages serve a broader function; they are aimed at deterrence and retribution». Analoghe enunciazioni si rinvengono in *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U. S. 559 (1996), 568 («Punitive damages may properly be imposed to further a State's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition») ed in *Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U. S. 1, 19 (1991) («Punitive damages are imposed for purposes of retribution and deterrence»).

<sup>3</sup> Evidenziano questo aspetto C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità delle sentenze comminatorie di punitive damages*, cit., p. 1660 ss.; C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ.*, 2014, p. 1760 ss.

<sup>4</sup> Per una chiara ricostruzione del dibattito statunitense si rinvia a F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., pp. 30-32. Non molto diversa la traiettoria del diritto inglese, in cui gli *exemplary damages*, originariamente impiegati per compensare pregiudizi ritenuti non risarcibili, vengono ad assumere una connotazione più marcatamente sanzionatoria con il venir meno delle limitazioni che circoscrivevano il rimedio risarcitorio: cfr. T.B. COLBY, *Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 *Minn. L. Rev.* 583, 628 (2003).

<sup>5</sup> Sul punto v. G. CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case of Punitive Damages*, in M. STUART MADDEN (ed.), *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005, p. 343 ss., il quale ritiene che la reintegrazione di pregiudizi ordinariamente non risarciti costituisca tuttora una delle ragioni giustificative dei *punitive damages*. Quando il risarcimento incontra dei limiti, «sometimes...the restrictions can be lifted directly; at other times the easiest way of “compensating” is – now, as it once was in England – through the giving of compensation, under the guise of awarding punitive damages» (p. 344).

<sup>6</sup> Sul punto si rinvia all’esposizione di F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 28 ss. Nella letteratura statunitense v., per una prospettiva di carattere generale, J.J. KIRCHER, C.M. WISEMAN, *Punitive Damages*, 2<sup>nd</sup> ed., Eagan, 2017; J.V. MCCARTHY, *Recovery of Damages for Bad Faith*, 5<sup>th</sup> ed., Tiburon, 2016; L. SCHLUETER and K.L. REDDEN, *Punitive damages*, 6<sup>th</sup> ed., Newark-San Francisco, 2010; C.R. SUNSTEIN, R. HASTIE, J. W. PAYNE, D. A. SCHKADE, W. K. VISCUSI, *Punitive damages. How Juries Decide*, Chicago, 2002; R.L. BLATT, R.W. HAMMESFAHR, L.S. NUGENT, *Punitive*

Se questo è vero, risultano improprie traduzioni del sintagma *punitive damages* in termini di «risarcimento punitivo», «risarcimento con funzione sanzionatoria» o simili: essendo evidentemente scorretto ricondurre al risarcimento, che compensa il danno subito dalla vittima dell'illecito, la condanna al pagamento di una somma di denaro finalizzata a sanzionare il responsabile e a prevenire il verificarsi di altri illeciti. Se è vero che il sostantivo *damages*, anziché costituire il plurale di *damage* (pregiudizio), designa per effetto di un'evidente metonimia il risarcimento che compensa il danno, nel contesto dell'espressione qui considerata assume un'estensione più ampia. Esso indica, infatti, una somma di denaro attribuita alla vittima in conseguenza di un illecito, non necessariamente con funzione compensativa (*monetary award for a wrong*)<sup>7</sup>: è l'aggettivo «*punitive*» a chiarire che la prestazione pecuniaria dovuta dal responsabile non risarcisce alcun danno, ma ha funzione deterrente e sanzionatoria.

Pure l'espressione «danni punitivi», estremamente diffusa nel lessico degli interpreti italiani, rischia di risultare fuorviante<sup>8</sup>: il sostantivo «danno», benché declinato al plurale, designa un pregiudizio suscettibile di essere risarcito, risultando dunque possibile che il destinatario della comunicazione linguistica concepisca il rimedio come un'amalgama di risarcimento e sanzione. In questa sede, tuttavia, anche noi la adatteremo, in conformità ad un uso linguistico consolidato, sia pure con l'avvertenza che la funzione del rimedio è espressa dall'aggettivo, il sostantivo indicando in modo del tutto neutro e anodino una prestazione pecuniaria dovuta dal responsabile della lesione.

Come vedremo, d'altra parte, la funzione dei *punitive damages* - così come quella delle sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale italiana - si comprende solo rapportandoli al risarcimento del danno. Il ricorso al rimedio si giustifica nella misura in cui il risarcimento spettante alla vittima dell'illecito non assolve adeguatamente la sua funzione deterrente, in quanto non è idoneo ad indurre i soggetti che tengono condotte potenzialmente lesive ad adottare le precauzioni idonee ad evitare il danno<sup>9</sup>.

Di qui la possibilità di un recupero di significato del termine «danno». I *punitive damages* non compensano un pregiudizio, ma sanzionano la condotta del responsabile con l'obiettivo di prevenire il verificarsi di ulteriori lesioni; essi, tuttavia, trovano giustificazione nelle situazioni in cui il risarcimento non è sufficiente a implementare la funzione deterrente della responsabilità civile, richiedendo un'integrazione di carattere sanzionatorio. In altri termini, il danno non costituisce l'oggetto dell'obbligazione inerente al pagamento di *punitive damages*, ma solo il presupposto della

---

*damages: a State by State Guide to Law and Practice*, St. Paul, 1991; D.B. DOBBS, *Law of Remedies*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul, 1993, p. 310 ss. Di notevole interesse, benché ormai risalente, anche il report "Punitive damages: a constructive examination", a cura dell'American Bar Association. Special Committee on Punitive Damages.

<sup>7</sup> In questi termini C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze*, cit., p. 1660 s.

<sup>8</sup> Condividiamo qui la valutazione di C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, cit., p. 1760.

<sup>9</sup> V., *infra*, § 3.

reazione approntata dall'ordinamento: una reazione giustificata dall'esigenza di ovviare all'insufficiente efficacia deterrente del risarcimento<sup>10</sup>.

Concordemente rifiutato dalla giurisprudenza anteriore<sup>11</sup>, l'*exequatur* delle sentenze di condanna al pagamento di *punitive damages* è stato recentemente ammesso dalle sezioni unite<sup>12</sup>, interpellate sulla questione - considerata «di particolare importanza» - da un'ordinanza della sezione prima<sup>13</sup>. La sentenza ritiene i *punitive damages* astrattamente compatibili con l'ordinamento italiano, nel contesto del quale la responsabilità civile non si limita a compensare il pregiudizio subito dalla vittima, ma, sanzionando la condotta del responsabile, previene il verificarsi di ulteriori lesioni: alla funzione compensativa, dunque, si affiancano quelle deterrente e sanzionatoria.

Con il riconoscimento del carattere polifunzionale della responsabilità civile si combina, poi, una nozione di ordine pubblico che è da un lato più leggera e meno selettiva di quella accreditata in passato; dall'altro, elevata a un superiore livello di legalità qual è quello dei principi costituzionali ed

---

<sup>10</sup> Cfr. M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani*, cit., p. 603, il quale osserva che la condanna avente ad oggetto il pagamento di *punitive damages* presuppone ordinariamente che il pregiudizio causato dalla condotta illecita sia suscettibile di essere risarcito; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 386, che annovera tra i presupposti dei *punitive damages* «il verificarsi di un evento produttivo di conseguenze dannose».

<sup>11</sup> Cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno 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!*; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 981, con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1126, con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*. Nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Trento, sez. dist. Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 92, con nota di G. PONZANELLI, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*; App. Venezia, 15 ottobre 2001, n. 1359, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 1021, con nota di Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*.

Recentemente il giudice di legittimità ha ammesso l'esecuzione delle sentenze straniere comminatorie di *astreintes*, rimarcando tuttavia le differenze tra queste ultime e i danni punitivi: cfr. Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3951, con nota di A. MONDINI, *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo* ed in *Giur. it.*, 2016, p. 562, con note di A. MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi*, e A. DI MAJO, *I confini mobili della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2015, p. 1155, con nota di G. CORSI, *Il sì della suprema corte all'astreinte straniera*.

<sup>12</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Guida dir.*, 2017, 31/111. Nel momento in cui si scrive, la sentenza risulta commentata da C. CONSOLO e S. BARONE, *Postilla minima di messa a giorno*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1365.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corr. giur.*, 2016, p. 909, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2016, p. 827, con note P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite*, e di G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1854, con nota di A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1285, con nota di M. GAGLIARDI, *Uno spiraglio per i danni punitivi: ammissibile una sfumatura sanzionatoria nel sistema di responsabilità civile*, in *Int'lis 2016* (s.m.), p. 90, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di punitive damages: in attesa delle Sezioni Unite*. Ulteriori commenti si devono a M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dirittocivilecontemporaneo*, 2016; ID., *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giurista e la politica del diritto*, in *Giustiziacivile.com*, 30.5.2017; S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 262; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1474; L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui «danni punitivi»*, in *Dirittocivilecontemporaneo*, 2016; F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1159; C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1120.

europei. Piuttosto che selezionare le sentenze straniere rispettose dei principi inderogabili dell'ordinamento, la nozione di ordine pubblico promuove il rispetto dei valori fondamentali tutelati dall'Unione Europea e dalla Costituzione. Ne consegue che una sentenza di condanna al pagamento di *punitive damages* merita di essere eseguita anche se non rispetta principi rinvenibili nella legislazione ordinaria quali sono quelli che impongono la riparazione integrale del danno (art. 1223 c.c.) e vietano arricchimenti patrimoniali ingiustificati (art. 2041 c.c.). È sufficiente che gli effetti del provvedimento non ledano valori protetti da norme di rango costituzionale ed internazionale, essendo particolarmente rilevanti tra queste ultime quelle europee.

Ebbene, tra i principi di ordine pubblico che gli effetti della sentenza straniera sono tenuti a rispettare ai sensi dell'art. 64 lett. (g) l. 218/1995 vi sono quelli che impongono la prevedibilità della sanzione, i cui presupposti devono risultare chiaramente identificabili dal responsabile, e la proporzionalità tra la stessa e la lesione. Il loro fondamento normativo viene rinvenuto tanto negli artt. 23 e 25 Cost., quanto nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La sentenza che condanna il convenuto italiano a pagare *punitive damages* potrà dunque essere eseguita in Italia a condizione che le regole sulla base delle quali è stata pronunciata abbiano identificato i presupposti della sanzione in modo sufficientemente preciso e analitico, così da consentire al responsabile di prevederne l'irrogazione; la sua misura, d'altra parte, non potrà essere sproporzionata alla gravità della violazione e dovrà incontrare limiti quantitativi definiti *a priori*. Le stesse sezioni unite conducono nel contesto della motivazione una breve ricognizione comparatistica relativa ai danni punitivi nel sistema statunitense ed in particolare nello Stato della Florida, dove erano state pronunciate le sentenze delle quali era stata chiesta l'esecuzione; per concludere che in tale contesto la condanna al pagamento dei *punitive damages* è interessata da limiti e garanzie tali da rendere «non...puramente teorico» il rispetto dei principi di prevedibilità e proporzionalità della sanzione.

La motivazione è, nella sostanza, condivisibile e bene argomentata, in quanto affronta questioni complesse con coraggio e apprezzabili attitudini ricostruttive. La scelta di ammettere l'astratta compatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico per poi richiedere una valutazione in concreto del rispetto dei principi di proporzionalità e prevedibilità della sanzione trova riscontro nella giurisprudenza della Cassazione francese<sup>14</sup> e negli auspici di alcune voci dottrinali italiane<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 novembre 2012, n. 11-23871, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>o</sup> décembre 2010, n. 90-13303, D, n. 6/2011, 10 février 2011, p. 423 ss. con nota di F.X. LICARI, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'oeil de la Cour de Cassation?* La giurisprudenza tedesca permane invece orientata ad escludere senz'altro il riconoscimento dei danni punitivi; lo dimostra perspicuamente M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *Studium iuris*, 2017, p. 317 ss. Sul punto v. anche A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 878 ss.

<sup>15</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, cit., p. 1127; F. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 682 s; F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, cit., p. 1161; M. LOPEZ DE GONZALO, *Punitive damages e ordine pubblico*, in

D'altra parte, essa sembra confermare una tendenza affiorante nella più recente giurisprudenza delle sezioni unite: quella orientata a sostituire una preclusione rigida, fondata su un giudizio astratto e tipico, con una valutazione incentrata sulla fisionomia della fattispecie concreta<sup>16</sup>. Se dunque l'impostazione adottata e la soluzione accolta meritano di essere condivise, alcuni passi della motivazione possono giustificare rilievi critici, prevalentemente incentrati su profili formali, che verranno espressi, nel corso del saggio, in relazione agli aspetti di volta in volta pertinenti.

Come si è anticipato nelle battute introduttive, l'esecuzione delle condanne aventi ad oggetto *punitive damages* pronunciate all'estero sollecita una riflessione su alcuni aspetti centrali dell'istituto aquiliano. Qui ci limitiamo a identificare le questioni più rilevanti e ad anticipare alcune conclusioni, rinviando per la loro argomentazione ai paragrafi successivi.

Il problema "di fondo" da cui conviene avviare il discorso concerne le funzioni della responsabilità civile. Sussistono buoni argomenti per sostenere - in sintonia con le sezioni unite - che l'istituto sia orientato non solo a compensare il pregiudizio subito dal danneggiato, ma anche a prevenire i comportamenti illeciti e le conseguenti lesioni: il risarcimento del danno, in altri termini, ha accanto alla funzione compensativa un'importante valenza deterrente. Su questa base si configura un'ulteriore questione: se, e al verificarsi di quali condizioni, la funzione deterrente della responsabilità civile - generalmente assolta dal rimedio risarcitorio - meriti di essere integrata da misure di carattere sanzionatorio. Come vedremo la risposta è positiva, in quanto non sempre il risarcimento stimola in modo realmente efficace l'adozione di accorgimenti idonei a evitare il danno o a ridurre in modo ottimale la probabilità che esso si verifichi. La riflessione condotta da alcuni autori statunitensi sui *punitive damages* - considerati quali parte integrante del sistema della responsabilità civile - offre in questo senso indicazioni preziose, utilizzabili anche nel contesto italiano per comprendere il rapporto tra il risarcimento e le sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale<sup>17</sup>.

Una seconda questione, più strettamente attinente alla dimensione applicativa, attiene all'ordine pubblico quale parametro volto a selezionare le sentenze straniere suscettibili di essere eseguite nel contesto italiano. Nella ricostruzione delle sezioni unite, la nozione viene rapportata non solo al dettato costituzionale, ma anche ai principi che sorreggono l'architettura dell'Unione Europea.

---

*Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 85; Z. CRESPI REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, cit., p. 984; 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, p. 504; A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle corti europee*, cit., p. 887. Ritiene invece che i criteri di prevedibilità e proporzionalità possano generare un'instabilità «incompatibile con le esigenze di certezza che debbono essere sottese alla materia» E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di punitive damages*, cit., p. 96.

<sup>16</sup> Cfr. Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2016 ed in *Giur. it.*, 2015, I, p. 1064, con note di A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, e G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*.

<sup>17</sup> V., *infra*, §§ 2, 3.

Ebbene, il riferimento alla normativa europea è a nostro avviso pertinente, nella misura in cui la stessa è primariamente orientata alla realizzazione di un mercato omogeneo: perché la concorrenza possa selezionare le imprese più efficienti a vantaggio dei consumatori, è necessario che le stesse siano in condizione di operare nei diversi paesi dell'Unione sulla base di condizioni non troppo diverse. Una volta escluso che la nozione di ordine pubblico si identifichi con i principi inderogabili rinvenibili nella legislazione ordinaria, gli effetti della sentenza di condanna dovranno essere confrontati in primo luogo con la cornice dei principi fondamentali che si impongono alle imprese impegnate a competere nel contesto europeo<sup>18</sup>.

Come si è ricordato, la condanna al pagamento di *punitive damages* è suscettibile di essere eseguita solo a condizione che la sanzione sia ragionevolmente prevedibile in base alle regole del sistema in cui è stata pronunciata la sentenza e che la sua misura sia proporzionata alla gravità della violazione. Proiettando la questione sullo scenario del diritto interno, è da valutare se il giudice italiano sia legittimato a irrogare una sanzione civile in assenza di un'espressa previsione legislativa; se, in altri termini, il risarcimento possa essere commisurato a grandezze diverse dal danno subito dalla vittima - come la gravità della violazione, o il profitto conseguito dal responsabile - assumendo così una connotazione sanzionatoria. Siamo orientati a rispondere negativamente, l'imposizione di una sanzione civile, ancorché "infiltrata" nelle maglie del risarcimento, dovendo essere giustificata da un puntuale fondamento normativo. La conclusione si desume in modo piano e lineare dall'art. 23 Cost.: se infatti il dettato codicistico offre all'obbligazione risarcitoria un fondamento di carattere generale (artt. 2043 ss.), le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di carattere sanzionatorio, in assenza di una disciplina ugualmente coerente e organica, necessitano di specifiche previsioni legali<sup>19</sup>.

Da ultimo, prenderemo in considerazione proprio le sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale italiana. Numerose norme imputano agli autori di fatti illeciti obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie che, come i *punitive damages*, hanno esclusivamente una valenza sanzionatoria: non compensano un pregiudizio, ma sanzionano una condotta illecita allo scopo di prevenire il verificarsi della lesione. Ad un primo esame, tali sanzioni non sembrano rispondere a un impulso coerente, ma piuttosto a esigenze specifiche, proprie delle materie che costituiscono oggetto di regolamentazione legislativa. A ben vedere, tuttavia, esse ricorrono al verificarsi degli stessi presupposti che giustificano l'irrogazione di *punitive damages*: si tratta delle situazioni in cui l'efficacia deterrente della responsabilità civile - normalmente assicurata dal risarcimento integrale

---

<sup>18</sup> V., *infra*, § 4.

<sup>19</sup> V., *infra*, § 5.

del danno - risulta eccezionalmente compromessa, così da richiedere un'integrazione carattere sanzionatorio.

Di qui il contributo che si vuole offrire al dibattito sulla funzione e sui confini della responsabilità civile. Se le sanzioni pecuniarie rinvenibili nella legislazione speciale si differenziano nettamente dal risarcimento del danno, a giudizio di chi scrive esse costituiscono parte integrante del sistema della responsabilità civile; come i *punitive damages* statunitensi, esse supportano la funzione deterrente dell'istituto nelle situazioni in cui non risulta essere adeguatamente implementata dal risarcimento del danno<sup>20</sup>.

## 2. Risarcimento del danno e funzioni della responsabilità civile.

Nella giurisprudenza meno recente<sup>21</sup>, il riconoscimento delle sentenze di condanna al pagamento di *punitive damages* è stato rifiutato sulla base di argomentazioni sostanzialmente coincidenti, ed incentrate sulla funzione della responsabilità civile. Quest'ultima sarebbe esclusivamente orientata a compensare il danno subito dalla vittima: non a punire il responsabile e prevenire mediante la prospettiva della sanzione il verificarsi di altri illeciti<sup>22</sup>. Siccome, invece, i danni punitivi sanzionano la condotta del responsabile riconoscendo alla vittima una somma ulteriore rispetto al risarcimento, essi sarebbero incompatibili con la fisionomia dell'istituto. Come è stato correttamente osservato<sup>23</sup>, nella motivazione di entrambi i precedenti di legittimità<sup>24</sup> si riscontra un evidente equivoco relativo alla funzione dei *punitive damages*: questi ultimi vengono infatti accostati al risarcimento - con il quale sarebbero peraltro incompatibili - laddove, invece, essi non compensano alcun pregiudizio, ma sanzionano la condotta tenuta dal responsabile.

Tanto l'ordinanza che ha devoluto la questione alle sezioni unite<sup>25</sup>, quanto la successiva sentenza<sup>26</sup> riconoscono, invece, il carattere polifunzionale dell'istituto<sup>27</sup>. Oltre a compensare il danno,

---

<sup>20</sup> V., *infra*, §§ 6, 7.

<sup>21</sup> V., *supra*, nt. 11.

<sup>22</sup> Recentemente le sezioni unite hanno sostenuto tale opinione per avvalorare l'orientamento in base al quale il danno subito dalla vittima primaria in conseguenza della propria morte non è risarcibile *iure hereditario*: cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2682, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*.

<sup>23</sup> Cfr. C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze*, cit., p. 1651 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, cit.; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.

<sup>25</sup> Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, cit.

<sup>26</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit. Per un'analogia affermazione v., nella giurisprudenza più recente, Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, cit.

<sup>27</sup> Nello stesso senso, d'altra parte, appare orientata la dottrina maggioritaria: v., senza pretesa di completezza, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, p. 3 ss.; P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere*, cit., p. 832; ID., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, p. 3 ss.; G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite*, cit., p. 837; ID., *Non riconoscimento dei danni punitivi*, cit., p. 95; ID., *Novità per i danni esemplari ?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1195 ss.; ID., *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 293 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 912 ss.; F.D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3ª ed., Torino, 2013, p. 275 ss.; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, cit., p. 199 ss.; ID., *La funzione deterrente della*



la responsabilità civile sanziona il responsabile, stimolando così l'adozione delle precauzioni idonee a prevenire la lesione o ridurre le probabilità che essa si verifichi. Viene meno, dunque, quell'incompatibilità di carattere funzionale che in precedenza era stata dedotta per giustificare lo sbarramento opposto ai danni punitivi.

Se certamente la svolta della S.C. merita di essere considerata con favore, non va invece condiviso l'uso dell'espressione «risarcimento punitivo» rinvenibile in diversi passi della motivazione. Probabilmente, il sintagma viene impiegato dall'estensore con una finalità radicalmente diversa da quella che ne aveva determinato l'adozione nella motivazione dei due precedenti orientati in senso contrario: se in quelle occasioni si voleva evidenziare il radicale contrasto del rimedio con il carattere esclusivamente compensativo della responsabilità civile, ora si intende avvicinarlo all'istituto italiano, rispetto al quale non si ravvisa un rapporto di incompatibilità. Occorre ribadire, tuttavia, che i *punitive damages* non compensano il pregiudizio subito dalla vittima, ma sanzionano la condotta del responsabile con l'obiettivo di prevenire il verificarsi della lesione. Se è vero che la funzione deterrente della responsabilità civile, alla cui implementazione i danni punitivi sono funzionali, viene ordinariamente assicurata dal risarcimento, i due rimedi restano nettamente distinti, sicché è opportuno che vengano evitate espressioni tali da ingenerare la falsa percezione di una convergenza tra di essi.

La virata delle sezioni unite, si diceva, va salutata con favore in quanto la reintegrazione della sfera della vittima – la quale, pure, giustifica pienamente l'istituto nell'ottica del rapporto tra danneggiante e danneggiato – non è idonea a spiegarne il funzionamento se si assume la prospettiva della società. Se il risarcimento trasferisce il danno dalla vittima al responsabile, resta il fatto che in conseguenza della lesione si è verificata una perdita di valore che impoverisce la società; la funzione compensativa della responsabilità civile non è idonea a spiegare la ragione per cui è opportuno dal punto di vista sociale che il danno sia risarcito dal soggetto che lo ha cagionato<sup>28</sup>. In quest'ottica, la

---

*responsabilità civile*, Napoli, 2010, pp. 129 ss., 266 ss.; V. ROPPO, *Diritto privato*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2014, p. 585 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 557; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Milano, 2011, p. 273; G. VETTORI, *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, *ivi*, p. 350. Con particolare riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale, cfr. E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, *ivi*, p. 222. Riconosce invece all'istituto un'esclusiva funzione compensativa C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2006, pp. 283, 325. Per una valutazione articolata, e differenziata in considerazione del carattere patrimoniale o non patrimoniale del danno suscettibile di essere risarcito, cfr. F.D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 37 ss.

<sup>28</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 4; ID., *Istituzioni di diritto privato*, 21<sup>a</sup> ed., Milano, 2016, p. 126 s.; V. ROPPO, *Diritto privato*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 585 s. Nella letteratura statunitense questa linea di pensiero viene inaugurata dal saggio di G. WILLIAMS, *The Aims of the Law of Tort*, 4 *Curr. Leg. Prob.*, 137 (1951), del quale riportiamo l'esordio: «it is commonly said that the civil action for damages aims at compensation, as opposed to the criminal prosecution which aims at punishment. This, however, does not look below the surface of things. Granted that the immediate object of the tort action is to compensate the plaintiff at the expense of the tortfeasor, why do we wish to do this? Is it to restore the *status quo ante*? – but if so, why do we want to restore the *status quo ante*? And could not

responsabilità civile si giustifica in considerazione del fatto che la prospettiva di pagare il risarcimento induce i potenziali responsabili ad adottare le precauzioni idonee ad evitare il danno e a scongiurare, così, la perdita di un valore rilevante per la società.

Per questa ragione nella prospettiva dell'analisi economica del diritto - incentrata sull'efficienza economica e sociale delle regole giuridiche - la compensazione del danno non viene annoverata tra le funzioni della responsabilità civile<sup>29</sup>; essa costituisce, piuttosto, il mezzo mediante il quale si esplica la funzione deterrente dell'istituto, che induce i potenziali responsabili ad adottare precauzioni idonee ad evitare il danno o ridurre la probabilità del suo verificarsi.

In questa sede non sembra necessario arrivare a tanto. È sufficiente osservare che la funzione compensativa è idonea a giustificare il risarcimento del danno se si assume una prospettiva che resta circoscritta al rapporto intercorrente tra vittima e responsabile. Mentre se si considera la perdita di valore che obiettivamente si verifica, dal punto di vista sociale, in conseguenza del danno, il risarcimento non trova una spiegazione appagante nell'esigenza pratica ed equitativa che il pregiudizio venga trasferito su chi lo ha provocato, ma si giustifica alla luce dell'opportunità di stimolare l'adozione delle precauzioni idonee ad evitare ulteriori perdite di valore.

D'altra parte, se la funzione della responsabilità civile si esaurisse nella reintegrazione del pregiudizio subito dalla vittima, l'istituto sarebbe stato probabilmente sostituito da un congegno più semplice e meno oneroso come l'assicurazione contro i danni<sup>30</sup>: la vittima verrebbe infatti indennizzata in conseguenza della semplice dimostrazione del pregiudizio subito, non essendo invece necessario identificare il suo autore ed accertarne la responsabilità. Il meccanismo più costoso e complesso del processo civile, che è funzionale all'accertamento della responsabilità, si giustifica proprio alla luce dell'esigenza di implementarne la funzione deterrente: perché i soggetti che tengono

---

we restore this *status* in some other and better way, for instance by a system of national insurance ? Or is it really that we want to deter people from committing torts ? Or, again, is it that the payment of compensation is regarded as educational, or as a kind of expiation for a wrong ?». Vengono così poste le basi per una ricostruzione dell'istituto – assai diffusa in letteratura – orientata a valorizzarne la funzione deterrente: in quest'ottica anche un “classico” come W.P. KEETON, D.B. DOBBS, R.E. KEETON, D.G. OWEN (eds.), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5<sup>th</sup> ed., St. Paul, 1985, 25 s.

<sup>29</sup> Cfr. T.L. VISSCHER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, in H. KOZIOL, V. WILKOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, 2009, 219; A.M. POLINSKY, S. SHAVELL, voce *Punitive damages*, cit., 765.

<sup>30</sup> Uno spunto in questo senso si ricava già dal passo di G. WILLIAMS, *The Aims of the Law of Tort*, riportato *supra*, nt. 28. Più espliciti L. KAPLOW e S. SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, in A.J. AUERBACH and M. FELDSTEIN (eds.), *Handbook of Public Economics*, III, Amsterdam: New York, 2002, 1667 ss.: «legal liability for accidents (a branch of tort law) is a means by which society can reduce the risk of harm by threatening potential injurers with having to pay for the harms they cause. Liability is also frequently viewed as a device for compensating victims of harm, but we will emphasize that insurance can provide compensation more cheaply than the liability system. Thus, we will view the primary social function of the liability system as the provision of incentives to prevent harm» (p. 1667); su questa base, si conclude che «the justification for the liability system must lie in significant part in the incentives that it creates to reduce risk. To amplify, although both the liability system and the insurance system can compensate victims, the liability system is much more expensive than the insurance system. Accordingly, were there no social need to create incentives to reduce risk, it would be best to dispense with the liability system and to rely on insurance to accomplish compensation» (p. 1673). Nella dottrina italiana, cfr. P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere*, cit., p. 832.

condotte potenzialmente lesive siano indotti ad adottare le precauzioni idonee ad evitare il danno o ridurre le probabilità del suo verificarsi, è necessario che si rappresentino l'eventualità di essere ritenuti responsabili. La funzione deterrente è, dunque, talmente rilevante dal punto di vista sociale che i sistemi giuridici contemporanei devolvono all'accertamento della responsabilità ingenti risorse, che invece risparmierebbero qualora assumessero quale unico obiettivo la reintegrazione della sfera del danneggiato.

Nell'ambito del presente contributo concentreremo l'attenzione sulla funzione deterrente della responsabilità civile, e non su quella punitiva, nella convinzione che in questa prospettiva sia possibile identificare una giustificazione attendibile tanto per i *punitive damages*, quanto per le sanzioni civili rinvenibili nella "nostra" legislazione speciale.

Le due funzioni risultano, a nostro avviso, nettamente differenziate, sicché la scelta di considerare solo la prima, accantonando la seconda, appare giustificata<sup>31</sup>. Il parallelismo tra punizione e deterrenza - in qualche modo sostenibile nell'egemonia della responsabilità per colpa - si incrina con l'affermarsi della responsabilità oggettiva: benché al soggetto responsabile senza colpa non sia ascrivibile alcuna condotta riprovevole, tale da giustificare una reazione punitiva dell'ordinamento, egli è comunque tenuto a risarcire il danno e indotto ad adottare le misure idonee a ridurre il rischio inerente all'attività esercitata<sup>32</sup>. Ancora, mentre la funzione punitiva della responsabilità civile è progressivamente appassita a causa della concorrenza della responsabilità penale, l'attitudine deterrente dell'istituto ha guadagnato maggiore attenzione, a partire dalla seconda metà del '900, grazie agli studi di analisi economica del diritto. Non manca, poi, una ragione di carattere evidentemente opportunistico: valorizzando la funzione deterrente della responsabilità civile è possibile giustificare razionalmente il ricorso ai *punitive damages* e identificare con relativa precisione le situazioni in cui esso risulta auspicabile, laddove, invece, tale risultato non può essere conseguito concentrando l'attenzione sulla connotazione punitiva del rimedio.

Ebbene, ordinariamente la responsabilità civile assolve in modo ottimale la sua funzione deterrente quando il risarcimento compensa integralmente il danno subito dalla vittima dell'illecito. Compensazione e deterrenza, dunque, vengono parimenti implementate dal risarcimento integrale del danno<sup>33</sup>.

Al verificarsi di tale presupposto, tanto nella responsabilità oggettiva, quanto - sia pure con un certo grado di approssimazione - nella responsabilità per colpa il responsabile è indotto ad adottare

---

<sup>31</sup> Confermano l'opportunità di distinguere F.D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3ª ed., Torino, 2013, p. 276; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2ª ed., cit., p. 557.

<sup>32</sup> Sul punto resta fondamentale il contributo di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 34 ss.

<sup>33</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, 111 *Harv. L. Rev.* 869, 877-887 (1998); A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 765-767; W.M. LANDES e R.A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge Mass.: London, 1987, p. 38.

un adeguato livello di precauzioni (es: modalità di imballaggio della merce pericolosa destinata al trasporto) ed attività (es: quantità di merce pericolosa trasportata annualmente). Dove le precauzioni adeguate comportano un costo inferiore al danno che consentono di evitare, o - se il rischio che il pregiudizio si verifichi non può essere completamente eliminato - al prodotto dello stesso danno per la riduzione delle probabilità che esso accada; mentre il livello di attività adeguato comporta un vantaggio superiore al danno provocato nell'esercizio della medesima attività, assumendo a riferimento il periodo successivo al momento in cui la scelta di proseguirla è stata assunta.

Quando l'istituto è "a regime", dunque, funzione compensativa e funzione deterrente della responsabilità civile operano congiuntamente, in quanto la seconda presuppone il buon funzionamento della prima. Non è dunque corretto affermare che la funzione compensativa della responsabilità civile «lambisce la deterrenza»<sup>34</sup>. Il risarcimento integrale del danno implementa pienamente la funzione deterrente della responsabilità civile; la relazione tra compensazione e deterrenza non è di contrapposizione né tanto meno di accessorietà, essendo entrambe le funzioni soddisfatte quando il risarcimento compensa integralmente il danno.

Per contro, se il risarcimento è superiore al danno i soggetti impegnati nell'esercizio di attività potenzialmente lesive sono indotti ad adottare precauzioni eccessive (perché il loro costo eccede il danno che consentono di evitare), e ad astenersi dallo svolgimento di attività socialmente vantaggiose (in quanto comportano vantaggi superiori ai pregiudizi cagionati); quando il risarcimento è inferiore, il responsabile è indotto ad adottare precauzioni insufficienti o ad intraprendere attività socialmente dannose.

Nella grande maggioranza dei casi, dunque, la responsabilità civile assolve efficacemente la sua funzione deterrente senza che il risarcimento debba essere integrato da prestazioni di carattere sanzionatorio quali sono i *punitive damages*. Questi ultimi possono rivelarsi controproducenti, in quanto stimolano l'adozione di precauzioni eccessive e la scelta di non svolgere attività socialmente vantaggiose.

Tuttavia al verificarsi di determinate condizioni, che esamineremo nel prossimo paragrafo, neppure il risarcimento integrale del danno induce i potenziali responsabili ad adottare un adeguato livello di precauzioni e di esercizio delle rispettive attività. Affinché la funzione deterrente della responsabilità civile sia efficacemente implementata, occorre allora che il risarcimento sia integrato da prestazioni di carattere sanzionatorio quali sono i danni punitivi.

Come si è anticipato, questi ultimi si differenziano nettamente dal risarcimento non solo per la funzione svolta, ma anche per il regime giuridico, essendo governati da regole sostanziali e processuali alquanto diverse; ciò nonostante, essi sono ricondotti all'area tematica della responsabilità

---

<sup>34</sup> Così Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

extracontrattuale, e interfacciati costantemente con il rimedio risarcitorio (*compensatory damages*). Sono stati appena evocati gli approdi di una riflessione teorica in base alla quale il ricorso ai *punitive damages* risulta giustificato nelle sole ipotesi in cui il risarcimento integrale del danno non implementa efficacemente la funzione deterrente della responsabilità civile<sup>35</sup>. Perché vengano accordati, inoltre, è ordinariamente necessario che un danno si sia verificato e sia stato risarcito: benché il rimedio abbia carattere sanzionatorio, esso risulta applicabile solo quando sussiste un danno suscettibile di essere compensato<sup>36</sup>. D'altra parte la Corte Suprema federale, sensibile all'esigenza di rendere la misura della sanzione maggiormente prevedibile e proporzionata alla gravità della lesione, ha elaborato linee guida incentrate sul rapporto tra danni punitivi e risarcimento<sup>37</sup>.

### **3. Quando il risarcimento non costituisce un deterrente adeguato: funzione e presupposti dei *punitive damages*.**

Occorre, ora, considerare le situazioni al verificarsi delle quali il risarcimento del danno non implementa adeguatamente la funzione deterrente della responsabilità civile, risultando così giustificata una sua integrazione di carattere sanzionatorio. Essendo la figura radicata da molto tempo nel diritto statunitense, e considerato il livello della letteratura giuridica nordamericana, non desta stupore che in tale contesto la riflessione teorica relativa al fondamento giustificativo dei *punitive damages* sia approdata a risultati considerevoli, qui presentati in forma estremamente sintetica.

Per esigenze di comodità espositiva, si è scelto di evidenziare graficamente le ipotesi in cui l'irrogazione di una sanzione civile quali sono i *punitive damages* risulta giustificata, in quanto il risarcimento integrale del danno non stimola i potenziali responsabili ad adottare un livello di precauzioni ed attività socialmente adeguato:

(a) Sviluppando una linea di pensiero già rintracciabile negli studi di Bentham<sup>38</sup>, si osserva che il risarcimento non svolge un'adeguata funzione deterrente quando l'autore del danno non viene

---

<sup>35</sup> V., *infra*, § 3.

<sup>36</sup> V., *supra*, nt. 10.

<sup>37</sup> Cfr. *Exxon Shipping Co. v. Grant Baker et al.*, 554 U.S. 471 e 128 S. Ct. 2605 (2008); *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003); *Bmw of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 e 116 S. Ct. 1589 (1996). Per un'analisi aggiornata dei criteri di determinazione si rinvia a F. BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *Giustizia civile.com*, 24 maggio 2017, p. 9 ss.

<sup>38</sup> Cfr. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, cap. XIV, n. 17: «to make sure of giving the value of the punishment the superiority over that of the offence, it may be of necessary, in some cases, to take into account the profit not only of the individual offence to which the punishment is to be annexed, but also of such other offences of the same sort as the offender is likely to have already committed without detection. This random mode of calculation, severe as it is, it will be impossible to avoid having recourse to, in certain cases: in such, to wit, in which the profit is pecuniary, the chance of detection very small, and the obnoxious act of such a nature as indicates a habit: for example, in the case of frauds against the coin. If it be not recurred to, the practice of committing the offence will be sure to be, upon the balance of the account, a gainful practice. That being the case, the legislator will be absolutely sure of not being able to suppress it, and the whole punishment that is bestowed upon it will be thrown away. In a word (to keep to the same expressions we set out with) that whole quantity of punishment will be inefficacious». Su questa base, al successivo n. 20 l'A. formula il seguente criterio: «Where the act is conclusively indicative of a habit, such an increase must be given

riconosciuto responsabile in una certa percentuale di casi. Per una serie di ragioni, infatti, può accadere che la responsabilità non venga accertata sempre, ma solo con un grado di probabilità più o meno elevato<sup>39</sup>.

Talvolta, non è possibile accertare con il grado di certezza necessario per l'affermazione della responsabilità se la lesione è dovuta a un fattore umano (esposizione all'amianto nell'ambiente di lavoro) piuttosto che a un evento naturale (esposizione ad agenti cancerogeni normalmente presenti nell'ambiente naturale). Più di frequente, la lesione è chiaramente riconducibile a un comportamento umano, ma non è possibile identificare il suo autore (l'automobilista che danneggia la carrozzeria di un'altra vettura, assente il proprietario, senza lasciare un recapito; l'autore di atti vandalici; lo scassinatore che svaligia un appartamento). Anche se l'autore della lesione viene identificato, può accadere che la vittima scelga di non intraprendere le iniziative necessarie perché venga accertata la responsabilità in quanto il danno risulta inferiore ai costi che l'esercizio dell'azione comporta: ricorrente nel contesto italiano, la situazione risulta ancora più frequente negli Stati Uniti, dove di regola l'attore non ottiene il rimborso dell'onorario corrisposto al proprio avvocato nonostante l'esito positivo dell'azione di responsabilità.

Qui aggiungiamo che quando il danno consegue a un inadempimento contrattuale la scelta di non esigere il risarcimento mediante l'esercizio di un'azione giudiziale può essere determinata dalla necessità pratica di non interrompere una relazione economica essenziale per l'attore: si allude, in particolare, all'ipotesi in cui la parte danneggiata (spesso, un imprenditore medio/piccolo) sia economicamente dipendente da quella inadempiente (sovente, un imprenditore di grandi dimensioni o un ente pubblico).

Ebbene, al verificarsi di questi presupposti l'autore del comportamento lesivo non risarcisce tutti i danni che ha provocato, ma solo quelli cagionati nelle fattispecie in relazione alle quali la sua responsabilità viene accertata. Il risarcimento, dunque, non stimola l'adozione di un adeguato livello di precauzioni ed attività perché non compensa integralmente il danno causato dal responsabile, ma solo una frazione di esso: quella corrispondente alla probabilità che la responsabilità venga effettivamente accertata. Se il rimedio applicabile fosse solo il risarcimento del danno, dunque, l'autore del comportamento lesivo sarebbe indotto ad impiegare un insufficiente livello di precauzioni (in quanto il danno *effettivamente* cagionato supera il costo delle precauzioni adottate) e ad esercitare attività rischiose più di quanto risulta socialmente opportuno (essendo il danno *effettivamente* provocato da tali attività superiore ai vantaggi che ne derivano).

---

to the punishment as may enable it to outweigh the profit not only of the individual offence, but of such other like offenses as are likely to have been committed with impunity by the same offender».

<sup>39</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 768; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 888 s. Per una chiara sintesi, cfr. T.L. VISSCHER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, cit., 4-7.

Si rende dunque opportuno, nelle ipotesi in cui la responsabilità viene accertata, integrare il risarcimento del danno subito dalla vittima dell'illecito con una somma ulteriore, che si identifica, appunto, con i *punitive damages*<sup>40</sup>. Nella fattispecie concreta e assumendo il punto di vista del danneggiato, essi assumono certamente una connotazione sanzionatoria. Se tuttavia si considera il comportamento complessivamente tenuto dal responsabile, il rimedio riproduce la situazione che si sarebbe verificata se egli fosse stato condannato a risarcire tutti i danni effettivamente provocati. Se è vero che la funzione deterrente della responsabilità civile si esplica efficacemente solo quando i pregiudizi causati dal responsabile vengono integralmente risarciti, i *punitive damages* tendono a riprodurre questa situazione ideale.

Affinché tale risultato si realizzi, la somma complessivamente attribuita al danneggiato - comprensiva del risarcimento (*compensatory damages*) e dei *punitive damages* - dovrà essere commisurata al pregiudizio da lui subito moltiplicato per l'inverso delle probabilità che la responsabilità venga accertata<sup>41</sup>. Se dunque il danno accertato nel contesto del giudizio di responsabilità ammonta a 100.000 \$ e la probabilità che l'autore della condotta illecita venga ritenuto responsabile sono una su quattro (1/4; 25%), la somma complessivamente attribuita alla vittima sarà 400.000 \$, di cui 100.000 a titolo di risarcimento e 300.000 a titolo di *punitive damages*: l'esito che ne deriva è, evidentemente, quello di obbligare il responsabile a pagare una somma di denaro equivalente al danno effettivamente cagionato. Il meccanismo si può rappresentare anche passando a considerare direttamente il rapporto tra i *punitive damages* e il risarcimento del danno: dove i primi risultano dal prodotto del secondo per il rapporto tra la probabilità che la responsabilità venga elusa e la probabilità che la responsabilità venga accertata. Nell'esempio appena prospettato, se il danno ammonta a 100.000 \$ e la responsabilità viene accertata in un caso su quattro (negli altri tre essendo evitata) i *punitive damages* saranno commisurati a 300.000 \$ (100.000\*3).

La probabilità che la responsabilità venga accertata deve essere valutata anche in considerazione del fatto che il danneggiato può essere indotto ad esercitare l'azione dalla prospettiva di conseguire il pagamento dei *punitive damages*<sup>42</sup>. Ai fini della determinazione del *quantum*, occorre assumere a riferimento la situazione risultante dalla legittimazione del danneggiato ad avvalersi del rimedio; qualora invece si assumesse a riferimento la probabilità che il danneggiato eserciti l'azione di

---

<sup>40</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 888 s.; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 768; R.D. COOTER, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much ?*, 40 *Alab. L. Rev.* 1143, 1148 (1988-1989); D.D. ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 *Southern Cal. L. Rev.*, 1, 25 s. (1982); R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1<sup>st</sup> ed., Boston, 1972, 77 s.

<sup>41</sup> La sintesi svolta nel testo assume a riferimento A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 889 s.; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 768 s. Sostanzialmente coincidente il criterio adottato da R.D. COOTER, *Punitive Damages for Deterrence*, cit., 1148.

<sup>42</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 895.

responsabilità quando gli spetta solo il risarcimento del danno, la misura dei *punitive damages* risulterebbe eccessiva, implicando così un eccesso di deterrenza.

La motivazione indicata si attaglia tanto a condotte dolose - che per di più tendono ad essere occultate dal loro autore - quanto a comportamenti colposi o sanzionabili a titolo di responsabilità oggettiva. L'imposizione di *punitive damages*, in quest'ottica, si giustifica non in virtù del carattere riprovevole della condotta, ma in considerazione della probabilità che la responsabilità del suo autore non venga accertata<sup>43</sup>: si comprende, dunque, che il rimedio possa trovare applicazione in relazione a situazioni alquanto eterogenee.

Vale a questo proposito l'esempio offerto dalla responsabilità del produttore, che costituisce uno dei terreni più favorevoli per i danni punitivi. Se il pregiudizio è modesto, la responsabilità tende a non essere affermata in quanto il danneggiato è scarsamente incentivato ad agire: è questa una delle ragioni che hanno determinato in Italia, almeno in una prima fase, la scarsa applicazione della disciplina della responsabilità del produttore in sede giudiziale<sup>44</sup>. Se invece il pregiudizio è elevato, può accadere che il produttore tenda ad occultare la propria responsabilità: è quanto è accaduto, in passato, in relazione a prodotti farmaceutici rivelatisi lesivi della salute<sup>45</sup>. In entrambe le ipotesi, la condanna del produttore a corrispondere *punitive damages* risulta evidentemente giustificata.

(b) Talvolta la condotta causativa del danno è diretta a conseguire un vantaggio o a realizzare un risparmio di spesa socialmente illeciti. È il caso del produttore che diffonde notizie o apprezzamenti volti a screditare l'attività o i prodotti di un concorrente per conseguire nei suoi confronti un vantaggio competitivo; dell'industria che non adotta le costose procedure di smaltimento dei rifiuti tossici prescritte dalla legge inquinando così una falda acquifera utilizzata dal proprietario di un fondo vicino; dell'editore che pubblica notizie diffamatorie o lesive della riservatezza di un soggetto allo scopo di rendere un settimanale maggiormente appetibile per il pubblico dei suoi lettori; dell'imprenditore che violando un brevetto produce un bene di consumo e lo mette sul mercato ad un prezzo inferiore rispetto a quello praticato dal legittimo titolare del diritto.

L'esemplificazione potrebbe continuare. Qui ci limitiamo a osservare che nelle ipotesi considerate la condotta lesiva è non solo dolosa, ma orientata a conseguire un vantaggio (risparmio di spesa) socialmente illecito; quest'ultimo, inoltre, può risultare più cospicuo del pregiudizio cagionato alla vittima.

Ebbene, al verificarsi di queste condizioni il risarcimento del danno non costituisce un deterrente adeguato perché anche dopo averlo corrisposto l'autore dell'illecito consegue un vantaggio

---

<sup>43</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 890 s.

<sup>44</sup> La constatazione è diffusa: v., per tutti, L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, negli *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. PAGLIANTINI, E. QUADRI, E. SINESIO, I, Milano, 2008, p. 395 s.

<sup>45</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai "Mer 29 cases", in relazione ai quali si registrano le prime applicazioni dei *punitive damages* alla responsabilità del produttore: cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 39.



patrimoniale. E siccome tale vantaggio coincide con un esito socialmente dannoso, che impoverisce la società nel suo complesso, il sistema non si può limitare a prevedere il risarcimento danno; deve invece impedire la condotta lesiva neutralizzando totalmente il vantaggio patrimoniale conseguibile dall'autore dell'illecito a detrimento della società.

Anche in questa ipotesi, dunque, il risarcimento - che non assicura alla responsabilità civile un'adeguata funzione deterrente - può essere integrato da una prestazione di carattere sanzionatorio quali sono i *punitive damages*: questi ultimi saranno commisurati alla differenza tra il vantaggio socialmente illecito conseguito dal responsabile e il danno cagionato alla vittima<sup>46</sup>.

(c) Se l'illecito può essere evitato tramite il trasferimento concordato del diritto al quale il potenziale responsabile è interessato, i *punitive damages* prevengono l'appropriazione unilaterale del diritto e favoriscono il suo acquisto su base negoziale. Non diversamente dai rimedi che tutelano in forma specifica il titolare del diritto, dunque, essi presidiano una regola "di proprietà", ritenuta preferibile ad una regola "di responsabilità"<sup>47</sup>: per evitare di incorrere nella sanzione che conseguirebbe all'appropriazione unilaterale del diritto, il soggetto interessato ad acquisirlo è indotto a negoziarne l'acquisto instaurando una trattativa con il legittimo titolare<sup>48</sup>.

Si menziona, a questo proposito, la tutela dei diritti di privativa industriale e intellettuale<sup>49</sup>: su questo terreno, infatti, una negoziazione finalizzata al trasferimento volontario del diritto sembra poter essere condotta con relativa facilità, risultando appropriata una regola di proprietà a supporto della quale possono essere imposte al responsabile della violazione prestazioni di carattere sanzionatorio.

Quando il trasferimento del diritto può essere negoziato dalle parti con relativa facilità, essendo il titolare agevolmente identificabile e la trattativa non ostacolata da comportamenti opportunistici, la regola di proprietà presidiata dai *punitive damages* comporta evidenti vantaggi. Il soggetto interessato all'attribuzione del diritto e il titolare dello stesso non sostengono, rispettivamente, costi

---

<sup>46</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 908-910; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 770; S. SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge MA, 1987, 159-161; R.D. COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 *S. Cal. L. Rev.*, 79, 86-89 (1982); D.D. ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, cit., 31-33. Sul punto v. anche C.M. SHARKEY, *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics and Doctrine*, in *Research Handbook on the Economics of Torts*, ed. by J.H. ARLEN, Cheltenham, 2013, 490; T.L. VISSCHER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, cit., 9 s.

<sup>47</sup> Ci si riferisce alla nota tesi di G. CALABRESI e A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.*, 1089 (1971-1972).

<sup>48</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 945-947; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 771 s.; D. BIGGAR, *A Model of Punitive Damages in Tort*, 15 *Int'l Rev. L. & Econ.* 1 (1995); D.D. HADDOCK, F.S. MCCHESENEY, M. SPIEGEL, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, 78 *Cal. L. Rev.* 1, 13-36 (1990); V.M. LANDES e R.A. POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, cit., 31. Sul punto v. anche C.M. SHARKEY, *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics and Doctrine*, cit., 493 s.; T.L. VISSCHER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, cit., 10-12.

<sup>49</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 946; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 771.

di ricerca e di difesa, che invece affronterebbero qualora l'unico rimedio posto a presidio del diritto conteso fosse il risarcimento, e l'appropriazione unilaterale del diritto risultasse conveniente per l'aggressore (e sconveniente per il titolare) in considerazione dell'eventualità che il danno fosse sottostimato dal giudice. Con ogni probabilità, i costi di transazione sostenuti dalle parti nella trattativa orientata al trasferimento volontario del diritto sono inferiori a quelli necessari ai fini della determinazione giudiziale del risarcimento. Ancora più rilevante il fatto che le parti concordano il trasferimento volontario del diritto se, e solo se, il soggetto che lo acquista attribuisce ad esso un valore superiore al soggetto che lo aliena: siccome le parti si trovano in una posizione migliore del giudice per determinare il valore che il diritto ha *per loro*, la regola di proprietà presidiata dai *punitive damages* garantisce che la risorsa venga trasferita al soggetto che la valuta di più.

Per contro, l'appropriazione unilaterale del diritto - che appare più probabile quando l'unico rimedio applicabile è il risarcimento del danno (regola di responsabilità) - comporta costi di ricerca e di difesa, che l'aggressore e il titolare del diritto sono indotti a sostenere in considerazione dell'eventualità che il valore del diritto sia sottostimato dal giudice. Le spese implicate dalla determinazione giudiziale del danno sono probabilmente superiori ai costi di transazione affrontati dalle parti nella trattativa finalizzata al trasferimento volontario del diritto. Non si può escludere che un soggetto terzo qual è il giudice sottostimi il valore che il diritto ha per il suo titolare, sicché il potenziale aggressore è indotto ad appropriarsene anche se attribuisce ad esso un valore inferiore: è dunque possibile che la risorsa venga attribuita al soggetto che la valuta di meno.

L'imposizione di *punitive damages* non viene invece ritenuta opportuna quando la negoziazione finalizzata al trasferimento del diritto non è possibile o comporta costi di transazione eccessivamente elevati<sup>50</sup>: vengono meno, allora, le ragioni che giustificano la preferenza per una "regola di proprietà".

(d) Un'ulteriore, possibile giustificazione, talvolta prospettata in letteratura, attiene ai casi in cui il danno sia sistematicamente sottostimato. In questa ipotesi la funzione deterrente della responsabilità civile, così come quella compensativa, non si esplica efficacemente, perché il responsabile non risponde di tutto il pregiudizio cagionato. I danni punitivi consentirebbero, dunque, di recuperare il *deficit* di deterrenza conseguente al fatto che una parte del danno non viene compensata dal risarcimento<sup>51</sup>.

Sulla base di un'argomentazione concisa e "binaria", altri ritengono invece che in presenza di queste condizioni il ricorso al rimedio non sia giustificato<sup>52</sup>. Talvolta una componente del danno effettivamente esistente non può essere risarcita in quanto la sua determinazione risulta ostacolata da

---

<sup>50</sup> Sul punto v. ancora A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 947.

<sup>51</sup> Cfr. G. CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case of Punitive Damages*, cit., 343 ss.; D.D. ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, cit., 26-31.

<sup>52</sup> Cfr. A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 939-941; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, voce *Punitive Damages*, cit., 769 s.

difficoltà insormontabili. Viene portato a titolo di esempio il dolore degli amici della persona uccisa, che certamente è reale e causalmente riconducibile alla lesione, ma non può essere risarcito a causa di impedimenti difficilmente superabili: gli amici aumenterebbero a dismisura la platea dei soggetti legittimati concorrendo con gli stretti congiunti del defunto, e spesso il loro dolore non potrebbe essere accertato in modo attendibile. Ebbene, se tale componente non può essere integrata nel risarcimento a causa di tali difficoltà di valutazione, nemmeno può essere compensata ricorrendo ai *punitive damages*, che hanno carattere sanzionatorio. In altri casi, una componente del pregiudizio effettivamente non risarcita si presta ad essere valutata e liquidata dal giudice: è il caso del danno subito dalla persona uccisa in conseguenza del decesso. Tale componente merita allora di essere integrata nel risarcimento (*compensatory damages*), che in presenza di un danno viene sempre accordato ed offre alla pretesa risarcitoria del danneggiato (o dei suoi eredi) un inquadramento più adeguato<sup>53</sup>.

Le considerazioni qui sintetizzate hanno un impatto piuttosto limitato sulla giurisprudenza, che accorda all'attore i *punitive damages* sulla base di criteri non sempre coerenti: la finalità, spesso non consapevolmente avvertita, di supportare l'efficacia deterrente della responsabilità civile coesiste con l'attitudine punitiva del rimedio<sup>54</sup>. È tuttavia significativo che quest'ultimo venga applicato in una ridotta percentuale di casi: solo il 5% delle azioni di responsabilità riconosciute fondate comportano l'irrogazione di danni punitivi<sup>55</sup>. Il dato conferma che nella grande maggioranza dei casi il risarcimento è sufficiente ad assicurare alla responsabilità civile compensazione e deterrenza; solo in un caso su venti si ritiene necessaria un'integrazione di carattere sanzionatorio.

#### **4. La scelta di operare su un mercato straniero: vantaggi senza inconvenienti ? La declinazione europea e costituzionale della nozione di «ordine pubblico».**

L'altro aspetto su cui risulta incentrato il riconoscimento delle condanne al pagamento di danni punitivi pronunciate all'estero attiene al parametro dell'ordine pubblico, con il quale gli effetti della sentenza straniera non devono porsi in contrasto (art. 64 lett. g l. 31 maggio 1995, n. 218). Se apparentemente la rilevanza della nozione resta circoscritta al giudizio di *exequatur*, ad un esame più approfondito essa presenta importanti connessioni con altri aspetti dell'istituto della responsabilità civile e con il suo "statuto" costituzionale.

---

<sup>53</sup> Sul punto v. C.M. SHARKEY, *Economic Analysis of Punitive Damages*, cit., 491.

<sup>54</sup> Cfr. C.M. SHARKEY, *Economic Analysis of Punitive Damages*, cit., 494 ss.; A.M. POLINSKY e S. SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, cit., 896 ss.

<sup>55</sup> È quanto si ricava dai dati statistici pubblicati dal Bureau of Justice (BJS) e reperibili sul sito *internet* <https://www.bjs.gov>.

Come si è anticipato, recentemente le sezioni unite hanno giustificato l'astratta compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano promuovendo un'interpretazione evolutiva della nozione di ordine pubblico.

Quando opera quale parametro di liceità dell'oggetto o della causa, quest'ultimo si identifica con l'insieme dei principi inderogabili dell'ordinamento, ricavabili per induzione dal complesso della normativa vigente (costituzionale e ordinaria) e posti a presidio di interessi che essendo di carattere generale sono sottratti alla disponibilità delle parti<sup>56</sup>. In un passato non troppo lontano, la nozione assumeva una connotazione analoga anche nell'ottica del riconoscimento delle sentenze straniere, essendo essa identificata con l'insieme dei «principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici» desumibili non solo dalla disciplina costituzionale, ma anche da quella ordinaria<sup>57</sup>.

Ora, le sezioni unite alleggeriscono la portata del parametro, rendendolo meno selettivo; e per giustificare tale risultato lo riferiscono a un livello di legalità superiore a quello della legislazione ordinaria. I principi con cui gli effetti della sentenza straniera suscettibile di esecuzione non devono porsi in contrasto si ricavano dalla Costituzione e dal «diritto sovranazionale», con particolare riferimento a quello europeo<sup>58</sup>. In motivazione, si rinviengono puntuali riferimenti al Trattato sull'Unione Europea, al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: la nozione di ordine pubblico, dunque, si ricava tanto dal dettato costituzionale, quanto dal diritto europeo primario, che costituisce espressione diretta della volontà degli stati dell'Unione e ne definisce i principi fondamentali.

Si ritiene, coerentemente, che l'interprete possa fare riferimento alla legislazione ordinaria nella misura in cui la stessa dà attuazione al dettato costituzionale. Ne consegue che i principi inderogabili

---

<sup>56</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 383 ss. Per un'analisi approfondita della nozione, e delle sue diverse funzioni, cfr. R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., nel *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 84 ss.; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970. Tra i contributi più recenti, cfr. G. TERLIZZI, *Buon costume e ordine pubblico* (in diritto comparato), in *Dig. IV, sez. civ.*, Agg. 2016, Torino, p. 15; M. ROBLES, *L'ordine pubblico «economico» tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 797; C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole «concetto» di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 481; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005.

<sup>57</sup> In questi termini Cass., 12 marzo 1984, n. 1680, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1419. Sulla nozione di ordine pubblico internazionale, rilevante ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere, cfr. F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte Generale e obbligazioni*, 6ª ed., Torino, 2015, pp. 260 ss., 364 s.; C. TUO, *Armonia delle decisioni e ordine pubblico*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, pp. 507 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012; F. MOSCONI, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale)*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2007, X, p. 535 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005; L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 635 ss.; F. ANGELINO, *La nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Rass. Parlam.*, 2005, p. 153 ss.; M. MARESCA, *Articoli 64 – 68*, in S. BARIATTI (a cura di), *Commentario alla legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1469 ss.; G. BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano 1980, p. 1106 ss.

<sup>58</sup> Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

desumibili dalla normativa codicistica non possono giustificare il mancato riconoscimento di una sentenza straniera con essi incompatibile se non hanno copertura costituzionale o non attuano uno dei precetti fondamentali su cui si basa l'architettura dell'Unione<sup>59</sup>. E siccome il principio di riparazione integrale del danno non ha copertura costituzionale<sup>60</sup>, si conclude che i *punitive damages* statunitensi non contrastano con l'ordine pubblico e sono, dunque, astrattamente compatibili con l'ordinamento italiano.

In definitiva, grazie alla proiezione costituzionale ed europea l'ordine pubblico internazionale, rilevante ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere, viene definitivamente svincolato da quello interno, che concorre a identificare i requisiti di validità del contratto. L'attenuazione della selettività del parametro appare coerente con la riforma del diritto internazionale privato e processuale, chiaramente orientata a favorire la circolazione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. È appena il caso di osservare che il giudice competente a decidere sull'*exequatur* non è chiamato a dare esecuzione a un contratto, il quale non può contrastare con i principi inderogabili dell'ordinamento posti a tutela di interessi di carattere generale e sottratti, come tali, alla disponibilità dalle parti. Gli viene invece domandato di dare esecuzione a una sentenza straniera, pronunciata da un'istanza giurisdizionale terza a seguito di un processo che offre adeguate garanzie al convenuto italiano e in conseguenza di una valutazione fondata sul diritto del paese straniero. A differenza del contratto, la sentenza di cui si chiede l'esecuzione costituisce il prodotto dell'applicazione di norme giuridiche – sostanziali e processuali – volte a risolvere il conflitto intercorrente tra le parti. La pretesa dell'attore, in altri termini, è già stata filtrata dalle norme del sistema in cui il convenuto italiano ha liberamente scelto di operare; per cui il giudice italiano dovrà limitarsi a verificare che gli effetti del provvedimento straniero non ledano valori fondamentali dell'ordinamento.

---

<sup>59</sup> Nella prevalente dottrina internazionalistica prevale invece l'opinione favorevole ad includere nella nozione di ordine pubblico anche principi privi di copertura costituzionale: cfr. F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 272; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 43; G. BARILE, voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, cit., p. 1117. Anche la giurisprudenza di legittimità anteriore alla recente pronuncia delle sezioni unite (v. nt. prec.) appare orientata ad avvalorare una nozione più ampia di ordine pubblico, non limitata ai principi ricavabili dalla Costituzione e dal diritto europeo originario: cfr. 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*; Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Foro it.*, 2015, I, c. 588, con nota di G. CASABURI, *Nullità del matrimonio-atto e convivenza postmatrimoniale: le matrioske di piazza Cavour*; Cass., 28 dicembre 2006, n. 27592, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1789.

<sup>60</sup> Cfr. Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3345, con nota di V.V. CUOCCI, *La quantificazione del danno biologico per lesioni di lieve entità: un dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia*; Corte Cost., 30 aprile 1999, n. 148, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1715, in *Giur. it.*, 1999, p. 1499 ed in *Corr. giur.*, 1999, p. 697, con nota di V. CARBONE, *Espropriazioni illegittime: una sentenza scontata*; Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2400 (s.m.), con nota di G. VERDE, *L'espropriazione di fatto tra legalità e giustizia* ed in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 338, con nota di S. VERZARO, *L'accessione invertita, la Consulta e il legislatore: una partita sempre aperta*; Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 132, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1585 ed in *Corr. giur.*, 1985, p. 722, con nota di L. SCOTTI, *Sotto accusa il sistema della responsabilità del vettore aereo*. L'orientamento viene ricostruito e analizzato da G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 67 ss.

Ovvio, ma non per questo meno rilevante, è poi il fatto che il convenuto italiano condannato al pagamento di *punitive damages* abbia consapevolmente scelto di operare al di fuori del mercato italiano ed europeo. È evidente, allora, che se il filtro dell'ordine pubblico venisse riferito a tutti i principi inderogabili, posti a presidio di interessi che il legislatore ordinario sottrae alla disponibilità delle parti, il convenuto italiano verrebbe trattato come se avesse scelto di non estendere la sua attività o diffondere i suoi prodotti oltre i confini del territorio nazionale.

Quando un imprenditore italiano decide di operare sul mercato statunitense, approfitta delle caratteristiche che lo rendono preferibile a quello italiano ed europeo sotto il profilo economico e giuridico: per ipotesi, un regime amministrativo più agile; un più rigoroso sistema di controlli sulla qualità dei prodotti, tale da penalizzare i concorrenti sleali; un mercato più ampio e flessibile; un sistema di distribuzione più efficiente. Ora, se i prodotti diffusi o l'attività svolta cagionano danno a terzi, egli non può pretendere di avvalersi esclusivamente dei vantaggi offerti dal mercato straniero, ma deve accettare anche i relativi inconvenienti, a meno che essi non si risolvano in una lesione di un valore che - essendo collocato in una posizione assiologicamente sovraordinata - si sottrae al calcolo costi-benefici sulla base del quale ha effettuato la sua scelta.

In definitiva, quando opera nel contesto nazionale un imprenditore italiano deve non solo rispettare le norme imperative, ma anche i principi che limitano la sua autonomia in nome di interessi di carattere generale, che il legislatore - costituzionale od ordinario - sottrae alla disponibilità delle parti (ordine pubblico interno). Se invece decide di operare all'estero, quello stesso imprenditore approfitta dei vantaggi relativi al contesto economico e giuridico in cui svolge la sua attività o diffonde i suoi prodotti, ma deve accettare i relativi inconvenienti: non può pretendere di essere immune dai rischi a cui si è consapevolmente sottoposto proiettando la propria attività sul mercato straniero. Non tutti i principi inderogabili, dunque, giustificano il diniego di *exequatur*, ma solo quelli che proteggono valori fondamentali con i quali gli effetti della sentenza straniera si pongono in contrasto: valori che essendo collocati su un livello assiologicamente superiore - al quale corrisponde un superiore livello di legalità - meritano di essere protetti nonostante la scelta di operare sul mercato straniero responsabilmente effettuata dal convenuto italiano. Senza contare che l'attitudine protezionistica del giudice nazionale può alimentare ritorsioni delle autorità statunitensi nei confronti di tutti gli imprenditori italiani, e non solo di quello riconosciuto responsabile.

In quest'ottica, appare condivisibile la scelta di includere nella nozione di ordine pubblico i principi portanti del diritto europeo originario, rinvenibile nei Trattati che delineano l'architettura dell'Unione e ne governano il funzionamento. Ha sempre avuto un ruolo di primo piano nel progetto europeo la realizzazione di un mercato comune, o quanto meno relativamente omogeneo, che permetta alle imprese di competere su scala continentale. L'armonizzazione del diritto privato

europeo, che comporta un considerevole impegno normativo e giurisprudenziale, ha, appunto, l'obiettivo primario di realizzare un mercato che consenta alle imprese non solo di stabilirsi in un altro stato dell'Unione, ma anche di operare al suo interno senza perdere competitività a causa della necessità di adattarsi a un contesto economico e giuridico radicalmente diverso da quello "di partenza".

Se questo è vero, quando un imprenditore dell'Unione sceglie di operare su un mercato extraeuropeo come quello statunitense gli effetti della sentenza straniera che ne accerta la responsabilità vanno confrontati con i principi fondamentali del diritto europeo prima ancora che con quelli rinvenibili nella Costituzione del paese di provenienza. I Trattati europei, infatti, offrono a cittadini e imprese una prima cornice di regole fondamentali, che essendo condivise da tutti gli Stati aderenti sono certamente compatibili con le rispettive carte costituzionali. La relazione tra i parametri costituzionali e quelli desumibili dai Trattati europei è, dunque, fisiologicamente concentrica: essendo i primi condivisi da tutti gli stati dell'Unione sulla base di decisioni assunte in osservanza delle rispettive Costituzioni, essi rappresentano un "nucleo comune" intorno al quale le regole rinvenibili nelle leggi fondamentali possono differenziarsi.

Tra i principi di ordine pubblico il cui rispetto condiziona il riconoscimento delle sentenze straniere va annoverato, secondo la ricordata pronuncia delle sezioni unite<sup>61</sup>, quello che impone la prevedibilità della sanzione e la sua proporzionalità rispetto alla violazione. La condanna ai danni punitivi, astrattamente compatibile con l'ordinamento italiano, deve dunque essere fondata su una «fonte normativa riconoscibile» che identifichi con precisione la fattispecie e delimiti l'entità della sanzione, commisurandola alla gravità della violazione. Anche tale principio - che risulta, in realtà, dall'integrazione di precetti distinti - viene rintracciato tanto nei Trattati europei, quanto nel dettato costituzionale.

Sul versante europeo va in primo luogo ricordato l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che sancisce i «principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene». Un criterio analogo trova riscontro nell'interpretazione giurisprudenziale degli artt. 7 e 4 prot. VII CEDU: i principi *nulla poena sine lege* e *ne bis in idem* – riferiti alla sanzione penale – vengono infatti declinati in termini di prevedibilità della sanzione nel momento in cui è stato tenuto il comportamento illecito<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

<sup>62</sup> Cfr. Corte EDU, grande camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*; Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 2, con nota di E. NICOSIA, *Lottizzazione abusiva, confisca e diritti dell'uomo*; Corte EDU, 29 marzo 2006, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 237; Corte EDU, 22 novembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2417; Tribunale UE, 13 luglio 2011, n. 138/07, *Schindler Holding Ltd c. Commiss. Ue*, in *Raccolta*, 2011, II, p. 4819; Trib. I gr. CE, 5 aprile 2006, n. 279/02, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, p. 1095; Cass. pen., 15 dicembre 2016, n. 9184, in *Foro it.*, *Rep.* 2017, «Cosa giudicata penale», n. 4.

Nella prospettiva nazionale, il fondamento normativo del principio va rintracciato nell'art. 23 Cost., ai termini del quale «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non per legge». Esigendo che la condanna ad eseguire una prestazione (personale o) patrimoniale abbia fondamento legale, il legislatore costituzionale rende la sanzione prevedibile e calcolabile dal debitore; siccome essa deve essere imposta dalla legge - l'ignoranza della quale non è di regola giustificabile - il debitore è posto in condizione di prevederne l'irrogazione. Il fondamento legale della pronuncia di condanna permette, dunque, di effettuare una valutazione razionale delle conseguenze a cui ci si espone esercitando una data attività, e di operare su questa base una scelta consapevole. Proiettato sullo scenario del giudizio di *exequatur*, il principio sotteso all'art. 23 Cost. implica che nel momento in cui sceglie di operare nel contesto statunitense il convenuto italiano successivamente riconosciuto responsabile debba essere in condizione di prevedere la condanna al pagamento di *punitive damages* e di stimarne approssimativamente il *quantum*.

La congruità della sanzione e della sua misura devono essere valutate sulle base delle regole dell'ordinamento nel contesto del quale viene pronunciata la sentenza di condanna. Se è vero che il convenuto italiano ha scelto di operare sul mercato estero anche alla luce del diritto straniero, è sulla base di esso che occorre considerare la prevedibilità della «prestazione patrimoniale» a lui imposta dalla sentenza di condanna e la proporzionalità della stessa alla gravità della violazione.

L'origine delle regole sulla base delle quali viene condotta la valutazione sarà diversa in considerazione del sistema delle fonti adottato nell'ordinamento in cui è stata pronunciata la sentenza di condanna. Nei sistemi di *common law* - dove, pure, i *punitive damages* sono in gran parte regolamentati da atti equiparabili a quelli legislativi (*statutes*)<sup>63</sup> - la giurisprudenza conserva un ruolo di primaria importanza nell'elaborazione del rimedio: opportunamente, dunque, le sezioni unite fanno riferimento ai criteri limitativi elaborati dalla Corte Suprema Federale statunitense per avvalorare l'astratta compatibilità dei danni punitivi con il diritto interno<sup>64</sup>.

Per contro, se è vero che dall'art. 23 Cost., proiettato sullo scenario del riconoscimento delle sentenze straniere, si ricava il canone della prevedibilità della sanzione e della sua proporzionalità rispetto alla violazione, non è necessario che la condanna avente ad oggetto *punitive damages* trovi fondamento in «una legge, o simile fonte»<sup>65</sup>. L'affermazione deriva, con ogni probabilità, da un'esegesi del dettato costituzionale rigidamente letterale e orientata verso il diritto interno: laddove nel contesto del giudizio di *exequatur* il significato della disposizione richiede inevitabilmente di essere adattato alla circostanza che oggetto di valutazione è una sentenza risultante da un diverso sistema delle fonti. Un adattamento che a nostro avviso non degenera in alterazione, perché il

---

<sup>63</sup> Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., p. 106 ss.

<sup>64</sup> Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

<sup>65</sup> In questi termini la motivazione di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.



significato che viene ricavato dal disposto costituzionale è pienamente coerente con la sua ragione giustificativa.

D'altra parte, un eventuale controllo sulle scelte nomogenetiche dell'ordinamento nel contesto del quale è stata pronunciata la sentenza straniera appare radicalmente incompatibile con la stessa funzione del giudizio di *exequatur*. Se un sistema si spinge al punto da valutare il modo in cui un altro ordinamento produce le sue regole, tanto vale che escluda il riconoscimento delle sentenze pronunciate nel contesto di esso e preveda quale unica soluzione possibile la celebrazione di un nuovo processo. Questo vale, a maggior ragione, in relazione al riconoscimento delle sentenze pronunciate nei sistemi di *common law*, dove i principi di diritto comune - corrispondenti a quelli rinvenibili nei codici civili continentali - vengono elaborati dalla giurisprudenza.

Neppure appare convincente il riferimento all'art. 25, 2° comma Cost. quale ulteriore parametro sulla base del quale valutare la compatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze di condanna pronunciate all'estero<sup>66</sup>. I principi di legalità e tassatività che trovano nella disposizione il loro fondamento normativo assolvono un'esclusiva funzione di garanzia della libertà personale, sulla quale la sanzione penale viene ad incidere direttamente o indirettamente in dipendenza del fatto che sia detentiva o pecuniaria<sup>67</sup>. I *punitive damages*, invece, interessano esclusivamente la sfera patrimoniale del responsabile imponendogli di pagare una somma ulteriore rispetto al risarcimento del danno senza limitare in alcun modo la sua libertà personale<sup>68</sup>.

D'altra parte, alcune sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale italiana – che presentano, come vedremo, significative analogie funzionali con i *punitive damages* – risultano incompatibili con i principi di tassatività e legalità rinvenibili nell'art. 25 Cost. A differenza delle norme penali, che definiscono tassativamente la fattispecie, quelle che prefigurano sanzioni civili accordano spesso all'interprete una considerevole discrezionalità nell'identificazione della condotta tenuta dal responsabile e nella determinazione delle conseguenti sanzioni. Di qui un argomento ulteriore, desumibile da un ragionamento “per assurdo”<sup>69</sup>: se davvero il principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» costituisse il parametro con il quale devono essere confrontate tanto le condanne al pagamento di *punitive damages*, quanto le sanzioni pecuniarie previste dalla normativa italiana, molte disposizioni rinvenibili nella legislazione speciale sarebbero incostituzionali. Un interprete qualificato del dettato costituzionale come il legislatore ordinario ha dunque condiviso la

---

<sup>66</sup> Il riferimento è ancora a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

<sup>67</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Le “pene private” e il penalista*, in F.D. BUSNELLI-G. SCALFI, *Le pene private*, Milano 1985, p. 50.

<sup>68</sup> In senso conforme v. C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, cit., p. 1120; C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages*, cit., p. 1673 s.

<sup>69</sup> G. TARELLO lo denomina «apagogico», sia pure avvertendo che l'espressione designa non tanto «un argomento unico», quanto «una pluralità di argomenti sostanzialmente diversi, caratterizzati dall'essere usati in forma negativa, *ad excludendum*»: così in *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1980, p. 370.

lettura che riferisce l'art. 25 Cost. alle sole sanzioni orientate ad incidere in via diretta o mediata sulla libertà personale del responsabile.

### **5. Contro l'inclusione di una componente sanzionatoria nel risarcimento del danno.**

Come si è anticipato, i *punitive damages* conosciuti nel contesto anglosassone - non diversamente da altre varianti del rimedio, "trapiantate" al di fuori dei sistemi di *common law*<sup>70</sup> - hanno funzione deterrente e sanzionatoria, differenziandosi nettamente dal risarcimento. La loro attitudine più rilevante è quella di supportare l'effetto deterrente della responsabilità civile, che al verificarsi di determinate condizioni non viene adeguatamente assicurato dal risarcimento del danno. Proprio perché integrano la funzione deterrente del risarcimento, tuttavia, essi si differenziano nettamente da esso: non compensano alcun pregiudizio, ma piuttosto prevengono il verificarsi di altri illeciti prospettando ai potenziali responsabili l'irrogazione di una sanzione.

Se questo è vero, ammettere che la condanna al pagamento di *punitive damages* pronunciata da un giudice straniero possa essere eseguita in Italia non significa affatto avallare l'opinione in base alla quale il risarcimento può incorporare al suo interno una componente sanzionatoria. La disciplina positiva della responsabilità civile avvalorata senza possibilità di equivoci la corrispondenza tra risarcimento e danno (artt. 2043, 2056, 1223 c.c.). Nella situazione ottimale, il risarcimento compensa integralmente il danno subito dalla vittima dell'illecito assicurando nel contempo all'istituto un'adeguata efficacia deterrente nei confronti delle condotte potenzialmente lesive<sup>71</sup>. Siccome tuttavia, come si è già constatato<sup>72</sup>, al verificarsi di determinate condizioni il risarcimento non stimola l'adozione di un livello di precauzioni ed attività socialmente adeguato, ci si può chiedere se tale carenza possa essere superata incorporando al suo interno una componente sanzionatoria.

La risposta è negativa. Diversamente da quanto accade nei sistemi di *common law*, nell'ordinamento italiano l'imposizione di una qualsiasi prestazione patrimoniale non può essere giustificata sulla base di una regola di fonte giurisprudenziale, ma richiede una previsione legislativa: a tale conclusione si perviene sulla base dell'art. 23 Cost., che – in considerazione dell'esigenza di prevedere e calcolare preventivamente le obbligazioni derivanti dall'esercizio di una data attività – prescrive per esse un fondamento legale.

Ora, in relazione alla prestazione risarcitoria il requisito è pienamente soddisfatto dalla disciplina codicistica della responsabilità civile, in base alla quale il risarcimento dovuto alla vittima è commisurato al danno subito (artt. 2043, 2056, 1223 c.c.). Alcuni interpreti rinvennero nella

---

<sup>70</sup> Per una ricognizione aggiornata, cfr. F. BENATTI, *I danni punitivi nel panorama attuale*, cit., p. 4 ss.; ID., *Zhonguo chengfaxing peichang (danni punitivi in Cina)*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1425 ss.

<sup>71</sup> V., *supra*, § 2.

<sup>72</sup> *Supra*, § 3.

medesima disciplina il fondamento di un'ipotetica prestazione sanzionatoria che integrando il risarcimento del danno consentirebbe al rimedio di punire condotte illecite particolarmente riprovevoli e recuperare, così, un eventuale *deficit* di deterrenza della responsabilità civile.

Argomenti si ricavano dalla nozione di «danno ingiusto» (art. 2043 c.c.), ritenuta idonea non solo a selezionare gli interessi meritevoli di tutela aquiliana, ma a sanzionare, per così dire retrospettivamente, le condotte caratterizzate da un particolare disvalore sociale<sup>73</sup>; dal riferimento alle «circostanze del caso», considerato sufficiente a giustificare la rilevanza attribuita alla condotta dolosa del responsabile nella determinazione del risarcimento (art. 2056, 2° co. c.c.)<sup>74</sup>; nel campo delle c.d. “microviolazioni”, dall’asserita «funzione satisfattoria, se non sanzionatoria» della responsabilità civile per danni non patrimoniali, che giustificherebbe - qualora fosse riscontrabile una violazione della legge penale - «una liquidazione del danno non commisurata all’entità della sofferenza, e quindi...una liquidazione con carattere punitivo»<sup>75</sup>. Sulla stessa linea, d’altra parte, si collocano alcune pronunce giurisprudenziali, che giustificano la liquidazione del risarcimento sulla base di criteri incentrati sulla condotta tenuta dal responsabile<sup>76</sup>.

Per quanto suggestive e bene argomentate, le tesi appena ricordate non conducono, a nostro avviso, a risultati pienamente appaganti. Nella disciplina codicistica della responsabilità civile non si rinvencono elementi realmente idonei a giustificare una modulazione del risarcimento in chiave sanzionatoria, sicché tale ipotetica componente non sembra avere un sufficiente fondamento normativo.

A ben vedere, inoltre, dai sistemi di *common law* si ricavano indicazioni che anziché avvalorare *contrastano* l’inclusione di una componente sanzionatoria all’interno del risarcimento del danno. Con i *punitive damages*, la giurisprudenza anglosassone elabora un rimedio nettamente differenziato rispetto a quello risarcitorio per funzione e regime giuridico: quando si tratta di punire il responsabile e supportare la funzione deterrente della responsabilità civile – non adeguatamente assicurata dal risarcimento – trovano applicazione regole differenti. La netta distinzione tra *compensatory* e *punitive damages* permette di identificare la diversa funzione delle somme accordate alla vittima, e su questa

---

<sup>73</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, cit., p. 1862. In una prospettiva analoga v. anche F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile*, cit., p. 229.

<sup>74</sup> Cfr. P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere*, cit., p. 835; ID., *La responsabilità civile*, cit., p. 336 s.

<sup>75</sup> Così M. MAGGIOLIO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompenso*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 115 s.

<sup>76</sup> Cfr. Cass., 19 ottobre 2015, n. 21087, in *Dir. fam.*, 2016, p. 128; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Foro it.*, 2007, I, c. 71 ed in *Giur. it.*, 2007, p. 1110, con nota di P. ZIVIZ, *La sindrome del vampiro*; Cass., 24 maggio 2004, n. 10035, in *Danno resp.*, 2004, p. 1065, con nota di G. RAMACCIONI, *La palingenesi dell’art. 2059 c.c.: dove conduce il (nuovo) diritto vivente?*; Cass., 25 ottobre 2002, n. 15103, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 415, con nota di A. THIENE, *Un caso di undercompensation in tema di risarcimento dei danni da uccisione*. Con particolare riferimento al risarcimento del danno previsto dall’art. 709 *ter* c.p.c. a carico del genitore responsabile della violazione dei provvedimenti giudiziali relativi all’esercizio della responsabilità genitoriale e all’affidamento dei figli, cfr. Trib. Novara, 21 luglio 2011, in *Fam. dir.*, 2012, p. 612; Trib. Novara, 11 febbraio 2011, in *Fam. min.*, 2011, V, p. 12; Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1024; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1689; Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, in *Resp. civ.*, 2007, p. 472.

base contestare in sede giurisdizionale la correttezza dei criteri adottati nella liquidazione. Per contro, la commistione di componenti compensative e sanzionatorie all'interno dell'obbligazione risarcitoria rischia di ostacolare il controllo sulla determinazione del *quantum*. Anche negli Stati Uniti non è sconosciuta la prassi di includere componenti di carattere sanzionatorio all'interno del risarcimento del danno (*compensatory damages*)<sup>77</sup>; essa appare tuttavia criticabile, in quanto risponde a esigenze di carattere opportunistico avvertite dall'attore come quella di realizzare un risparmio fiscale o recuperare i costi sostenuti nell'esercizio dell'azione.

A giudizio di chi scrive, dunque, il dolo può rilevare ai fini della determinazione del risarcimento solo nella misura in cui la consapevolezza della volontarietà della lesione e delle modalità della condotta tenuta dal responsabile aumenta la sofferenza morale della vittima, incrementando, così il danno non patrimoniale suscettibile di essere risarcito. È il caso delle lesioni personali imputabili al coniuge, il risarcimento dovuto alla vittima essendo certamente superiore quando il danno non deriva da un incidente domestico, ma è stato provocato intenzionalmente. In questa ipotesi, il risarcimento del danno dolosamente arrecato può risultare superiore in quanto compensa un pregiudizio ulteriore: quello che deriva dalla consapevolezza del carattere doloso della lesione, eventualmente acquisita in un momento successivo all'illecito. Come è evidente, peraltro, il risarcimento non assume alcuna connotazione punitiva, in quanto resta commisurato al danno: se infatti anteriormente o posteriormente alla condotta illecita la vittima non ha avuto consapevolezza della volontarietà della lesione, tale ulteriore pregiudizio non sussiste e non merita, dunque, di essere compensato.

In definitiva, il diritto comune della responsabilità civile - quello delineato dalla normativa codicistica - prevede quale unico rimedio il risarcimento del danno, che compensa il pregiudizio subito dalla vittima. Necessariamente, dunque, l'eventuale imputazione di una prestazione di carattere sanzionatorio - orientata, come i *punitive damages*, a supportare l'efficacia deterrente dell'istituto - è destinata a trovare il proprio fondamento normativo nel contesto della legislazione speciale. Conviene, ora, concentrare l'attenzione su di essa.

## **6. I *punitive damages* e le sanzioni civili italiane: un'ipotesi di lavoro.**

Nella legislazione speciale, effettivamente, si riscontrano diverse disposizioni presidiate da sanzioni civili: si tratta di prestazioni pecuniarie esigibili dalla vittima dell'illecito per effetto della semplice violazione di un precetto e commisurate a parametri diversi dal pregiudizio subito.

Le stesse disposizioni che prevedono sanzioni civili si incaricano, talvolta, di delineare il rapporto tra le stesse e il risarcimento del danno causato dal comportamento illecito<sup>78</sup>: e siccome il risarcimento

---

<sup>77</sup> Sul punto v. F. QUARTA, *Sanzione e risarcimento nell'illecito civile*, cit., p. 298 s.

<sup>78</sup> Per una puntuale analisi si rinvia al contributo di C. GRANELLI, *In tema di danni punitivi*, cit., p. 1760 ss.

si fonda su un supporto probatorio più oneroso per l'attore - in quanto implica la prova del pregiudizio subito - l'unica prestazione effettivamente dovuta dal responsabile può ben essere quella di carattere sanzionatorio.

La formula «atto lecito non necessariamente dannoso» proposta in dottrina appare opportuna, in quanto identifica correttamente i tratti comuni di una figura che appare, per altro verso, assai eterogenea<sup>79</sup>. La violazione del precetto viene sanzionata a prescindere dalla circostanza che il danno cagionato dal responsabile risulti provato.

Una ricognizione delle sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale si riscontra tanto nella sentenza delle sezioni unite che ammette l'astratta compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano<sup>80</sup>, quanto nell'ordinanza che l'ha preceduta<sup>81</sup>. Se la stessa legge italiana prevede a carico del responsabile prestazioni di carattere sanzionatorio, i *punitive damages* statunitensi non devono ritenersi contrari all'ordine pubblico. L'analogia è giustificata, in quanto come i danni punitivi le somme dovute in conseguenza della violazione delle disposizioni passate in rassegna hanno esclusiva valenza sanzionatoria.

In questa sede, aggiungiamo che le sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale italiana si fondano su ragioni giustificative analoghe a quelle identificate in relazione ai *punitive damages* statunitensi; come questi ultimi, esse supportano la funzione deterrente della responsabilità civile quando il risarcimento non appare idoneo a implementarla efficacemente. Se in genere il risarcimento integrale del danno è sufficiente a stimolare l'adozione di un adeguato livello di precauzioni e attività da parte dei soggetti potenzialmente responsabili, al verificarsi di determinate condizioni esso non costituisce un idoneo deterrente: di qui l'opportunità che venga integrato da misure di carattere sanzionatorio.

Ne deriva una conseguenza rilevante sotto il profilo sistematico. Come i danni punitivi, le sanzioni civili rinvenibili nella nostra legislazione speciale non vanno collocate in un contenitore separato - quale può essere quello delle «pene private» - ma integrate nel contesto della responsabilità civile, di cui costituiscono parte integrante<sup>82</sup>. Le somme dovute dal responsabile ai termini delle disposizioni di volta in volta applicabili hanno una funzione radicalmente diversa dal risarcimento del danno, in quanto non compensano alcun pregiudizio e sono commisurate a grandezze diverse dall'entità dello stesso, come la gravità della violazione, il profitto ricavato dal responsabile, il corrispettivo ipoteticamente spettante al titolare del diritto violato. Se questo è vero, è anche vero che la funzione

---

<sup>79</sup> Ci si riferisce a C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie*, cit., p. 1666.

<sup>80</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit.

<sup>81</sup> Cass., sez. I, ord. 15 maggio 2016, n. 9978, cit.

<sup>82</sup> Condividiamo, dunque, l'opinione di F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., pp. 38, 40, 210, 237 ss., e *Illecito civile, danni punitivi*, cit., p. 1161, che ritiene il risarcimento e la sanzione parti integranti, ancorché distinte, dell'istituto della responsabilità civile.

delle sanzioni civili e la ragione per cui conseguono al verificarsi di determinati illeciti si può comprendere solo alla luce della loro relazione con il risarcimento del danno. Di qui l'opportunità che - come accade, del resto, per i *punitive damages* - le prestazioni sanzionatorie previste dalla legislazione speciale siano integrate nell'area tematica della responsabilità civile, anziché essere relegate in un settore chiuso e separato.

L'operazione è possibile a condizione che un *istituto* complesso come la responsabilità civile non venga riduttivamente identificato con il risarcimento del danno, che resta il più rilevante *rimedio* accordato alla vittima dell'illecito. Come si è ricordato, il risarcimento (integrale) del danno è normalmente idoneo a implementare entrambe le funzioni della responsabilità civile: compensazione e deterrenza. Al verificarsi di determinate condizioni - che ci apprestiamo a considerare nuovamente, dopo averle già esaminate in relazione ai *punitive damages* - il risarcimento non è tuttavia idoneo ad assicurare all'istituto un'adeguata funzione deterrente. Di qui l'opportunità che sia integrato da un *rimedio ulteriore*, che assume una connotazione sanzionatoria in quanto risulta azionabile dalla vittima dell'illecito a prescindere dalla prova del pregiudizio subito. Quando il solo *rimedio risarcitorio* non assicura alla responsabilità civile un'adeguata efficacia deterrente, la vittima dell'illecito può avvalersi dei *rimedi sanzionatori* eventualmente previsti dalla legge: esigendo la corresponsione della sanzione pecuniaria, essa agisce certamente nel proprio interesse, ma soddisfa, nello stesso tempo, l'interesse della società alla prevenzione delle condotte illecite.

D'altra parte, il confronto con le giustificazioni già esaminate in relazione ai danni punitivi può agevolare il tentativo di ricostruzione sistematica di un materiale normativo apparentemente disorganico. Se le disposizioni che prevedono sanzioni civili sono riconducibili ad ambiti normativi e disciplinari molto diversi, esse rispondono a un disegno coerente: sostenere la funzione deterrente della responsabilità civile, non adeguatamente implementata dal risarcimento del danno.

### **7. Segue. Prime verifiche. Sull'opportunità di integrare le sanzioni pecuniarie nell'area tematica della responsabilità civile.**

Per avvalorare la nostra ipotesi, occorre verificare l'analogia funzionale tra le più rilevanti sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale italiana e i *punitive damages* statunitensi:

(a) Prestazioni di carattere sanzionatorio sono previste, in primo luogo, quando esiste una certa probabilità che la responsabilità conseguente alla violazione del precetto non venga accertata.

È quanto accade, spesso, quando il danneggiato è riluttante ad esercitare l'azione di responsabilità in considerazione dell'esiguità del pregiudizio subito. Così, ai termini dell'art. 70 att. c.c. il regolamento condominiale può prevedere quale conseguenza della propria violazione il pagamento di una sanzione pecuniaria destinata a integrare il fondo per le spese ordinarie e ad essere irrogata a

seguito di deliberazione assembleare. Se è probabile che la violazione del regolamento abbia pregiudicato gli interessi di altri condomini, in una elevata percentuale di casi gli stessi si astengono dall'esercizio dell'azione di responsabilità, in quanto i costi da sostenere risultano superiori al prevedibile ammontare del risarcimento; la sanzione prevista dal regolamento condominiale, ed irrogata a seguito di deliberazione assembleare, consente di recuperare il *deficit* di deterrenza che consegue al razionale disinteresse del condomino direttamente danneggiato.

La probabilità che la responsabilità venga elusa si configura, poi, quando l'illecito viene occultato dal responsabile, o, addirittura, il carattere clandestino della condotta costituisce un elemento costitutivo della fattispecie. Ci si riferisce all'art. 4 d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, recante «disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili», il cui art. 4 prevede e sanziona condotte illecite che i rispettivi autori hanno interesse a occultare: nel catalogo figurano le illegittime appropriazioni (di cose smarrite; di cose il cui possesso sia stato acquisito per errore altrui o caso fortuito; della quota del tesoro dovuta al proprietario del fondo)<sup>83</sup> e una serie di condotte illecite incentrate sull'alterazione e sulla falsa redazione di scritture o documenti informatici privati, nonché sull'abusivo riempimento di foglio firmato in bianco<sup>84</sup>. Peraltro, benché le somme che costituiscono oggetto della sanzione civile siano dovute dal responsabile solo qualora la domanda di risarcimento proposta nei suoi confronti sia stata accolta<sup>85</sup>, esse non devono essere corrisposte al danneggiato, ma sono destinate alla cassa delle ammende<sup>86</sup>.

La soluzione adottata - che risente, evidentemente, dell'origine penalistica dell'illecito - non appare condivisibile: l'attribuzione della somma al danneggiato lo avrebbe stimolato ad agire in giudizio domandando contestualmente il risarcimento del danno, laddove, invece, tale incentivo viene meno se il denaro viene devoluto allo Stato. Vale a questo proposito quanto anticipato in relazione ai *punitive damages* statunitensi<sup>87</sup>. La prospettiva di conseguire la prestazione di carattere sanzionatorio che si affianca al risarcimento induce il danneggiato ad agire, rendendo più probabile l'accertamento della responsabilità: di qui l'opportunità di una riduzione della sanzione, la quale invece quando è dovuta allo Stato deve essere calcolata tenendo conto delle inferiori probabilità che il danneggiato agisca in giudizio per ottenere il solo risarcimento. Resta il fatto, però, che la sanzione pecuniaria è prevista dalla legge in relazione a fattispecie in cui esiste una significativa probabilità che la responsabilità conseguente alla violazione del precetto venga elusa.

Le *chances* che la responsabilità venga accertata risultano parimenti limitate quando il danno viene subito dalla parte debole di un rapporto contrattuale asimmetrico o caratterizzato da dipendenza

---

<sup>83</sup> Cfr. art. 4, comma 1°, lett. b-f d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

<sup>84</sup> Cfr. art. 4, comma 4°, lett. a-f d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

<sup>85</sup> Cfr. art. 8 d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

<sup>86</sup> Cfr. art. 10 d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

<sup>87</sup> V., *supra*, § 3, *sub a*.

economica. È ipotizzabile, infatti, che il danneggiato rinunci ad agire in giudizio per il timore sostenere costi sproporzionati alle proprie risorse, considerevolmente inferiori a quelle della controparte, o di interrompere un rapporto che integra una parte importante dei suoi ricavi. Con ogni probabilità, il subfornitore o l'imprenditore al quale un altro operatore economico o un ente pubblico devono somme di denaro a fronte delle prestazioni eseguite esigeranno il pagamento degli interessi decorrenti sui debiti commerciali solo quando la relazione con le rispettive controparti si è ormai deteriorata; mentre prima di questo momento, verosimilmente, rinunceranno ad agire in giudizio per evitare l'interruzione di un rapporto che contribuisce in modo rilevante al loro fatturato.

Per questo motivo, quando un debito commerciale non viene tempestivamente pagato il creditore può esigere dalla controparte - sia essa un ente pubblico o un altro imprenditore - il pagamento di interessi moratori non solo dovuti a prescindere dalla prova del danno, ma anche determinati in misura tale da eccedere, verosimilmente, il pregiudizio causato dal ritardo maturato in relazione al debito pecuniario azionato in giudizio: il tasso di interesse legale corrisponde, infatti, a quello praticato dalla Banca Centrale Europea in relazione alle più recenti operazioni di rifinanziamento aumentato di otto punti percentuali<sup>88</sup>. Se poi il ritardo interessa il corrispettivo dovuto nell'ambito di un contratto di subfornitura ed eccede di trenta giorni il termine convenuto per il pagamento, il subfornitore può esigere - oltre agli interessi di mora così determinati - «una penale pari al 5% dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini»<sup>89</sup>. Nel contratto di subfornitura, frequentemente caratterizzato da una relazione di dipendenza economica, la probabilità che il creditore del corrispettivo pecuniario rinunci a esigere il pagamento degli interessi di mora nel corso del rapporto risulta accentuata: consapevole di questo fatto, il legislatore incrementa l'entità della sanzione che colpisce il ritardo.

Si ripropone qui la prospettiva già delineata in relazione ai *punitive damages* statunitensi<sup>90</sup>. Il legislatore accorda al creditore del corrispettivo pecuniario dovuto nell'ambito di un rapporto commerciale il diritto di riscuotere il pagamento di interessi che eccedono verosimilmente la misura del danno provocato dal ritardo nel pagamento del debito azionato in giudizio; la sanzione che colpisce il debitore moroso è tuttavia giustificata dalla probabilità che lo stesso non sia stato ritenuto responsabile dei danni cagionati dai ritardi, maturati nel corso del rapporto, relativi ad altri debiti commerciali. Se in relazione al debito azionato in giudizio il legislatore adotta una prospettiva sanzionatoria<sup>91</sup>, quando si passa a considerare l'intero svolgimento del rapporto e l'attività

---

<sup>88</sup> Cfr. art. 2 lett. (e) d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231.

<sup>89</sup> Cfr. art. 3, comma 3° l. 18 giugno 1998, n. 192.

<sup>90</sup> Nella dottrina tedesca, non ha caso, si è ritenuto che la direttiva 2000/35 abbia introdotto negli ordinamenti degli stati europei una sorta di danni punitivi: sul punto si rinvia a O. LANZARA, *Ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, Torino, 2015, p. 250, testo e nt. 160.

<sup>91</sup> In termini analoghi si esprimono O. LANZARA, *Ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, cit., p. 134; T. PASQUINO, *Termini di pagamento e computo degli interessi*, in A.M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013, p. 73; V. PANDOLFINI, *I ritardi di*



ordinariamente esercitata dal debitore moroso risulta evidente che gli interessi sono determinati in modo tale da imputare a quest'ultimo una responsabilità proporzionata al danno *effettivamente cagionato*.

La nostra ipotesi trova riscontro in due disposizioni rinvenibili negli atti normativi ai quali si è appena fatto riferimento, ma risultanti da successivi interventi legislativi. Esse da un lato ribadiscono il favore del legislatore speciale per le sanzioni civili, che suppliscono alla scarsa efficacia deterrente del risarcimento nella fase che precede la rottura del rapporto; dall'altro, testimoniano il tentativo di recuperare la prospettiva risarcitoria.

Sul primo versante, è appena il caso di ricordare che nel quadro delle iniziative volte a contrastare l'abuso di dipendenza economica l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può procedere alle «diffide e sanzioni» previste dall'art. 15 della legge *Antitrust* anche qualora riscontri la «violazione diffusa e reiterata» della normativa sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, configurandosi in tal caso un abuso «a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica»<sup>92</sup>. La riluttanza ad agire in giudizio dell'impresa economicamente dipendente – determinata dal timore di pregiudicare un rapporto di importanza “vitale” – viene compensata riconoscendo a un'autorità amministrativa indipendente la legittimazione a sanzionare i debitori commerciali abitualmente morosi.

Nella seconda prospettiva va menzionata una disposizione recentemente inserita nella disciplina della lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ai termini della quale il creditore danneggiato da una «prassi...gravemente iniqua» può conseguire il risarcimento del danno<sup>93</sup>. Il legislatore prevede una responsabilità conseguente (non a un atto illecito, ma) all'instaurarsi di una «prassi» proprio allo scopo di consentire al creditore di ottenere, per così dire retrospettivamente, il risarcimento del danno subito nelle fasi anteriori del rapporto, quando è probabile che abbia tollerato il ritardo e rinunciato a esigere il pagamento degli interessi di mora per evitare di interrompere la relazione intercorrente con la controparte<sup>94</sup>.

---

*pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013, p. 98; A. RICCIO, *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 556.

<sup>92</sup> Cfr. art. 9, comma 3-bis l. 18 giugno 1998, n. 192, aggiunto dall'articolo 11, 2° co., l. 5 marzo 2001, n. 57 e successivamente modificato dall'articolo 10, 2° co. l. 11 novembre 2011, n. 180.

<sup>93</sup> Cfr. art. 7-bis d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, introdotto dall'art. 24, co. 3°, lett. b), l. 30 ottobre 2014, n. 161.

<sup>94</sup> In dottrina si è ritenuto che il risarcimento del danno derivante dall'instaurarsi di una «prassi iniqua» sia destinato ad essere limitato ai sensi dell'art. 1227 c.c. qualora esigendo tempestivamente il rispetto dei termini di pagamento il creditore avrebbe evitato, almeno in parte, il pregiudizio conseguente al ritardo: cfr. S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 818 s., ed in A.M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI, *I ritardi nei pagamenti*, Milano, 2016, p. 33. Pur condividendo i rilievi critici espressi dall'A. nei confronti della formulazione della disposizione, riteniamo che la stessa si fondi sul presupposto che la tolleranza manifestata dal creditore nel corso del rapporto non derivi da una sua libera scelta, ma sia imposta dalla sua condizione di inferiorità o dipendenza economica: se questo è vero, è ragionevole che il principio di diritto comune espresso dall'art. 1227 c.c. venga disapplicato a vantaggio della norma speciale.

(b) Altre disposizioni sanzionano il soggetto che agisce allo scopo di conseguire un vantaggio socialmente illecito, il quale può risultare superiore al danno cagionato. Anche in questa ipotesi, la previsione di una misura di carattere sanzionatorio ha la funzione di integrare l'attitudine deterrente del risarcimento, di per sé insufficiente. Se anche dopo aver risarcito il danno il responsabile viene a trovarsi in una situazione migliore di quella anteriore all'illecito, sarà indotto a reiterare la condotta lesiva; essendo invece tenuto a corrispondere alla vittima una somma che neutralizza interamente il vantaggio ricavato, è adeguatamente incentivato a evitare l'illecito.

Alcune disposizioni, dunque, prevedono che il risarcimento del danno conseguente all'illecito possa essere commisurato agli utili conseguiti dal responsabile, o che il titolare del diritto leso sia legittimato a conseguire, in alternativa al risarcimento, la restituzione degli utili percepiti dall'autore della violazione. È quanto è dato riscontrare, rispettivamente, nel dettato dell'art. 128, 2° co. della legge sul diritto d'autore e nel testo dell'art. 125, commi 1° e 3° del codice della proprietà industriale. Non è questa la sede per prendere posizione sul dibattito in corso nella dottrina specialistica in merito alla qualificazione del rimedio risultante dal criterio indicato: ritenendosi da alcuni che esso assuma una colorazione restitutoria<sup>95</sup>, da altri che acquisisca una connotazione sanzionatoria<sup>96</sup>. Qui è sufficiente osservare che se la somma dovuta al danneggiato viene determinata tenendo conto del vantaggio conseguito dal responsabile - il quale può ben risultare superiore al danno - il risarcimento è integrato da una prestazione ulteriore, commisurata alla differenza tra profitto e danno ed orientata a supportare la funzione deterrente della responsabilità civile.

Un analogo riferimento si riscontra anche nel contesto dell'art. 187-*undecies*, 2° co. Tuf, che accorda alla Consob la legittimazione a costituirsi parte civile nei procedimenti penali attinenti ai reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato per domandare, «a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato», una somma suscettibile di essere determinata anche alla luce del profitto conseguito dal responsabile<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> V., pur con impostazioni e accenti diversi, M. SCUFFI, *Il risarcimento integrale del danno e la pubblicazione della sentenza*, in M. SCUFFI e M. FRANZOSI, *Diritto industriale italiano. Diritto procedimentale e processuale*, II, Padova, 2014, p. 1382; N. ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, p. 46; F. FLORIDIA, *Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 7; 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, p. 28, nt. 28; P. SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, negli *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 842; ID., *La restituzione dell'arricchimento ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 311 ss.; A. NICOLUSSI, *Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato: la restituzione degli utili nell'art. 45 TRIPS*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, p. 1017.

<sup>96</sup> Cfr. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*, cit., p. 158 ss., spec. p. 166 s.; C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, p. 109 ss.; V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione di diritti di proprietà intellettuale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 203 s.

<sup>97</sup> L'arricchimento del soggetto responsabile, d'altra parte, costituisce uno dei criteri che orientano la determinazione delle sanzioni pecuniarie previste dal d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (art. 5, lett. c; art. 4 lett. b).

Benché formulate diversamente, si fondano sul medesimo presupposto altre disposizioni che sanzionano condotte orientate al conseguimento di un vantaggio socialmente illecito imputando al responsabile un'obbligazione pecuniaria ulteriore rispetto a quella risarcitoria. Pensiamo in particolare all'art. 12 l. n. 47/1948 in tema di diffamazione a mezzo stampa, e all'art. 4 d. l. 22 settembre 2006, n. 259, in materia di pubblicazione di documenti illegittimamente formati o dei quali il giudice penale abbia disposto la distruzione.

Lo stesso art. 70 att. c.c., evocato in precedenza, può trovare giustificazione anche in considerazione dell'esigenza di evitare che il responsabile sia indotto a violare il regolamento condominiale dalla prospettiva di conseguire un vantaggio "socialmente illecito" superiore al danno di cui è chiamato a rispondere. Si pensi all'installazione di caloriferi che eccedendo le dimensioni consentite dal regolamento condominiale riducono l'efficienza complessiva del sistema di riscaldamento centralizzato dell'edificio: se l'intervento non cagiona un pregiudizio rilevante ad uno specifico condomino, comporta invece un vantaggio significativo per l'autore della violazione.

(c) Come si è anticipato, funzione ulteriore dei danni punitivi - oltre che dei rimedi in forma specifica - è quella di favorire il trasferimento concordato del diritto ed evitare, correlativamente, la sua appropriazione unilaterale da parte del soggetto interessato ad acquisirlo. La preferenza così accordata ad una "regola di proprietà" presuppone che il titolare del diritto sia agevolmente identificabile e che le parti possano negoziare il suo trasferimento sostenendo costi di transazione non eccessivamente elevati. Sanzionando l'appropriazione unilaterale del diritto, e inducendo le parti a negoziarne il trasferimento, si evita che le stesse si impegnino a sostenere onerosi costi di ricerca e di difesa, che altrimenti affronterebbero assumendo che il risarcimento del danno derivante dalla violazione possa essere sottostimato: una prospettiva tanto vantaggiosa per l'aggressore, quanto sfavorevole per il titolare del diritto<sup>98</sup>.

In relazione ai diritti di privativa industriale e intellettuale si riscontrano i presupposti qui sintetizzati. Il soggetto interessato all'acquisto del diritto può identificare agevolmente il titolare dello stesso e negoziarne il trasferimento sostenendo costi di transazione relativamente contenuti; d'altra parte, siccome il diritto non ha ad oggetto un bene fisicamente determinato, ma una risorsa immateriale, possono risultare elevati tanto i costi di ricerca sostenuti dal soggetto determinato a violarlo quanto i costi di difesa affrontati dal titolare.

Non stupisce, dunque, che anche in base alla legislazione italiana la prestazione pecuniaria esigibile dal titolare del diritto violato possa eccedere la misura del danno, per riprodurre il corrispettivo che sarebbe stato concordato con la controparte qualora il trasferimento fosse stato negoziato. Disposizioni rinvenibili nella legge sul diritto d'autore e nel codice della proprietà

---

<sup>98</sup> V., *supra*, § 3.

industriale prevedono espressamente quale criterio di determinazione del danno lucro cessante il corrispettivo che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare al titolare per la licenza o il trasferimento concordato del diritto<sup>99</sup>. Avvalorando l'applicazione di tale criterio il legislatore intende neutralizzare il vantaggio conseguibile dal responsabile tramite l'appropriazione unilaterale del diritto e favorire, così, il trasferimento volontario dello stesso. Non a caso, infatti, il titolare del diritto risulta parimenti legittimato ad avvalersi di rimedi in forma specifica, che precludendo la violazione o rimuovendone gli effetti stimolano la negoziazione tra le parti<sup>100</sup>: in quest'ottica, la rinuncia del titolare ad avvalersi della tutela in forma specifica viene compensata da una somma di denaro che remunera il trasferimento volontario del diritto.

D'altra parte, il corrispettivo che sarebbe stato negoziato dalle parti può ben risultare superiore al danno lucoressante effettivamente derivante dalla violazione: si pensi all'ipotesi in cui il titolare di un brevetto non riesca a sfruttarlo pienamente a causa di transitorie criticità inerenti alla propria struttura produttiva, risultando così il valore d'uso del diritto temporaneamente inferiore al suo valore di scambio. Benché il corrispettivo ipoteticamente negoziato dalle parti venga configurato dalla legge quale criterio orientato alla determinazione del risarcimento, sulla base di esso il titolare del diritto violato può esigere dal responsabile l'esecuzione di una prestazione che assume una connotazione sanzionatoria, in quanto eccede la misura del danno effettivamente subito.

(d) Si è infine ricordato che secondo un'opinione diffusa, ma non unanime, la condanna al pagamento di *punitive damages* può risultare giustificata quando il danno derivante dalla condotta illecita risulta sistematicamente sottostimato; questo può accadere, talvolta, quando alcune conseguenze dell'illecito sono talmente dilatate e diffuse da non poter essere valutate con un grado sufficiente di attendibilità<sup>101</sup>. Così, pur essendo realmente percepito il dolore degli amici della persona uccisa non dà luogo ad alcun risarcimento.

Ci sembra questa la più convincente chiave di lettura degli artt. 96, 3° co. c.p.c. e 26, 1° co. d. lgs. 104/2010. Chi agisce o resiste in giudizio con mala fede o colpa grave cagiona non solo un danno alla controparte - che, infatti, può esigere il risarcimento - ma anche un pregiudizio alla funzione giudiziaria: dunque, agli altri utenti del servizio «giustizia». Tale ulteriore pregiudizio è reale, ma - come quello subito dagli amici della persona uccisa - è talmente dilatato e diffuso da non poter essere determinato con un accettabile grado di precisione: di qui la giustificazione di una prestazione di carattere sanzionatorio, dovuta alla controparte<sup>102</sup>, che si affianca al risarcimento del danno previsto

---

<sup>99</sup> V., rispettivamente, art. 158, 2° comma l. 22 aprile 1941, n. 633 (*legge sul diritto d'autore*); art. 125, 2° comma d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (*codice della proprietà industriale*).

<sup>100</sup> Cfr. artt. 156, 157, 158, 1° comma l. 22 aprile 1941, n. 633; art. 124 d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

<sup>101</sup> V., *supra*, § 3.

<sup>102</sup> La destinazione della sanzione alla parte danneggiata dal comportamento scorretto si giustifica alla luce dell'«obiettivo di assicurare una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, allo strumento deflattivo apprestato da [lla]

nel contesto delle medesime disposizioni<sup>103</sup>. Se questo è vero, nella prassi la condanna al pagamento della sanzione pecuniaria viene ad assumere un ruolo di supplenza del risarcimento, in quanto consente di superare le rilevanti difficoltà che si configurano nell'accertamento del danno cagionato dal comportamento processuale scorretto.

La rassegna svolta - inevitabilmente selettiva, e certamente incompleta - conferma a nostro avviso l'ipotesi formulata nel paragrafo precedente. Nella legislazione speciale si riscontrano numerose disposizioni che sanzionano la violazione di un precetto imponendo al responsabile prestazioni di carattere pecuniario. Se talvolta il legislatore ne evidenzia l'attitudine sanzionatoria, in altri casi la dissimula prevedendo che il risarcimento possa essere commisurato a grandezze diverse dal danno, quali l'utile conseguito dal responsabile o il corrispettivo che sarebbe stato ipoteticamente concordato dalle parti: è quanto si osserva, in particolare, in relazione ai diritti di privativa intellettuale e industriale.

Ora, se le sanzioni civili rinvenibili nella legislazione speciale sono riconducibili ad ambiti disciplinari estremamente eterogenei e differenziati, la loro funzione è relativamente omogenea. Analogamente ai *punitive damages*, esse supportano la funzione deterrente della responsabilità civile nelle ipotesi in cui il risarcimento non appare idoneo a implementarla efficacemente. È dunque opportuno, a nostro avviso, che anche le nostre sanzioni pecuniarie vengano integrate nell'area tematica della responsabilità civile anziché essere collocate in una categoria separata; a ben vedere, esse costituiscono un rimedio ulteriore, che al verificarsi di determinate condizioni concorre con quello risarcitorio per evitare che l'istituto fallisca in una delle sue funzioni primarie.

Se anche la proposta non incontrerà, nell'immediato, il favore degli interpreti, è ipotizzabile - e in qualche modo auspicabile - che le sanzioni civili siano destinate a seguire un itinerario analogo a quello percorso dalla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti di consumo. All'indomani della sua comparsa, ritenuta un corpo estraneo alla fisionomia del contratto nonostante una lunga gestazione culturale e normativa; allo stato attuale, diffusamente considerata una componente importante dell'istituto.

---

condanna, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico». Su questa base, la Consulta ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, 3° comma c.p.c. nella parte in cui dispone che la somma dovuta dal soccombente sia destinata alla controparte e non allo Stato: cfr. Corte Cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1642 ss., con nota di V. VISCONTI, *La Corte costituzionale e l'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.*

<sup>103</sup> Per una lettura della disposizione in chiave sanzionatoria, cfr. T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 55 ss.; M. VACCARI, *L'art. 96, comma 3, cod. proc. civ.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, *ivi*, 2011, II, p. 73 ss.; G. DE MARZO, *Le spese giudiziali, e le riparazioni nella riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 397. Una panoramica sugli orientamenti interpretativi relativi ad essa è offerta da V. VISCONTI, *La Corte costituzionale e l'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.*, cit., p. 1645 ss.

