



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA**

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E STUDI  
INTERNAZIONALI

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE,  
DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO  
-CICLO XXXI-

**LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: DALLA  
COMPENSAZIONE ALLA PUNIZIONE**

**Coordinatore:** Ch.ma Prof.ssa Alessandra Pietrobon

**Supervisore:** Ch.mo Prof. Filippo Viglione

**Dottorando:** Vincenzo Cusumano



*Ad Angela ...*



## Sommario

PREMESSA .....	7
----------------	---

### CAPITOLO I

I. RESPONSABILITÀ CIVILE: L'INFINITO TEMPO DELL'ESEGESI.....	9
II. DALLE ORIGINI AD OGGI.....	12
III. I TENTATIVI DI RICOSTRUIRE IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ.....	14
IV. LE RAGIONI DI UNA TRATTAZIONE UNITARIA DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E ED EXTRACONTRATTUALE .....	16
V. LA RESPONSABILITÀ CIVILE NEL SISTEMA RIMEDIALE .....	19
VI. LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE .....	21
VII. IL DIBATTITO DELLA GIURISPRUDENZA SULLA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ: I DANNI PUNITIVI.....	27
VIII. LA PAROLA ALLE SEZIONI UNITE.....	31
IX. IL PANORAMA NORMATIVO: <i>LE ASTREINTES</i> .....	33
X. (SEGUE) LA RETROVERSIONE DEGLI UTILI NEL CODICE DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE.....	38
XI. (SEGUE) I RISARCIMENTI NON COMPENSATIVI A SEGUITO DI REATI.....	42
XII. (SEGUE) LA LITE TEMERARIA .....	44
XIII. (SEGUE) LA RESPONSABILITÀ DATORIALE NEL RAPPORTO DI LAVORO .....	48
XIV. LE CONDIZIONI PER LA DELIBAZIONE DI SENTENZE STRANIERE CONTENENTI CONDANNE A DANNI PUNITIVI.....	58
XV. GLI EFFETTI DELLA PRONUNCIA DEL SEZIONI UNITE NELLA DOTTRINA.....	64
XVI. I PRIMI TENTATIVI DI INTRODUZIONE DI DANNI PUNITIVI NEL NOSTRO ORDINAMENTO .....	68

### CAPITOLO II

I. L'UTILITÀ DI UN CONFRONTO COMPARATISTICO .....	75
II. ALCUNE PREMESSE TERMINOLOGICHE .....	76
III. L'ORIGINE DEI <i>PUNITIVE DAMAGES</i> .....	78
IV. LA PROGRESSIVA LIMITAZIONE DEI <i>PUNITIVE DAMAGES</i> : IL CASO <i>ROOKES V.</i> <i>BARNARD, BROOME V. CASSEL E AB V. SOUTH WEST WATER</i> .....	82
V. IL REPORT DELLA LAW COMMISSION E IL CASO <i>KUDDUS</i> : LA FISIONOMIA ATTUALE DEI DANNI PUNITIVI.....	88
VI. GLI <i>AGGRAVATED DAMAGES</i> .....	91
VII. RISARCIMENTI NON COMPENSATIVI NEL <i>BREACH OF CONTRACT</i> .....	94
VIII. I <i>RESTITUTIONARY DAMAGES</i> .....	95

<b>IX. LE ALTRE CATEGORIE DI NON-COMPENSATORY DAMAGES: I NOMINAL DAMAGES, I LIQUIDATED DAMAGES E I VINDICATORY DAMAGES.....</b>	<b>102</b>
<b>X. I DANNI PUNITIVI NEL SISTEMA TEDESCO .....</b>	<b>110</b>
<b>XI. I DANNI PUNITIVI NEL SISTEMA FRANCESE .....</b>	<b>115</b>
<b>XII. IL RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE E I DANNI PUNITIVI NEGLI ORDINAMENTI EUROPEI.....</b>	<b>118</b>
<b>XIII. IL SUPERAMENTO DEL DOGMA DELLA MONOFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ: TENDENZE EUROPEE .....</b>	<b>124</b>

### **CAPITOLO III**

<b>I. LA CRISI DEL MODELLO COMPENSATIVO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE .....</b>	<b>129</b>
<b>II. L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO .....</b>	<b>131</b>
<b>III. I LIMITI DELL'APPROCCIO TRADIZIONALE .....</b>	<b>133</b>
<b>IV. IL COSTO SOCIALE DEGLI INCIDENTI .....</b>	<b>136</b>
<b>V. LA COLPA NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ SECONDO L'ANALISI ECONOMICA.....</b>	<b>138</b>
<b>VI. (SEGUE) LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA.....</b>	<b>140</b>
<b>VII. LA REGOLA DI HAND .....</b>	<b>143</b>
<b>VIII. APPLICAZIONI PRATICHE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.....</b>	<b>146</b>
<b>IX. LA RESPONSABILITÀ IN AMBITO CONTRATTUALE: L'EFFICIENT BREACH .....</b>	<b>148</b>
<b>X. DALL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO ALLA <i>LAW AND ECONOMICS</i> .....</b>	<b>154</b>
<b>XI. IL PENSIERO DI CALABRESI: DALLA CATTEDRALE AD OGGI.....</b>	<b>156</b>
<b>XII. <i>MERIT GOODS</i>, BENEFICIENZA E ALTRUISMO E RILEVANZA DI GUSTI E VALORI .....</b>	<b>159</b>
<b>XIII. LE CONCLUSIONI DI CALABRESI.....</b>	<b>162</b>
<b>XIV. LE CRITICHE ALLA TEORIA DI CALABRESI .....</b>	<b>165</b>
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>167</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>173</b>

## **Premessa**

Fine di questo lavoro, è bene chiarirlo sin da principio, è affermare che la responsabilità civile, così come altri istituti giuridici, non ha alcuna funzione predeterminata se non quella che di volta in volta il legislatore le attribuisce. Infatti, la stessa, così come verrà definita, non è altro che un criterio di allocazione del costo di un danno in capo a qualcuno, criterio, scevro da ogni considerazione dogmatica, che rispecchia esclusivamente le scelte politiche che stanno alla base dell'ordinamento storicamente inteso.

Pertanto il sistema della responsabilità, nella prospettiva che si tenterà di delineare, è interamente teso al raggiungimento di determinati scopi esogeni al sistema stesso.

È di tutta evidenza che per raggiungere questo risultato sarà necessario oltrepassare le Colonne d'Ercole della funzione esclusivamente compensativa della responsabilità, non curanti del monito del giurista tradizionale che vede nella lettera della norma il "non plus ultra" scolpito su quelle colonne.

Il viaggio ci porterà a salpare dai porti sicuri del quadro normativo e della giurisprudenza nostrana per muovere verso ponente alla volta di ordinamenti di Common Law ove funzioni non compensative della responsabilità sono di casa.

Ripercorreremo le strade solcate dai giuristi inglesi tramite quell'approccio casistico che, solo all'apparenza, ci sembra così lontano, per poi scoprire che al di là della Manica vive un ordinamento non così dissimile dal nostro.

In ultimo si proverà a guardare al sistema della responsabilità come ad un sistema di incentivi, secondo i dettami dell'Analisi Economica del Diritto.

Ciò precisato, si vedrà che questo allontanarsi dalla concezione giuridica più tradizionale, e di conseguenza avvicinarsi a teorie economiche, non soddisferà appieno l'economista classico che anela all'ottimo paretiano come Tantalo all'albero di frutta. Ai fini di questo studio, l'efficienza di Pareto è solo uno dei possibili criteri di scelta ma senz'altro non è il fine, che come detto è esterno al sistema e logicamente lo precede. In questo lavoro si farà sempre riferimento a un concetto di responsabilità pienamente secolarizzato, alieno da qualunque considerazione di ordine morale, che per sua natura, quasi ontologica, ha, nel tempo, caratterizzato questa parte del diritto

privato. Eppure, sul finale, ci si interrogherà se sia compito del giurista-economista oltre alla massimizzazione di quelli che comunemente vengono definiti come i Valori di una società, anche l'individuazione degli stessi.

Cioè se il giurista, e il giudice in particolare, debba trincerarsi dietro l'antico brocardo che lo vuole "*bouche qui prononce le paroles de la loi*", tanto da portare Oliver Wendel Holmes a esprimersi efficacemente così: «se i miei concittadini volessero andare all'Inferno, io li aiuterei: è il mio lavoro»<sup>1</sup>, e più di recente, lo stesso presidente della Corte Suprema USA ad affermare che «non è il nostro compito quello di premunire il popolo contro le conseguenze delle sue scelte politiche»<sup>2</sup>, oppure se il compito del giurista non sia quello di attento osservatore della realtà, in grado, insieme a studiosi di altre materie quali l'economia o la psicologia, di poter contribuire a rendere il sistema di norme più aderente ai Valori della società.

Questo lavoro sarà suddiviso in tre capitoli. Dapprima si riporterà lo stato dell'arte in tema di responsabilità nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale italiana, con particolare riferimento alla funzione della stessa, al ruolo della colpa e ai c.d. Danni Punitivi, con l'obiettivo iconoclasta di dimostrare l'inutilità di alcuni dogmi che si sono affastellati nel tempo. Poi si guarderà all'esperienza straniera, con spiccata attenzione al mondo angloamericano, al fine di cogliere suggerimenti e spunti da un ordinamento molto più legato al lato pratico del diritto ed alla prospettiva rimediale. In ultimo si proverà a tirare le fila del ragionamento proponendo una riflessione in chiave di analisi economica del diritto dell'istituto della responsabilità civile per poi concludere con le ultime (per ora) riflessioni di Guido Calabresi tramite gli strumenti del *Law and Economics*.

---

<sup>1</sup> La frase originale "if my fellow citizens want to go to Hell I will help them. It's my job." è stata rinvenuta in una lettera del giudice Holmes a Harold J. Laski, e riportata in *The Holmes-Laski letters*, 1953, I, Cambridge, p. 249.

<sup>2</sup> La frase originale "It is not our job to protect the people from the consequences of their political choices" è del Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti Jonh G. Roberts, ed è stata pronunciata in occasione del giudizio della Corte sull'Obamacare.

## CAPITOLO I

### I. Responsabilità civile: l'infinito tempo dell'esegesi.

Nel pieno degli anni '60 Rodotà già scriveva che per la materia della responsabilità civile non è mai finito il tempo dell'esegesi<sup>3</sup>. E vista la scarsità di riferimenti positivi nel sistema codicistico l'esegeta della responsabilità ha avuto spesso come oggetto di indagine le decisioni della magistratura, il che ha reso ardua una ricostruzione sistematica dell'istituto che facesse piena luce sull'*ubi consistam* della responsabilità civile.

L'uso promiscuo del termine *responsabilità* (nelle sue diverse declinazioni come *responsabile*, *rispondere* ecc.) - con il quale s'intendono concetti e situazioni profondamente differenti - ha portato parte della dottrina<sup>4</sup> a rilevare una certa «povertà di linguaggio» del legislatore codicistico. Pertanto pare opportuno ai nostri fini individuare alcuni caratteri fondamentali dell'istituto.

Innanzitutto si può affermare che il nostro codice civile con il termine *responsabilità* faccia sempre riferimento a un profilo patrimoniale. Ciò non vuol dire che il patrimonio sia il soggetto della responsabilità bensì è l'oggetto con cui si risponde. La responsabilità è una posizione giuridica della quale non può che essere investito un soggetto di diritto, cioè una persona in senso giuridico<sup>5</sup>.

È possibile rinvenire ipotesi affatto diverse di responsabilità nel nostro codice civile - tutte accomunate dal fatto che dalle stesse sorgano conseguenze di tipo patrimoniale - che possono essere raggruppate in quattro gruppi<sup>6</sup>.

In un primo gruppo di norme con il termine *responsabilità* s'intende l'assoggettamento di una persona o di una cosa a un potere di aggressione del creditore<sup>7</sup>. Le norme che evocano questa funzione di tutela del diritto del creditore

---

<sup>3</sup> RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, 1964, Milano, p. 29.

<sup>4</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 1958, Milano, p. 201.

<sup>5</sup> BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, 1953, Milano, p. 32.

<sup>6</sup> La suddivisione in quattro gruppi è di RODOTA', *Il problema*, cit. p. 44.

<sup>7</sup> BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. p. 33.

sono molte<sup>8</sup>. Il modello è rappresentato dall'art. 2740 c.c. ove la responsabilità sorge insieme all'obbligazione, cioè è già esistente sin dall'inizio come dimostrano i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale che mirano proprio a conservare l'oggetto della responsabilità<sup>9</sup>.

Un secondo gruppo di norme si riferisce alla responsabilità come al risultato eventuale o potenziale della violazione di obblighi specifici, determinati in base ad una situazione o ad un rapporto, concretamente assunti. Si pensi agli artt. 18, 22, 40, 41, 192, 197, 341, 382, 491, 531, 709, 789, 2392-2394, 2407, 2675, 2676, 2949 c.c. in cui da una specifica funzione o ufficio sorgono specifici obblighi, oppure si pensi agli artt. 1410, 1486, 1579, 1692, 1693, 1710, 1715, 1717, 1759, 1762, 1768, 1784, 1787, 1805, 1821, 1905, 1906, 1914, 1917, 1958, 2174 in cui è da certo rapporto che conseguono obblighi, o ancora agli artt. 1228, 1229, 2088, 2137 in cui è lo svolgimento di una determinata attività che genera obblighi. In tutte queste ipotesi non vi è una situazione attuale di responsabilità e pertanto l'ordinamento non attribuisce poteri a soggetti diversi dal potenziale responsabile precedentemente alla violazione dell'obbligo.

La terza categoria e la quarta categoria sono rappresentate rispettivamente dall'art. 1218 e dagli artt. 2043-2059 e alle note distinzioni tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Dall'analisi funzionale dei diversi gruppi di norme individuate dall'Autore è possibile mettere in luce caratteri differenti della responsabilità: nel primo gruppo di norme considerate «l'autonomia della situazione di responsabilità rispetto al rapporto obbligatorio, e quindi la sua attualità»; nel secondo gruppo si è di fronte all'imposizione di determinati obblighi; nel terzo e nel quarto caso la diversità si chiarisce intorno al diverso modo di fissazione del criterio per l'individuazione del soggetto responsabile<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Molte norme codicistiche che intendono la responsabilità in questa prospettiva riguardano le società, si pensi agli artt. 2267, 2269, 2304, 2313, 2325, 2356, 2462, 2472, 2513, 2514, 2615.

<sup>9</sup> NICOLO', *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, 1953, Bologna-Roma, p. 3.

<sup>10</sup> RODOTA', *Il problema*, cit. p. 50.

Si aggiunga poi che quelle testé citate sono categorie di derivazione codicistica, ma l'elenco potrebbe essere ampliato da altri modelli extracodicistici che si sono sedimentati nel tempo, basti pensare alle responsabilità di matrice giuslavoristica<sup>11</sup> o alla tutela della proprietà industriale<sup>12</sup>.

Ciò posto, risulta ardua l'opera di *reductio ad unum* dei diversi modelli di responsabilità civile se non inglobandoli in una categoria tanto ampia da risultare di nessuna utilità<sup>13</sup>. Preciso questo, si cercherà in questo lavoro di individuare, senza pretese di esaustività, un significato di responsabilità che funga da massimo comune denominatore dei diversi gruppi di norme citate, senza però sacrificare sull'altare della onnicomprensività dogmatica l'utilità pratica, consapevoli che tale sforzo avrà valenza circoscritta ai fini della nostra indagine e facendosi una ragione del fatto che il vigente sistema della responsabilità «è retto da regole variegata insofferenti ad ogni conato di unificazione o anche solo di omogeneizzazione»<sup>14</sup>.

Nel corso della storia si sono affastellate definizioni diverse: soggezione ad un obbligo<sup>15</sup>, sottoposizione a una sanzione<sup>16</sup>, il vincolo a «soportare le conseguenze che sono ricongiunte dal diritto all'atto proprio causalmente compiuto»<sup>17</sup>, ecc... A ben vedere però in tutti questi casi il concetto di responsabilità non sembra distinguersi da quello di obbligo. Ciò che invece rimane inespresso è il rapporto tra responsabilità e danno da una parte e tra responsabilità e obbligo dall'altra, *rectius* le condizioni di rilevanza giuridica del danno e le modalità di imposizione dell'obbligo. La sequenza cui si fa riferimento è, dunque, la seguente: evento dannoso, responsabilità, obbligazione di risarcimento. Ove la responsabilità gioca un ruolo decisivo da un lato come condizione della rilevanza giuridica dell'evento dannoso (l'illecito) e dall'altra come presupposto per il suo collegamento con un soggetto determinato.

---

<sup>11</sup> Solo per fare alcuni esempi particolari, si pensi, alla responsabilità solidale di committente e appaltatore per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'INAIL o, sempre nell'ambito di un contratto di appalto, alla responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore in relazione all'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi in favore dei dipendenti dell'appaltatore.

<sup>12</sup> Il riferimento è evidentemente all'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale che introduce un modello di matrice europea apparentemente estraneo alla tradizione giuridica nostrana.

<sup>13</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2006, Milano, p. 182.

<sup>14</sup> CARINGELLA, BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, VI, 2016, Roma, p. 1412.

<sup>15</sup> CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 1949, Milano, p. 167.

<sup>16</sup> RUBINO, *La responsabilità patrimoniale e il pegno*, 1952, Torino, p. 6.

<sup>17</sup> MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, V, 1948, Milano, p. 82.

Pertanto la definizione di responsabilità civile che si utilizzerà in questo lavoro consiste nel collegamento legale tra il danno subito da un soggetto (il danneggiato) e un secondo soggetto (il responsabile), per effetto del quale sorge un'obbligazione patrimoniale in capo al secondo di risarcire il primo.

## II. Dalle origini ad oggi

In epoca romana si configurava una responsabilità contrattuale quando il debitore poneva in essere un comportamento inadempiente di un obbligo di prestazione derivante dalla precedente stipulazione contrattuale; viceversa vi era responsabilità aquiliana nell'ipotesi di illecito di matrice penalistica.

Nel diritto romano, dunque, l'illecito aquiliano consisteva nel risvolto civilistico del delitto, tanto era evidente tale legame, che gli illeciti civili così generati venivano definiti *delicta* o *quasi delicta*, i primi consistevano in fattispecie penali che generavano obbligazioni risarcitorie di carattere civilistico (come il furto)<sup>18</sup>, mentre i secondi erano fatti senza rilevanza penale, ma assimilabili<sup>19</sup> a questi dal punto di vista della necessità della sanzione<sup>20</sup>.

Emerge, quindi, in modo lampante la netta linea distintiva tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana, dato che quest'ultima presupponeva l'integrazione di un illecito penale o comunque assimilabile a questo.

Nella sezione III, titolo IV, libro III, del Codice civile del 1865 vi è evidente traccia dell'impostazione romanistica; nella sezione dedicata alla responsabilità aquiliana si trovano infatti le locuzioni «delitto» e «quasi delitto».

---

<sup>18</sup> Nel diritto romano arcaico dominava, in materia di fatti illeciti, il principio di tipicità pertanto i *delicta* individuati erano soltanto il *furtum*, la *rapina*, l'*iniuria* e il *damnum iniuria datum*, così come riferisce Gaio in *Gai, Inst., 3, 182*.

<sup>19</sup> Con l'evoluzione giuridica ed economica, infatti, le quattro figure di *delicta* individuate dai giuristi arcaici si erano dimostrate insufficienti, pertanto erano state create nuove figure di illeciti, che pur non presentando alcuna distinzione dal punto di vista concettuale con i *delicta*, erano stati collocati nella categoria formalmente diversa dei *quasi delicta*.

<sup>20</sup> Si veda diffusamente BELLINI, *Delicta e crimina nel sistema quiritario*, 2012, Padova.

Sia nel sistema romano che nel Codice Pisanelli, passando per il Code Napoléon, la responsabilità *per delicta* o *quasi delicta* mirava a sanzionare civilmente la violazione di precetti posti da altre norme (generalmente norme penali incriminatrici di *delicta*). Ciò rendeva palese la funzione sanzionatoria della responsabilità aquiliana<sup>21</sup>. L'art. 1151 del Codice civile del 1865 recitava che “*qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*”, pur non rinvenendosi in tale locuzione il termine «*ingiusto*», era pacifico che tale aggettivo avrebbe dovuto colorare il «fatto dell'uomo» e non il danno. Ciò in quanto, come detto, la responsabilità aquiliana consisteva nella norma generale del *neminem laedere* intesa come riassuntiva degli specifici doveri posti in altre parti dell'ordinamento, la cui violazione rendeva appunto il fatto dannoso ingiusto.

Come è noto, il codice del '42 riferisce l'aggettivo ingiusto non al fatto ma al danno, sembrando superare la concezione sanzionatoria della responsabilità aquiliana. Cionondimeno il testo dell'art. 2043 c.c. ha continuato per anni ad essere considerato, alla stregua del precedente art. 1151, una norma sanzionatoria destinata a far corpo con tutte le altre proposizioni che comandano o vietano determinati comportamenti. Pertanto la violazione colpevole di un precetto contenuto in una norma dell'ordinamento che produceva un danno obbligava chi l'aveva commessa a risarcire il danneggiato. Come è facile notare, si legge una ispirazione penalistica in tale concezione della responsabilità, che mette al centro la colpa come condizione per l'imputazione della responsabilità per fatto illecito all'autore della condotta violativa delle norme primarie che impongono o vietano determinati comportamenti.

I tratti salienti nell'interpretazione primigenia del sistema delineato dagli art. 2043 e ss. erano così riassumibili: “funzione sanzionatoria della responsabilità tradizionalmente detta extracontrattuale (nell'intento di contrapporla a quella contrattuale) o aquiliana; monopolio della colpa come fonte di tale responsabilità; limitazione della tutela ai soli diritti soggettivi assoluti patrimoniali in una visione che riferisce l'ingiustizia non al danno ma al fatto dannoso.”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> L'art. 1382 del Code Napoleon recita “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”, nel Codice civile italiano del 1865, all'art. 1151 si trova la trasposizione della medesima norma.

<sup>22</sup> Sintesi di CARINGELLA, BUFFONI, *Manuale cit.* p. 1382.

L'evoluzione del pensiero giuridico sviluppatasi nel corso degli anni sessanta e settanta ha via via messo in dubbio la funzione sanzionatoria della responsabilità civile riconoscendo all'art. 2043 una vera e propria funzione precettiva. Pertanto tale norma non veniva più vista come fondamento per la punizione dovuta alla violazione di altre prescrizioni a tutela di diritti soggettivi, ma come norma essa stessa attributiva di un nuovo e autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno in favore di chi subisce una intrusione illecita nella propria sfera giuridica<sup>23</sup>.

Così intesa la responsabilità, il passaggio consequenziale consiste nel riferire, come la lettera della norma d'altronde suggeriva, l'aggettivo ingiusto al danno e non al fatto dannoso. Ma se, come detto, è il danno a dover essere ingiusto e non invece il fatto, inteso come la condotta del danneggiante, se ne ricava che la colpa non è un criterio irrinunciabile di imputazione della responsabilità ma che ve ne possono essere di alternativi. La colpa quindi finisce per essere un criterio né sufficiente né necessario per far scaturire un obbligo risarcitorio: insufficiente in quanto un fatto colposo può non generare un danno ingiusto e non necessario in quanto vi possono essere criteri d'imputazione di un danno ingiusto di stampo oggettivistico<sup>24</sup>. Quindi un sistema della responsabilità, *sit venia verbo*, "deeticizzato" dalla funzione sanzionatoria legata alla colpa, si rivela essere semplicemente un criterio per traslare il peso economico del danno da un soggetto ad un altro.

### **III. I tentativi di ricostruire il sistema della responsabilità**

Giunti ad affermare che la colpa non sia un carattere necessario della responsabilità civile e che questa altro non è che un criterio di imputazione del peso economico di danni ingiusti, è opportuno domandarsi in cosa debbano essere ricercate le ragioni della nuova visione dell'art. 2043 c.c..

---

<sup>23</sup> A ben vedere tale impostazione era ricavabile già nella relazione del Guardasigilli al Codice civile al punto 267 ove si legge «perché il fatto doloso o colposo sia fonte di responsabilità occorre che esso produca un danno ingiusto. Si precisa così, conferendo maggiore chiarezza alla norma di cui all'art. 1151 del Codice civile del 1865, che culpa e injura sono concetti distinti»

<sup>24</sup> Per quanto riguarda la giurisprudenza abbiamo la completa definizione di quanto si sta riportando in diversi passaggi cruciali della notissima sentenza Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, I, p. 274.

Come sempre accade, il diritto nasce dalla realtà e le norme giuridiche, con le relative interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali, non sono che la positivizzazione di regole di carattere storico-sociale.

L'affermarsi di più frequenti e nuove occasioni di danneggiamento connesse con il carattere industriale della società, lo sviluppo di danni anonimi o sproporzionati, il proliferare di sistemi assicurativi hanno messo in crisi l'idea romanistica basata sulla colpa dell'autore del danno per spostare l'attenzione sulla vittima sollevandola dal peso economico ingiustamente patito con il danno.

«La critica della concezione tradizionale (che vede nel risarcimento la sanzione di un illecito) conduce a ricostruire la funzione della responsabilità civile intorno alla riparazione del danno ingiusto. Si coglie così un elemento essenziale per una moderna visione dell'istituto, segnato da un processo storico di trasformazione, da mezzo per la prevenzione e la sanzione del comportamento riprovevole dell'agente, a strumento che consenta di risarcire, nel maggior numero dei casi, la vittima del danno»<sup>25</sup>.

Si può allora tentare di dare una definizione della natura e della funzione della responsabilità civile nel senso che il concetto di responsabilità civile corrisponde a quella situazione giuridica in base alla quale un soggetto è chiamato a risarcire il danno prodotto ad un altro soggetto in base e nella ricorrenza di criteri normativi di imputazione<sup>26</sup>.

Pertanto deve respingersi quell'impostazione che vuole che la responsabilità civile sia personale<sup>27</sup> e soggettiva. Basti pensare alla circostanza che nella responsabilità civile vige il principio di trasmissibilità agli eredi delle obbligazioni conseguenti all'illecito civile del dante causa, oppure alle numerose ipotesi codicistiche e non di responsabilità senza colpa o per fatto altrui, o ancora all'irrilevanza dell'atteggiarsi dell'elemento soggettivo nel determinare il *quantum* del risarcimento.

Contrapposta a questa interpretazione, nel corso degli anni, si è sviluppata una concezione oggettivistica della responsabilità. Tale teoria ha tentato di proporre un

---

<sup>25</sup> SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, p. 1187.

<sup>26</sup> ANNUNZIATA, *La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta*, 2008, Padova, p. 5.

<sup>27</sup> Nel nostro ordinamento si trovano modelli soggettivistici della responsabilità in ambito penale e in ambito contabile-amministrativo. In ambito civile si trova uno dei maggiori sostenitori della visione soggettivistica, e verrebbe da dire etica, della responsabilità civile in CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, 1966, Padova.

principio unificatore, da porre a fondamento giustificativo dell'imputazione della responsabilità scisso dalla colpa. Così si è parlato di teoria del rischio con valorizzazione del vecchio brocardo *cuius comoda eius et incommoda*, di teoria del rischio-profitto, di teoria del pericolo, di equità nella ripartizione dei danni tra i consociati<sup>28</sup>.

Senonché, il tentativo non può dirsi riuscito in quanto ciascuna delle tesi prospettate può essere validamente assunta rispetto ad una fattispecie e non essere, invece, applicabile ad altre ipotesi.

Pertanto si deve concludere con le parole del Salvi che sottolinea come *“leggere la problematica odierna della responsabilità in termini di conflitto o alternativa tra due principi, la colpa e l'imputazione oggettiva, rischia di essere improduttivo.”*<sup>29</sup>

Ma se quindi tali criteri di imputazione prescindono da una valutazione sia di tipo soggettivo che di tipo oggettivo, o meglio, in maniera non unitaria, di volta in volta, attingono all'uno o all'altro criterio, l'indagine giuridica è più utile che si soffermi sugli interessi economici sottostanti, procedendo a una costante verifica della concreta realizzabilità delle diverse soluzioni astrattamente ipotizzabili e della loro incidenza sulla società<sup>30</sup>.

#### **IV. Le ragioni di una trattazione unitaria della responsabilità contrattuale e ed extracontrattuale**

A questo punto della trattazione è opportuno precisare che in questo lavoro non si farà distinzione, quantomeno dal punto di vista ontologico, tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale.

Come è noto la responsabilità contrattuale sorge a seguito di un inadempimento, cioè a seguito della violazione di un preesistente obbligo specifico assunto nei confronti di un determinato soggetto (il creditore), mentre la responsabilità aquiliana viene

---

<sup>28</sup> Importantissimo sostenitore delle tesi oggettivistiche è SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Nss. D.I.*, XV, 1968, p. 635.

<sup>29</sup> SALVI, *Responsabilità extracontrattuale cit.* p.1221.

<sup>30</sup> Il riferimento è ovviamente all'analisi economica del diritto ed in particolare BOWLES, *Diritto e economia*, (trad. it. a cura di ALPA), 1985, Bologna, p. 165 e ss.

ricollegata all'inosservanza del generico dovere del rispetto dell'altrui diritto (il c.d. *neminem laedere*). La distinzione è quindi, come si vede, nel momento genetico della violazione del dovere giuridico: da un lato l'obbligo specifico preesistente nei confronti del creditore, dall'altro il dovere generale di astensione verso i consociati. Il dato che accomuna le due responsabilità è costituito dal rimedio principale che per entrambe è il risarcimento del danno.

Mentre si rinvenivano numerose differenze in termini di disciplina tra i due modelli di responsabilità<sup>31</sup>, non si colgono altrettante differenze circa il fondamento degli stessi. Infatti la dottrina, già sul finire degli anni '70, si chiedeva se non fosse giustificata una trattazione unitaria della responsabilità civile<sup>32</sup>.

E' accaduto però che nell'evoluzione delle interpretazioni sia prevalsa la tendenza a mettere in risalto le differenze di regime<sup>33</sup> trascurando le analogie dei profili sostanziali. Ed è poi curioso notare come una parte attenta della dottrina<sup>34</sup> abbia rilevato che nel settore della responsabilità aquiliana in cui il codice sembrava dare maggior rilievo al profilo soggettivo si è affermato sempre di più il criterio della responsabilità oggettiva; mentre il settore che il codice sembrava ancorare prevalentemente a criteri di responsabilità oggettiva<sup>35</sup> - quello contrattuale - è stato ricondotto su basi soggettive<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Si pensi all'onere della prova, che nel caso della responsabilità contrattuale è limitato alla prova del titolo e che invece nel caso della responsabilità aquiliana copre tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, alla prescrizione, decennale per l'azione contrattuale e quinquennale in quella extracontrattuale, alla quantificazione del danno risarcibile che nella responsabilità contrattuale è limitato ai soli danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, o alla mora del debitore che nella responsabilità per inadempimento richiede un atto di intimazione scritta mentre in quella extracontrattuale è *ex re*.

<sup>32</sup> SBISA', *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?* in *Resp. Civ.*, 1977, p. 723, e BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. Civ.*, 1977, p. 748.

<sup>33</sup> Deciso esponente della affermazione della divisione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale è CASTRONOVO, *sub art. 1176*, in *Commentario al codice civile*, diretto da CENDON, IV, 1991, Torino. In realtà l'autore ritiene che l'equivoco si annidi nel fatto di identificare la responsabilità aquiliana in responsabilità per colpa così come la responsabilità per inadempimento quando invece la colpa è solo uno dei criteri di imputazione CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2006, Milano, p. 449.

<sup>34</sup> SBISA', *Responsabilità cit.*, p. 725.

<sup>35</sup> Le tesi oggettivistiche della responsabilità si devono a OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Borsi*, 1955, Padova p. 269, secondo il quale si ha liberazione del debitore solo in caso di impossibilità oggettiva, che deve riguardare la prestazione in quanto tale, e assoluta cioè non vincibile dalle forze umane.

<sup>36</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 1952, Milano, parte I, tomo 2.

Le ragioni della spinta alla separazione dei due tipi di responsabilità sono state rinvenute in diverse motivazioni che però non riescono ad appagare totalmente.

Si è pensato che la spinta verso la responsabilità oggettiva in campo extracontrattuale fosse da rinvenirsi nell'utilizzazione del contratto di assicurazione, cioè nel fatto che il costo dei danni prodotti da attività che vengono autorizzate per la loro utilità sociale malgrado il rischio che producono per la collettività, può essere addossato a chi è nelle condizioni migliori per calcolarlo. Ma, invero, ciò non giustifica la mancata considerazione unitaria dei due sistemi di responsabilità. Perché, come dottrina attenta fa notare<sup>37</sup>, “il problema è quello di razionalizzare i costi connessi alla creazione di rischi leciti e non importa se essi, a livello teorico, vengano inquadrati nell'uno o nell'altro tipo di responsabilità. Si assicura il danno, non la sua definizione dogmatica”. Inoltre anche in materia contrattuale c'è esigenza di razionalizzare i costi dell'inadempimento anche attraverso meccanismi di responsabilità oggettiva.

Un'altra spiegazione è stata cercata nel fatto che in materia contrattuale le parti possono prevedere e discutere le vicende connesse all'attuazione del rapporto e quindi l'esigenza di fissare criteri astratti e oggettivi si rinverrebbe solo in materia extracontrattuale.

Anche tale argomentazione, però, finisce per scontrarsi con la constatazione che la trattativa individuale non vale per tutta quella massa di rapporti in cui in concreto manchi questa possibilità, si pensi ai contratti consumeristici o di intermediazione finanziaria.

Anche il fatto che in materia aquiliana il confronto sia tra rischio d'impresa e interessi individuali, mentre in campo contrattuale sarebbe più simmetrico, si scontra con la realtà, basti pensare alle teorie sulla asimmetria nei contratti che hanno posto in fortissimo dubbio il dogma della volontà contrattuale.

Pertanto non paiono rinvenirsi ragioni che impongano una trattazione separata dei due rami della responsabilità civile.

---

<sup>37</sup> SBISA<sup>2</sup>, *Responsabilità cit.*, p. 725.

Ciò che si intende dire è che, ai fini di questo lavoro, tanto la responsabilità contrattuale che quella extracontrattuale verranno identificate con il criterio di imputazione delle conseguenze economiche di un danno.

D'altronde uno sforzo per condurre la responsabilità civile a un modello unitario ha un padre nobile come Carnelutti il quale, nel negare che l'*alterum non laedere* sia in sé un dovere, lo definì “sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri”<sup>38</sup>. Da questo assunto l'illustre autore ricavava appunto l'identità di natura delle due responsabilità con la conclusione che “la differenza è dunque tutta esteriore e attiene solo alla struttura delle norme, mediante le quali l'obbligo è imposto e il diritto riconosciuto”<sup>39</sup>.

Posto, come si è tentato di spiegare nei paragrafi precedenti, che il fondamento della responsabilità civile non è rinvenibile né nelle teorie soggettive che innalzano la colpa a regina indiscussa della responsabilità, né nelle teorie oggettive che fanno leva esclusivamente sul concetto di rischio d'impresa, si andranno ad analizzare sincronicamente e diacronicamente le diverse funzioni che la responsabilità civile ha perseguito e persegue.

## **V. La responsabilità civile nel sistema rimediale**

Nonostante gli sforzi copiosi della dottrina per cercare una funzione precipua della responsabilità civile, ad oggi non troviamo una risposta univoca, tanto che di recente Busnelli ha affermato che “la ricerca di una nuova collocazione dell'illecito civile nel sistema della responsabilità è un compito irrinunciabile per il civilista italiano”<sup>40</sup>.

D'altra parte questo istituto, più degli altri, ha stimolato la fantasia degli interpreti del diritto, basti pensare al fatto che alla responsabilità siano stati accostati i lemmi più impensabili: dal «trionfo» all'«eclissi» passando per il «tramonto» e addirittura la

---

<sup>38</sup> CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 744.

<sup>39</sup> CARNELUTTI, *Sulla distinzione cit.*, p. 744.

<sup>40</sup> BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 e ss.

«morte» della stessa, o narrandone le vicende essenziali descrivendole con la figura del «paradosso» o della «commedia»<sup>41</sup>.

Nello specifico, il dibattito sembra essersi assestato su due posizioni principali: coloro che ritengono che la responsabilità abbia una funzione compensativo-riparatoria e coloro che pensano che, oltre a questa funzione, ve ne sia anche una deterrente-sanzionatoria (auspicata in particolare da chi vorrebbe l'introduzione dei *punitive damages* nel nostro ordinamento)<sup>42</sup>.

Circa l'analisi funzionale della responsabilità si ripercorreranno le principali impostazioni cui è giunta la dottrina<sup>43</sup> al fine di tentare una critica ad ogni singola impostazione per giungere all'affermazione dell'irrelevanza della funzione sul piano dogmatico.

Ma prima di ciò è opportuno ribadire che la responsabilità civile, nel sistema del diritto civile, costituisce uno strumento di rimedio nel caso di lesione di diritti<sup>44</sup> o comunque di danni, che si affianca ad altri strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento.

In particolare il sistema della responsabilità civile si trova a convivere con istituti rimediali differenti, si pensi alla tutela possessoria, alle invalidità che colpiscono i negozi, alla tutela inibitoria, alle azioni a tutela della proprietà ecc...

Non è oggetto di questa tesi lo studio dei difficili rapporti e delle interferenze che si trovano tra sistemi rimediali differenti, come per esempio il caso del possessore che spogliato del proprio bene agisca sia *ex art. 1168 c.c.* sia *ex art. 2043 c.c.*, oppure il caso della violazione di regole di comportamento e di regole di validità<sup>45</sup>,

---

<sup>41</sup> Le diverse definizioni sono state raccolte da BUSNELLI, PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 2013, Torino, p. 147, ed ivi gli Autori hanno descritto le vicende della responsabilità civile così: "Un corso d'acqua, alimentato da un'antica sorgente, attraversa un ampio territorio condizionandone lo sfruttamento economico. Col passaggio ad un'economia agricola di sostentamento a un sempre più intenso sviluppo industriale, il flusso d'acqua si rivela insufficiente; si che gli esperti si ingegnano, con la costruzione di dighe, canali e altri manufatti, al fine di meglio utilizzare e distribuire la scarsa acqua disponibile. Ma, improvvisamente, il corso d'acqua s'ingrossa, per il confluire di una serie di rivoli limacciosi provenienti da nuove polle. Ecco che, allora, gli esperti sono chiamati ad un'opera di contenimento delle acque, onde scongiurare straripamenti e alluvioni."

<sup>42</sup> PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461; PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazioni del "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, p. 341.

<sup>43</sup> Ci si riferisce agli orientamenti che rispettivamente vedono nella responsabilità civile una funzione compensatoria, satisfattiva, solidaristica, deterrente e sanzionatoria.

<sup>44</sup> Il termine «diritti» è utilizzato in senso ampio e atecnico.

<sup>45</sup> Il caso celebre è quello risolto dalla Sezione Unite in tema di intermediazione finanziaria, v. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Il civilista*, 2009, 10, p. 100.

cionondimeno è opportuno constatare come la responsabilità civile, lungi dall'essere solo un sistema di composizione degli interessi tra privati, si ponga come strumento di tutela di diritti, che, insieme ad altri strumenti, fornisce un meccanismo giuridico per raggiungere interessi di natura pubblica.

Basti dire in questa sede che è comunque necessaria una rigorosa ripartizione tra responsabilità civile e altri strumenti di protezione degli interessi lesi non solo per ragioni di rigore concettuale, ma soprattutto per “non appiattare in una prospettiva di equivoca indistinzione tra reazione all'illecito e responsabilità civile strumenti ben distinti tra loro.”<sup>46</sup>

In ultima analisi è necessario «sapere che cosa si vuol fare con la responsabilità civile, e come essa funziona in pratica, nel processo concreto amministrato attraverso le Corti di giustizia»<sup>47</sup>.

Ed è proprio questo il tema che si vuole sviscerare con questo lavoro: in che modo ci si può servire della responsabilità civile.

Ma prima passeremo in rassegna gli orientamenti che si sono affastellati nel continuo tentativo di trovare una funzione preminente alla responsabilità.

## **VI. Le funzioni della responsabilità civile**

Mentre la giurisprudenza sembrava, prima delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017<sup>48</sup>, accogliere in modo pressoché granitico l'orientamento che vede nella responsabilità civile una funzione preminente di tipo compensatorio<sup>49</sup>, in dottrina si rinvenivano numerose interpretazioni contrastanti<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> BUSNELLI, PATTI, *Danno e responsabilità civile cit.*, p. 184.

<sup>47</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, 1998, Torino, p. 14.

<sup>48</sup> Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

<sup>49</sup> Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609; Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1890.

<sup>50</sup> PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, 1996, Bologna, p. 9; SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, 1985, Napoli, p. 85; CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, 1975, Milano, p. 47; ALPA, *Responsabilità civile e danno*, 1992, Bologna, p. 53; FRANZONI, *Fatti Illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004, p. 663 e ss.

In tale trattazione non ci si soffermerà sulle sottocategorie della funzione compensativa, basti dire che con questa espressione si intendono tutti i casi in cui il risarcimento sia in rapporto con quanto è stato perso dalla vittima in occasione del danno. Pertanto si parlerà di funzione compensativa con significato riparatorio, reintegrativo, satisfattivo. L'impostazione di Monateri individua tre funzioni principali della responsabilità civile: la funzione compensativa, la funzione sanzionatoria e la funzione preventiva<sup>51</sup>. Ma a ben vedere la funzione sanzionatoria e la funzione preventiva nelle ricostruzioni di diversi autori finiscono per avere non poche sovrapposizioni, pertanto si ritiene più utile parlare in generale di funzione di deterrenza con ciò inglobando sia la funzione preventiva che quella sanzionatoria. Oltre queste funzioni principali se ne possono rinvenire altre che, a giudizio di chi scrive, finiscono per essere superfetazioni<sup>52</sup>.

Compensare vuol dire rimuovere un danno, per il tramite di un meccanismo che, inizialmente, è stato ritenuto alla stregua di un'ottica di scambio. Al vuoto costituito dalla risorsa sottratta al danneggiato si risponde colmando quel vuoto attraverso la risorsa pecuniaria. La comparazione è tra valori di scambio<sup>53</sup>.

Il risarcimento del danno ha da sempre una funzione riparatoria, che lo distingue dalla pena: la pena è lieve o grave a seconda che la violazione del diritto sia lieve o grave; il risarcimento è più o meno rilevante a seconda che il danno sia piccolo o grande<sup>54</sup>.

Se quindi la funzione compensativa si basa sul ripristino della condizione patrimoniale in cui la vittima si trovava prima dell'illecito, il limite del risarcimento è costituito dal danno stesso.

---

<sup>51</sup> MONATERI, *La responsabilità civile cit.*, p. 19.

<sup>52</sup> Ad esempio ALPA, *La responsabilità civile, parte generale*, in *Nuova Giurisprudenza di diritto civile e commerciale* (ALPA, BRECCIA, BONILINI, CARINCI, CONFORTINI, IANNARELLI, SESTA, COTTINO, CAGNASSO a cura di), 2010, Assago (MI), p. 159 e ss., individua quattro funzioni della responsabilità: a) la funzione di reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti ai quali il danno è stato recato; b) la funzione di ripristinare lo *status quo ante* nel quale il danneggiato versava prima di subire il pregiudizio; c) la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio (o punitivo) dello stato; d) la funzione di deterrente per chiunque intenda compiere atti o svolgere attività da cui possono derivare effetti pregiudizievoli per i terzi. A ben vedere però non pare esserci una distinzione rilevante tra la funzione *sub a*) e quella *sub b*), infatti tale divisione sembra non cogliere l'aspetto funzionale ma la modalità con la quale la compensazione deve avvenire, tant'è che lo stesso Autore *idem* p. 162 riconosce in realtà le funzioni possono essere ridotte a due: compensative e deterrente.

<sup>53</sup> DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, II, p. 289 e ss.

<sup>54</sup> ZATTI, FUSARO, *Diritto privato*, 2017, Assago (MI), p. 279.

Ormai da tempo, per la quantificazione del danno, si è imposta la c.d. teoria differenziale<sup>55</sup>, secondo la quale il danno va quantificato secondo un giudizio ipotetico che prende in considerazione il patrimonio del soggetto leso prima e dopo l'inadempimento. La differenza consiste nel danno.<sup>56</sup>

La dottrina si è poi interrogata se il principio di integrale riparazione del danno sofferto avesse o meno copertura costituzionale. C'è chi ha sostenuto che l'integrale riparazione del danno differenzierebbe la responsabilità civile per illecito dai ristori di natura indennitaria<sup>57</sup>.

Senza volersi addentrare nelle problematiche relative alla *undercompensation* e alla *overcompensation*, fenomeni patologici che spesso si verificano a causa di storture del sistema, qui ci occuperemo di chiarire se l'integrale risarcimento del danno ha copertura costituzionale.

Innanzitutto è chiaro che scopo del principio in parola è rimettere il danneggiato nella stessa posizione in cui si trovava prima della commissione del fatto illecito. Ponzanelli afferma che “[il fatto illecito] non può costituire un'occasione di arricchimento per il danneggiato (e simmetricamente una punizione per il danneggiante) o un suo impoverimento (e simmetricamente un arricchimento per il danneggiante). Riparazione integrale significa, cioè, che il danneggiato ha diritto ad una somma di denaro idonea a coprire sia il danno emergente sia il lucro cessante, ma niente di più, essendo estranea alla funzione della responsabilità civile quella di punire il danneggiante.”<sup>58</sup>

La dottrina è ormai concorde nel ritenere che non vi sia copertura costituzionale di tale principio, e ciò emergerebbe da alcuni dati positivi. Il primo di questi consiste

---

<sup>55</sup> BIANCA, Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), Commentario del codice civile, p. 1979, Bologna – Roma, 181 e ss.; SALVI, voce «Risarcimento del danno» in Enc. dir., XL, 1989, Milano, p. 1087.

<sup>56</sup> In realtà il nostro ordinamento accoglie la c.d. *Differenzhypothese* con alcuni correttivi. Il fatto storico dell'inadempimento (nella responsabilità contrattuale) in base ad un criterio meramente naturalistico cagiona una serie di conseguenze economiche anche anormali ed imprevedibili che il legislatore ritiene di non risarcire.

<sup>57</sup> PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Responsabilità civile e sicurezza sociale*, 1992, Napoli.

<sup>58</sup> PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, BUSSANI (a cura di), 2006, Napoli, p.68, per la verità non si concorda con quanto l'Autore mette tra parentesi, infatti l'arricchimento per il danneggiato non comporta necessariamente una punizione per il danneggiante né tantomeno l'impoverimento del danneggiato porta a un arricchimento del danneggiante.

nella limitazione posta in tema di disciplina generale delle obbligazioni dall'art. 1229 c.c., secondo il quale "è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave". Da tale norma è facile dedurre che, invece, per colpa non grave sia possibile limitare la responsabilità del debitore e quindi derogare al principio di integrale riparazione del danno. La costituzionalità di questa disposizione, per vero, non è mai stata posta in dubbio, ed anzi, una parte degli interpreti ha provato a ritenere che essa stessa fosse l'esplicazione di un principio costituzionale che impone l'integrale riparazione del danno in caso di colpa grave o di dolo.

In realtà indicazioni positive della possibilità del legislatore di introdurre deroghe al principio di integrale riparazione del danno, e di conseguenza la mancanza di copertura costituzionale dello stesso, sono molte, si pensi, solo per fare un esempio, alle limitazioni del risarcimento previste in tema di trasporto su strada, per mare o aereo.

Caso emblematico è stato poi posto alla Corte costituzionale di recente con quattro ordinanze di rimessione circa la legittimità costituzionale dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni<sup>59</sup>. Anche in quel caso, la Corte ha ribadito il proprio orientamento costante e uniforme che ha negato copertura costituzionale al principio di integrale riparazione del danno.

D'altronde, come sottolineato da una dottrina molto attenta<sup>60</sup>, il principio di integrale riparazione del danno solleva non facili problemi perché un danno integralmente riparato potrebbe non essere il miglior strumento di deterrenza economica.

La funzione di "deterrenza", e quindi di inibizione della riproposizione dell'illecito, e di "sanzione", dunque punitiva, è finalizzata a colmare quel vuoto che il disvalore sociale dell'illecito commesso aveva creato e che non poteva considerarsi eliminato con il semplice trasferimento del costo dell'illecito dalla vittima all'autore dell'illecito<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Corte cost. 16/10/2014, n. 235 in *NGCC*, 2015, II, p. 172, con nota di CUOCCHI.

<sup>60</sup> PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale cit.*, p. 74.

<sup>61</sup> ALPA, BESSONE, *I fatti illeciti*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIV, 1999, Torino, p. 42.

Tale funzione è richiamata anche dai Principi di diritto europeo sulla Responsabilità civile, infatti l'art. 10:101, rubricato "Natura e scopo del risarcimento dei danni", dopo aver disposto che «il risarcimento dei danni consiste nel pagamento di una somma di denaro per rimettere il danneggiato nei limiti in cui il denaro possa, nella posizione che avrebbe occupato se l'illecito non fosse stato commesso», conclude affermando che: «il risarcimento dei danni ha anche per scopo la prevenzione del danno».

È chiaro che in tanto un soggetto può essere disincentivato dal compiere una determinata azione in quanto la sua responsabilità è legata all'accertamento di una sua colpa<sup>62</sup>.

È inutile cercare una qualsivoglia finalità preventiva degli illeciti in quelli retti da un criterio di imputazione oggettivo della responsabilità. Se la scelta del legislatore è andata nel senso di escludere rilievo alla qualità della condotta dell'autore o addirittura di escludere alcun ruolo alla condotta del responsabile, come nel caso del proprietario dell'edificio di cui all'art. 2053 c.c., ciò significa che egli ha inteso favorire l'intento di soddisfare la vittima del danno con il risarcimento<sup>63</sup>.

Di una finalità preventiva della responsabilità civile si può ragionare in alcune ipotesi soltanto: quando la colpevolezza assume un carattere di spicco fra gli altri elementi della fattispecie. Si pensi a tutti gli illeciti che richiedono il dolo o la colpa grave e quando il legislatore introduce una deroga alla regola della solidarietà di cui all'art. 2055 c.c. poiché, talvolta, con questa tecnica si finisce per valorizzare di più l'elemento soggettivo dell'illecito.

Inoltre, ove si tenga presente che il modello risarcitorio compensativo, come detto, debba incontrare come limite il risarcimento il danno, ne risulta che il danneggiato avrebbe la sicurezza di non dover subire un sacrificio maggiore di quello cui è andato incontro il soggetto danneggiato. Ove ciò si metta in discussione aumentando il livello di quanto viene posto a carico del danneggiante, si eliminerebbe a priori ogni possibile

---

<sup>62</sup> Come si vedrà nel capitolo III, in realtà anche la responsabilità oggettiva spinge il potenziale danneggiante a predisporre misure di prevenzione volte ad evitare il danno.

<sup>63</sup> FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, 4, p. 294.

convenienza nella scelta dell'alternativa tra il commettere o no l'illecito. Così verrebbe tolto spazio alla valenza compensativa e aumentato l'effetto di deterrenza<sup>64</sup>. Basti vedere l'art. 125 del codice della proprietà industriale<sup>65</sup>, con riguardo al risarcimento del danno, ove vengono conteggiati “*i benefici realizzati dall'autore della violazione*” per avvedersi del fatto che in questa ipotesi il risarcimento può superare il danno.

Ecco quindi un'altra condizione che si deve individuare per poter parlare di finalità deterrente: il risarcimento del danno deve essere maggiore del danno.

La finalità più specificamente sanzionatoria invece costituisce un modello finalizzato a punire l'autore di un illecito. Pur con il proliferare di danni non riconducibili al comportamento del singolo che hanno segnato il tramonto della concezione etica della responsabilità civile, autorevole dottrina ha comunque ritenuto che la funzione primaria della responsabilità sia di tipo sanzionatorio<sup>66</sup>.

Vi è da dire che gli aspetti punitivi della responsabilità civile sono tendenzialmente propri di società dove si avverte un forte potere accentratore dello stato oppure in ordinamenti in cui la disciplina penale si confonde con la disciplina civile e pertanto non è netta la distinzione tra “pena” e obbligo di risarcimento<sup>67</sup>.

In ogni caso è evidente che il concetto stesso di punizione sia intimamente collegato a forme di responsabilità soggettive e, in ultima analisi, al concetto di colpa.

Attualmente, si possono scorgere aspetti punitivi in talune norme che prevedono espressamente un risarcimento superiore alla perdita in concreto subita dalla vittima.

---

<sup>64</sup> DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi cit.*, p. 307.

<sup>65</sup> L'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale recita: “*Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.*”

*La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.*

*In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento.”*

<sup>66</sup> BIANCA, *Diritto civile, V La responsabilità*, 2012, Milano, p. 557; in realtà l'Autore è chiaro nel ritenere che nel nostro ordinamento non vi sia spazio per responsabilità di carattere punitivo intendendo con l'espressione “funzione sanzionatoria” in realtà una sintesi della funzione compensativa e deterrente.

<sup>67</sup> ALPA, *La responsabilità civile, cit.* p. 161.

Si pensi, a tal riguardo, al caso degli interessi per il ritardo nel pagamento dei debiti derivanti da transazioni commerciali o alla disciplina della locazione di immobili urbani ad uso diverso dall'abitativo o ai modelli normativi rinvenibili negli artt. 96, 614-bis e 709-ter cod. proc. civ., nell'art. 129-bis cod. civ..

## **VII. Il dibattito della giurisprudenza sulla funzione della responsabilità: i danni punitivi**

A questo punto della trattazione è necessario dar conto della posizione della giurisprudenza circa la funzione della responsabilità civile, e lo si farà ripercorrendo i passaggi logici principali della sentenza delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601.

La questione si è posta in relazione ai seguenti fatti: un motociclista, Charles Duffy, durante una gara di motocross, perdeva il controllo della moto e cadeva procurandosi lesioni gravissime e danni permanenti. Lo stesso indossava un casco prodotto dalla società italiana AXO e importato negli USA dalla società NOSA inc. con sede in Florida (USA). La famiglia di Charles Duffy intentava causa a NOSA sostenendo un difetto di fabbricazione del casco che non lo rendeva adatto agli usi destinati chiedendo il risarcimento del danno per le lesioni riportate dal motociclista. Nosa provvedeva alla chiamata in garanzia della società italiana AXO.

Con sentenza del 23 settembre 2008 della Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward Count (Florida), confermata in appello dal District Court of Appeal of the State of Florida, veniva condannata la società italiana AXO Sport spa a pagare la somma di 1.436.136,87 dollari oltre interessi come risarcimento del danno. Il 14 gennaio 2009 e poi il 13 ottobre 2010 venivano liquidate ulteriori somme di denaro a titolo di interessi e refusione dei costi.

Nel mentre, la società NOSA accettava una proposta transattiva del motociclista e il giudice americano riteneva che la stessa dovesse essere manlevata da AXO.

NOSA, nel 2014, otteneva dalla Corte di Appello di Venezia il riconoscimento delle sentenze pronunciate negli Stati Uniti. La AXO ricorreva per Cassazione sulla base di

tre motivi. Il terzo motivo, in particolare, denunciava la violazione dell'art. 64 della L. 218 del 1995 in quanto la Corte d'Appello di Venezia non avrebbe ravvisato che la sentenza della Corte USA riguardava un indennizzo corrisposto al danneggiato anche a titolo di danni punitivi, perché la transazione tra NOSA e il motociclista fissava l'importo "a titolo di composizione integrale di tutte le pretese risarcitorie del sig. D., comprese quelle per *punitive damages*".

La Prima sezione della Cassazione, con ordinanza 9978/2016 rimetteva la causa al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite al fine della risoluzione del problema di compatibilità con l'ordine pubblico di sentenze straniere di condanna a danni punitivi.

In realtà, come rilevato da parte della dottrina, sul punto non vi era affatto un contrasto di opinioni all'interno della Cassazione<sup>68</sup>. In effetti, nelle due volte in cui la Prima Sezione aveva affrontato la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale di decisioni americane di condanna a danni punitivi (anche se si trattava di provvedimenti emessi da giurie, privi, come tali, di qualsiasi motivazione e indicanti la sola somma di condanna), non si avevano avuti molti dubbi nel giudicare non delibabili tali decisioni, sull'assunto che la riparazione rappresenta l'unico fine della responsabilità civile e che altri compiti, quali ad esempio la punizione e/o la deterrenza, sono estranei al corpo della responsabilità civile<sup>69</sup>.

Ha stupito non poco l'ordinanza della Prima sezione, in quanto il caso deciso dalla medesima sezione nel febbraio del 2007, che, come anticipato, aveva ritenuto i danni punitivi non compatibili con l'ordine pubblico, era decisamente simile a quello che del 2016<sup>70</sup>. La Corte nel 2007 sosteneva che «nel vigente ordinamento l'idea della

---

<sup>68</sup> PONZANELLI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite - possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e Resp.*, 8-9, 2016, p. 827.

<sup>69</sup> Si tratta rispettivamente di Cass. 19 febbraio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. p. 1461, con nota di commento di PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*; in *Danno e Resp.*, 2007, p. 1125, con commento di PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 981, con commento di OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*, e di Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in questa *Danno e Resp.*, 2012, p. 608 con nota di commento di PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*

<sup>70</sup> Il caso risolto da Cass. 19 febbraio 2007, n. 1183 era decisamente simile a quello oggetto dell'ordinanza 9978/2016, infatti a seguito della morte di un giovane motociclista (coinvolto in un grave incidente stradale), la madre della vittima decideva di intraprendere un'azione legale nei confronti non solo dell'automobilista che aveva investito il motorino e della sua compagnia di assicurazione, ma anche del produttore italiano del casco protettivo per difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura (a

punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi *in re ipsa*»<sup>71</sup>.

Anche nel 2012, la Cassazione, sempre chiamata ad esprimersi su di un caso di *products liability*<sup>72</sup>, richiamando dei propri precedenti così si esprime: “nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro; ne consegue che, pure nelle ipotesi di danno "*in re ipsa*", in cui la presunzione si riferisce solo all'"*an debeatur*" (che presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l'"*id quod plerumque accidit*") e

---

ben vedere, infatti, al momento della collisione il casco protettivo - a causa di tale difetto - si era staccato dal capo della vittima; sicché il motociclista, sbalzato di sella, aveva battuto la testa, riportando un grave trauma cranico che ne aveva determinato il decesso). A valle della definizione stragiudiziale della posizione degli altri convenuti, la Corte distrettuale della contea di Jefferson (Alabama) condannava il produttore italiano ad un risarcimento esemplare per danni punitivi nella misura di un milione di dollari.

Tale decisione veniva portata all'esame della Corte di appello di Venezia per ottenerne la delibazione. Il giudice lagunare, però, respingeva tale richiesta, sottolineando come la finalità dei danni punitivi si ponesse in palese contrasto con l'ordine pubblico, posto che i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità civile da illecito extracontrattuale configurano il risarcimento dovuto al danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato. La Cassazione confermava tale *decisum*.

<sup>71</sup> Cass. 19 febbraio 2007, n. 1183 cit.

<sup>72</sup> La Corte di Appello di Torino aveva riconosciuto una sentenza nordamericana che aveva condannato una società italiana produttrice di un macchinario rivelatosi difettoso e che aveva per questo causato un rilevante danno ad un lavoratore a 5 milioni di dollari (poi divenuti 8 a causa di esosi interessi). A seguito di ricorso per Cassazione, i giudici di legittimità ritenevano la decisione sabauda vistosamente errata in quanto avrebbe fatto entrare nel nostro ordinamento figure di risarcimento non riparatorie.

non alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale, permane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario (cfr. Cass. n. 15814 del 2008; n. 25820 del 2009)”.

Queste decisioni della Corte di Cassazione non avevano convinto del tutto parte della dottrina, perché da un lato limitavano e condizionavano la circolazione delle decisioni straniere in un quadro sempre più dinamico di globalizzazione dei rapporti e dall’altro trascuravano che, oltre alla riparazione del danno, l'imponente lettura formatasi in tema di compiti e finalità della RC aveva segnalato l'esistenza di altre, possibili funzioni della responsabilità civile<sup>73</sup>.

Quindi pur prescindendo da un contrasto in seno alla Corte, la prima sezione ha ritenuto che il «*tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi*» rappresentasse una «*questione di massima di particolare importanza*» e in quanto tale si rendesse «*opportuno un intervento delle sezioni unite*» della Corte di Cassazione (arg. ex art. 374, comma 2, c.p.c.).

Come sostenuto dalla miglior dottrina ci sono tre questioni che devono essere affrontate.

“La prima è quella della monofunzionalità della responsabilità civile: se cioè essa abbia un'unica funzione, quella risarcitoria, o molteplici funzioni, non solo quella punitiva, ma anche ad esempio quella *preventiva*.”

La seconda questione è quella strettamente legata alla delibabilità delle sentenze straniere che riconoscono i *punitive damages*.

Questi due problemi sono collegati ma non strettamente interdipendenti. Infatti, si potrebbe ben pensare che la RC abbia più funzioni, ma concludere comunque per il rigetto della delibazione.

Vi è infine una terza questione che concerne le norme positive del nostro ordinamento, e cioè se esse non permettano già, o addirittura richiedano, indipendentemente da ogni

---

<sup>73</sup> PONZANELLI, *La delibabilità delle sentenze straniere cit.*

teoria sulle funzioni della RC, una graduazione del risarcimento in base alla condotta del danneggiante.”<sup>74</sup>

## VIII. La parola alle Sezioni Unite

Con sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017, le Sezioni Unite della Cassazione rigettano il ricorso proposto da AXO ritenendo i primi due motivi proposti dal ricorrente infondati e il terzo - quello riguardante la compatibilità dei c.d. danni punitivi con il principio dell'ordine pubblico - inammissibile.

Soprascedendo sui primi due motivi di ricorso, ai quali vengono dedicate le prime dodici pagine della sentenza, la questione d'interesse per questo lavoro è quella trattata nel terzo motivo. Qui la Cassazione, pur, come detto, dopo aver dichiarato l'inammissibilità del motivo di impugnazione, si lancia in un lungo *obiter ex cathedra*<sup>75</sup> sul ruolo e la funzione della responsabilità civile giungendo ad affermare il principio di diritto secondo cui: nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscono la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di deliberazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

---

<sup>74</sup> MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite*, in *Danno e Resp.*, 8-9, 2016, p. 827.

<sup>75</sup> L'espressione è di CONSOLO, BARONE, *Postilla minima di messa a giorno*, in accompagnamento alla nota di BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. it.*, 6, 2017, p. 1358.

I giudici delle Sezioni Unite giungono all'affermazione del citato principio di diritto dopo una lunga disamina della situazione normativa e giurisprudenziale in tema di responsabilità civile.

La Cassazione cita i propri precedenti del 2007 e del 2012<sup>76</sup> che avevano escluso il carattere (anche) sanzionatorio della responsabilità civile, ritenendoli superati e non idonei a fungere da filtro nel giudizio di delibazione.

D'altra parte, le stesse Sezioni Unite già nel 2015 avevano sostenuto che la funzione sanzionatoria non potesse ritenersi "incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento".<sup>77</sup> Precisando però subito dopo che "non lo si può ammettere [il connotato sanzionatorio] al di fuori dei casi nei quali una qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali."

Inoltre, con sentenza n. 7613 del 15 aprile 2015<sup>78</sup>, la Prima Sezione civile affermava che "è noto come allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengano ricondotti altri fini con questo eterogenei, quali la deterrenza o prevenzione generale dei fatti illeciti".

---

<sup>76</sup> Ci si riferisce alla già citate sentenze 1183/2007 e 1781/2012.

<sup>77</sup> Cass. Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. It.*, 2015, 7, p. 1640 con nota di DI MAJO.

<sup>78</sup> Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Danno e Resp.*, 2015, 12, p. 1155, con nota di CORSI, La vicenda trae origine dall'opposizione ad un decreto recante l'esecutività in Italia dell'ordinanza emessa da un giudice del sequestro belga, con la quale aveva dichiarato dovuto l'importo, già determinato dal Presidente del Tribunale del commercio di Bruxelles, calcolato in relazione al ritardo nella consegna al sequestratario delle azioni del capitale sociale di una società. In particolare, nel condannare il ricorrente alla consegna di azioni societarie al sequestratario nominato dal Tribunale, il giudice belga aveva previsto una somma di denaro per ogni giorno di mancata ottemperanza al provvedimento giudiziario, in applicazione dell'art. 1385 *bis* del *Code judiciaire*, il quale prevede che "*le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu*".

Per i ricorrenti la misura dell'*astreinte*, inflitta dal giudice belga e dichiarata esecutiva con il decreto impugnato, sarebbe in contrasto con l'ordine pubblico interno, sul presupposto dell'assimilabilità della sanzione comminata ad un danno punitivo, quindi, come tale, non ammissibile nell'ordinamento italiano.

La Corte d'Appello di Palermo rigetta l'opposizione al decreto *de quo* e i giudici di legittimità mostrano di aderire alla decisione della Corte, la quale ha ritenuto che "l'ordinanza di condanna all'*astreinte* non è contraria all'ordine pubblico interno, dal momento che esiste nel nostro ordinamento l'art. 614 *bis* c.p.c., introdotto dalla L. n. 69 del 2009, art. 49, il quale prevede un istituto del tutto simile

Anche se le medesime Sezioni Unite, nello stesso anno hanno sostenuto il contrario, negando che la responsabilità civile potesse avere una funzione deterrente o sanzionatoria<sup>79</sup>.

Le Sezioni Unite del luglio 2017 richiamano anche il disposto di cui all'art. 23 Cost. per sostenere che il carattere sanzionatorio, e quindi ultroneo rispetto al danno, debba essere previsto per legge e mai invece possa essere iniziativa discrezionale del giudice. La Cassazione riconosce come nel tempo, accanto alla "preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria" della responsabilità civile, sia emersa una natura polifunzionale ed in particolare sia emersa una funzione preventivo-deterrente ed una funzione sanzionatoria-punitiva.

Sostengono i giudici di legittimità che il legislatore, per dare risposta a bisogni emergenti, sia ricorso al sistema della responsabilità civile dando alla stessa diverse funzioni.

In particolare la Suprema Corte cita una serie di norme in cui il *quantum* del risarcimento non è parametrato al danno ma ad altri fattori, tanto da far ritenere che l'obiettivo del legislatore fosse ultroneo rispetto alla mera funzione compensativa.

## **IX. Il panorama normativo: *le astreintes***

Il panorama normativo descritto dalle Sezioni Unite inizia con la normativa in tema di brevetto e marchio. A ben vedere già nel 1939, in vigore il codice Pisanelli, l'art.

---

<sup>79</sup> Cass. Sez. Un., 22 giugno 2015, n. 15350, in NGCC, 2015, 11, p. 11008 con nota di D'ACUNTO, in questa sentenza la Cassazione afferma che "la premessa del predetto orientamento, peraltro non sempre esplicitata, sta nell'ormai compiuto superamento della prospettiva originaria secondo la quale il cuore del sistema della responsabilità civile era legato a un profilo di natura soggettiva e psicologica, che ha riguardo all'agire dell'autore dell'illecito e vede nel risarcimento una forma di sanzione analoga a quella penale, con funzione deterrente (sistema sintetizzato dal principio affermato dalla dottrina tedesca "nessuna responsabilità senza colpa" e corrispondente alle codificazioni ottocentesche per giungere alle stesse impostazioni teoriche poste a base del codice del '42).

L'attuale impostazione, sia dottrina che giurisprudenziale, (che nelle sue manifestazioni più avanzate concepisce l'area della responsabilità civile come sistema di responsabilità sempre più spesso oggettiva, diretto a realizzare una tecnica di allocazione dei danni secondo i principi della teoria dell'analisi economica del diritto) evidenzia come risultato primaria l'esigenza (oltre che consolatoria) di riparazione (e redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti, con la conseguenza che il momento centrale del sistema è rappresentato dal danno, inteso come "perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva" (Corte cost. n. 372 del 1994)"

86 del R.D. 29 giugno 1939, n. 1127, fissava al primo comma una sorta di risarcimento sanzionatorio ed al secondo delle astreintes<sup>80</sup>, così come, in modo analogo, era previsto al secondo comma dell'art. 66 del R.D. 21 giugno 1942, n. 929<sup>81</sup>. A seguito dell'abrogazione del 2005, il contenuto deterrente-sanzionatorio della normativa è stato riproposto dal Codice della Proprietà Industriale, che all'art. 124, comma 2 e all'art. 131, comma 3 prevede delle astreintes<sup>82</sup>.

La Cassazione prosegue poi con l'art. 140, comma 7, del Codice del consumo<sup>83</sup>, che sulla medesima scia fissa delle misure di coercizione giudiziali per spingere all'adempimento paramtrate alla "gravità del fatto".

Uno dei casi più controversi citati dalle Sezioni Unite riguarda l'art. 709-ter c.p.c. che prevede che il giudice della separazione o del divorzio, lite pendente, possa disporre il risarcimento del danno a carico di uno dei genitori nei confronti del minore o dell'altro genitore nel caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento. È evidente che tali provvedimenti, essendo temporanei ed urgenti, non possano consistere in un risarcimento parametrato a un danno tutto da dimostrare ma abbiano una funzione diversa. Infatti parte della dottrina ha sottolineato come il giudice non sarebbe chiamato a conoscere domande di condanna al risarcimento dei danni ma soltanto a infliggere a carico dell'inadempiente una sanzione avente ad

---

<sup>80</sup> L'art. 86 del R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 recitava: *"La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne, ad istanza di parte, la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano.*

*Può fissare altresì una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza stessa."*

<sup>81</sup> All'art. 66, comma 2, del R.D. 21 giugno 1942, n. 929 era previsto che *"la sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne, ad istanza di parte, la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. Può fissare altresì una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nella esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza stessa"*.

<sup>82</sup> L'art. 124, comma 2, e allo stesso modo l'art. 131, comma 2, del D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 prevedono che *"pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento"*

<sup>83</sup> Il comma 7 dell'art. 140 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 recita: *"con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro."*

oggetto una somma di denaro da liquidare a favore dell'altro genitore o anche del minore: in altre parole, non si tratterebbe d'un risarcimento di natura compensativa commisurato al danno subito, bensì d'un risarcimento "sanzionatorio" rientrante nella categoria del c.d. danno punitivo volto principalmente a sanzionare l'illecito e a prevenirne l'eventuale reiterazione<sup>84</sup>.

Si rileva poi che anche la giurisprudenza di merito ha ritenuto che le misure disposte dall'art. 709 ter c.p.c. consistessero in forme di risarcimento sanzionatorio<sup>85</sup>.

Il caso senz'altro più importante di *astreintes* è quello introdotto con la legge 18 giugno 2009 n. 69 che ha introdotto l'art. 614 bis<sup>86</sup> al codice di rito.

L'istituto, di matrice francese, si sostanzia in una misura accessoria al provvedimento di condanna principale, inflitta al debitore, che lo costringe a pagare una somma di denaro per ogni giorno (o diversa unità di tempo) di ritardo nell'adempimento del provvedimento, oppure, ma meno frequentemente, a versare una somma fissa per ogni singola violazione dell'obbligazione al beneficiario della suddetta somma che si identifica nel creditore.

L'ordinamento processuale *ante-riforma* prevedeva: l'espropriazione per crediti consistenti somme di denaro, l'esecuzione per consegna o rilascio e l'esecuzione di obblighi (di natura fungibile) di fare o non fare, che rappresentavano i tre tipi di esecuzione diretta, ma non vi era traccia di una forma tipica di tutela per le obbligazioni a carattere infungibile. Detto disposto, quindi, consiste in uno strumento di coercizione indiretta - di natura patrimoniale e di applicazione pressoché

---

<sup>84</sup> FERRUCCIO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 11, p. 1057.

<sup>85</sup> Trib. Padova, 3 ottobre 2008, in *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 609 s. con nota di FAROLFI, *L'art. 709 ter: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*; Trib. Palermo, 2 novembre 2007, in *Resp. civ.*, 2008, p. 89; Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, *ivi*, 2007, p. 472 con nota di FACCI; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in questa *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 60 ss. con nota di LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709 ter, cod. proc. civ., i danni punitivi approdano in famiglia?*

<sup>86</sup> L'art. 614 bis recita: "Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

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

generalizzata - del debitore, ed è strumentale a favorire l'adempimento di quegli obblighi che da esso dipendono e non possono essere adempiuti da altri soggetti diversi dal debitore.

Norma del tutto analoga a quella testé citata è quella introdotta all'art. 114 del Codice del Processo Amministrativo<sup>87</sup> in tema di giudizio di ottemperanza.

Oltre ai casi appena citati di norme che attribuiscono al giudice un potere di coercizione finalizzato all'adempimento di un obbligo, vi è un insieme di norme in cui è direttamente la legge a comminare una determinata pena per il trasgressore.

Oltre all'art. 388 del Codice Penale<sup>88</sup>, che tutela l'interesse all'esecuzione delle sentenze, e l'art. 650 c.p.<sup>89</sup>, che tutela l'interesse all'esecuzione dei provvedimenti delle Autorità amministrative, un caso di *astreintes* con sanzione fissata a livello

---

<sup>87</sup> Ci si riferisce all'art. 114 del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, relativo al giudizio di ottemperanza ed in particolare al comma 4, lettera e) che prevede che: *“salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo. Nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penality di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penality non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali.”*

<sup>88</sup> L'art. 388 c.p. recita: *“Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civilinascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'Autorità Giudiziaria compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da centotre euro a milletrentadue euro. La stessa pena si applica a chi elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342 ter del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito. Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa di sua proprietà sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a trecentonove euro. Si applicano la reclusione da due mesi a due anni e la multa da trenta euro a trecentonove euro se il fatto è commesso dal proprietario su una cosa affidata alla sua custodia e la reclusione da quattro mesi a tre anni e la multa da cinquantuno euro a cinquecentosedici euro se il fatto è commesso dal custode al solo scopo di favorire il proprietario della cosa. Il custode di una cosa sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a cinquecentosedici euro. La pena di cui al quinto comma si applica al debitore o all'amministratore, direttore generale o liquidatore della società debitrice che, invitato dall'ufficiale giudiziario a indicare le cose o i crediti pignorabili, omette di rispondere nel termine di quindici giorni o effettua una falsa dichiarazione. Il colpevole è punito a querela della persona offesa.”*

<sup>89</sup> L'art. 650 c.p. recita: *“Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206.”*

legislativo è rappresentato dall'art. 18, comma 14, dello Statuto dei Lavoratori<sup>90</sup>. In questa norma è prevista una sanzione aggiuntiva, nel caso di mancata reintegra del sindacalista in caso di sentenza o di ordinanza non impugnata che la preveda, costituita dal pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.

Ancora si può citare l'art. 31, comma 2, della Legge sull'Equo canone<sup>91</sup>, che prevede una sanzione punitiva al locatore che recede dal contratto di locazione per una ragione poi non riscontrata.

Ultimo, il caso delle intercettazioni illegali, ove l'art. 4 del D.L. 22 settembre 2006, n. 259, convertito con la legge 20 novembre 2006, n. 281<sup>92</sup>, prevede che chi ha subito

---

<sup>90</sup> L'ultimo comma dell'art. 18 della L. 20 maggio 1970, n. 300, recita: *“Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all'ordinanza di cui all'undicesimo comma, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.”*

<sup>91</sup> L'art. 31, della L. 27 luglio 1978, n. 392, prevede che: *“Il locatore che abbia ottenuto la disponibilità dell'immobile per uno dei motivi previsti dall'art. 29 e che, nel termine di sei mesi dall'avvenuta consegna, non abbia adibito l'immobile ad abitazione propria, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado in linea retta, o non abbia adibito l'immobile ad esercizio in proprio di una delle attività indicate all'art. 27, ovvero non abbia rispettato i termini della concessione o quelli del piano comunale di intervento per quanto attiene l'inizio dei lavori di demolizione, ricostruzione, ristrutturazione o restauro dell'immobile ovvero, in caso di immobili adibiti ad esercizio di albergo, pensione o locanda, non abbia completato i lavori di ricostruzione nel termine stabilito dal Ministero del turismo e dello spettacolo, è tenuto, se il conduttore lo richiede, al ripristino del contratto, salvi i diritti acquistati da terzi in buona fede, e al rimborso delle spese di trasloco e degli altri oneri sopportati, ovvero al risarcimento del danno nei confronti del conduttore in misura non superiore a quarantotto mensilità del canone di locazione percepito prima della risoluzione del contratto, oltre alle indennità previste ai sensi dell'art. 34.*

*Il giudice, oltre a determinare il ripristino o il risarcimento del danno, ordina al locatore il pagamento di una somma da L. 500.000 a L. 2.000.000 da devolvere al comune nel cui territorio è sito l'immobile, ad integrazione del fondo sociale previsto dal titolo III della presente legge.”*

<sup>92</sup> L'art. 4 del D.L. 22 settembre 2006, n. 259 prevede che: *“A titolo di riparazione può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti di cui al comma 2 dell'articolo 240 del codice di procedura penale, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro.*

*L'azione può essere proposta da parte di coloro a cui i detti atti o documenti fanno riferimento. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della pubblicazione. Agli effetti della prova della corrispondenza degli atti o dei documenti pubblicati con quelli di cui al comma 2 dell'articolo 240 del codice di procedura penale fa fede il verbale di cui al comma 6 dello stesso articolo. Si applica l'articolo 25 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.*

*L'azione è esercitata senza pregiudizio di quanto il Garante per la protezione dei dati personali possa disporre ove accerti o inibisca l'illecita diffusione di dati o di documenti, anche a seguito dell'esercizio di diritti da parte dell'interessato.*

*Qualora sia promossa per i medesimi fatti di cui al comma 1 anche l'azione per il risarcimento del danno, il giudice tiene conto, in sede di determinazione e liquidazione dello stesso, della somma corrisposta ai sensi del comma 1.”*

la pubblicazione delle proprie intercettazioni possa richiedere all'autore delle pubblicazioni, all'editore o al direttore responsabile una somma determinata sul base legislativa in base alla diffusione della notizia, quindi prescindendo da una prova del danno.

In realtà parte della dottrina ha sostenuto che la funzione del danno punitivo può definirsi più "punitiva-sanzionatoria" che "preventiva-deterrente", in quanto il comportamento si è già verificato e la misura viene inflitta in base ad una valutazione insindacabile della giuria, senza alcuna valutazione prognostica, ma soltanto al fine di punire il danneggiante<sup>93</sup>, pertanto le *astreintes* sarebbero compatibili con il nostro ordinamento in quanto avrebbero una funzione deterrente e non punitiva. La considerazione però non coglie nel segno per almeno due ragioni: la prima è che anche la funzione c.d. deterrente slega il risarcimento dall'entità del danno e pertanto mostra di avere una funzione differente, o quantomeno ultronea, rispetto a quella compensativa; la seconda è che si dubita di una reale utilità della distinzione tra funzione deterrente e funzione sanzionatoria, in quanto l'unico criterio distintivo apprezzabile è quello che si basa sul *quantum* del risarcimento: se questo è pari al danno siamo nell'ambito della compensazione, se questo è superiore la funzione non è (solo) compensativa. Se quindi il risarcimento è superiore al danno ha una evidente funzione sanzionatoria, da un punto di vista meramente temporale si potrebbe dire che prima dell'illecito ha funzione deterrente e che dopo l'illecito ha funzione punitiva.

## **X. (segue) La retroversione degli utili nel Codice della Proprietà Industriale**

L'ordinanza di remissione cita altri casi di norme che prevedono un possibile risarcimento punitivo-deterrente anziché compensativo.

Prima tra tutte la norma prevista dall'art. 125 del codice della Proprietà Industriale<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> GIUGLIANO, *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 1, p. 243.

<sup>94</sup> L'art. 125 del D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 prevede che: "Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare

Infatti a seguito della riforma apportata dal d.lgs. 140 del 16 marzo 2006, è stata introdotta, nel terzo comma dell'articolo in questione, la possibilità per il titolare del diritto leso di ottenere la restituzione di tutto l'utile percepito dal soggetto contraffattore (la c.d. retroversione degli utili). Si tratta di una figura rimediale che non trovava precedenti nella tradizione giuridica italiana, se si esclude il caso dell'art. 18 della legge n. 349/1986 che, in riferimento alle ipotesi di danno ambientale, aveva introdotto la possibilità per il giudice di determinare il danno in relazione al profitto conseguito dal trasgressore<sup>95</sup>.

In realtà già nel primo comma dell'articolo in questione si riscontrano elementi che fanno pensare ad un distacco dalla concezione classica di risarcimento del danno. Infatti la norma, pur richiamando le disposizioni cardine del risarcimento - l'art. 1223, 1226 e 1227 del codice civile - introduce quale criterio di cui tenere conto "i benefici realizzati dall'autore della violazione", benefici che evidentemente possono essere superiori al danno subito e pertanto far distaccare il modello da quello meramente compensatorio.

Ma è il terzo comma, come detto, ad aver sviluppato maggior dibattito in seno alla dottrina.

Una parte degli autori ha sostenuto che la retroversione degli utili non sia un mezzo di tutela da ricondurre nell'ambito del risarcimento del danno, ma bensì in quello dell'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.<sup>96</sup>. Gli argomenti che militano per tale ricostruzione sono fondamentalmente tre: uno che passa per l'interpretazione della *voluntas legislatoris*, uno letterale e uno logico.

---

*del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.*

*La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.*

*In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento."*

<sup>95</sup> ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2013, p. 23.

<sup>96</sup> In questo senso soprattutto ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. e prev.*, II, 2004, p. 538.

Circa l'intenzione del legislatore viene citata la relazione al codice della proprietà industriale in cui si riferiva che l'eventuale introduzione<sup>97</sup> del rimedio della retroversione degli utili «sarebbe stata riconducibile nell'ambito delle norme civilistiche sull'arricchimento senza causa e non in quello delle norme sul risarcimento del danno (...)», così come nella Relazione al d.lgs. 140/2006, che introduce il terzo comma dell'art. 125 c.p.i., si legge nuovamente che la “reversione degli utili” sarebbe da ricondurre al « profilo (...) dell'arricchimento senza causa ».

Il criterio che fa riferimento al *nomen* sottolinea poi come il terzo comma parli di “restituzione” e non di risarcimento, e che con tale termine solitamente il legislatore abbia inteso rimedi non risarcitori.

Infine il criterio logico si basa sull'interpretazione della *rubrica legis*, che titola «Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione». Se il risarcimento è rappresentato dal primo comma dell'articolo, la restituzione non risarcitoria dovrebbe essere nel terzo.

A dire il vero queste argomentazioni seducono ma non convincono, infatti l'art. 2041 si basa su un dato fondamentale: la correlazione tra arricchimento e depauperamento, tra danno e beneficio. Infatti l'indennizzo non può essere superiore né dell'arricchimento né dell'impovertimento, con conseguenza che se non ci fosse un danno non vi sarebbe alcun indennizzo. Ma a ben vedere l'aspetto innovativo del terzo comma dell'art. 125 c.p.i. sta proprio nel fatto che non sia previsto un danno, che potrebbe, per l'appunto, non esserci.

Inoltre tale impostazione sconta un equivoco lessicale di non poco conto. L'art. 2041 c.c. si riferisce all'arricchimento ingiustificato e non all'arricchimento ingiusto. Nella figura della “retroversione degli utili” l'oggetto della restituzione riguarda gli “utili realizzati dall'autore della contraffazione”. Si tratta del c.d. profitto ingiusto, ovvero quel particolare incremento patrimoniale realizzato dall'autore della condotta dalla lesione perpetrata ad un diritto altrui. Come sostenuto da autorevole dottrina<sup>98</sup>, questo profitto non corrisponde al profitto ingiustificato a cui fa riferimento l'art. 2041 c.c., perché non vi è assenza di cause di giustificazione ma, al contrario, l'utile è proprio la

---

<sup>97</sup> Eventuale in quanto è stata introdotta solo l'anno successivo.

<sup>98</sup> SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, 1959, Torino, p. 134.

conseguenza diretta della condotta illecita. Cioè l'arricchimento non è *sine causa*, ma è *contra ius*.

Altra parte degli autori<sup>99</sup> hanno provato a ricostruire il fondamento del terzo comma dell'art. 125 c.p.i. nella *negotiorum gestio*. La disciplina della gestione di affari di cui all'art. 2028 c.c. impone al soggetto che, «senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui», invadendo una sfera giuridica di appartenenza altrui, di «continuarla» e «condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso» obbligandosi quindi a restituire quanto gestito al soggetto cui spetta di diritto.

L'obiezione principale che si può muovere a questa teoria è legata al fatto che ciò che muove il gestore dovrebbe essere uno scopo di natura solidaristica e non egoistica. Ma la dottrina che sostiene questa tesi ritiene che lo scopo dell'art. 2028 c.c. sia da rinvenirsi nella tutela del soggetto che ha subito un'ingerenza nella propria sfera giuridica e non nelle ragioni che hanno mosso il gestore.

Si deve però obiettare che l'invasione della sfera giuridica altrui generalmente costituisce un illecito. L'istituto della *negotiorum gestio* ha evidentemente natura eccezionale e si basa sul fatto che il titolare dell'interesse non possa provvedervi. L'ordinamento permette un'ingerenza nell'altrui sfera giuridica solo per ragioni di solidarietà nei confronti del gerito, pertanto da tali ragioni non si può prescindere. È evidente poi, che nel caso del contraffattore non solo non si ravvisi l'*absentia domini*, ma addirittura vi è una *prohibitio domini*.

Ciò detto, non resta che verificare la compatibilità dell'art. 125, comma 3, c.p.i., con i generali canoni della responsabilità civile. I problemi fondamentali sono legati al fatto che, senz'altro, il rimedio proposto non ha una funzione meramente compensativa - e ciò è reso evidente dal fatto che il "risarcimento" non sia parametrato al danno - ma non sembra avere neppure una funzione strettamente punitiva - non richiedendosi la colpevolezza del contraffattore, come si deduce dal fatto che trova applicazione "in ogni caso".

---

<sup>99</sup> GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la reversione degli utili*, in *AIDA*, 2000, p. 174 ss; SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65 e ss

Ma se l'interprete del diritto provasse a togliersi le lenti colorate<sup>100</sup> di kantiana memoria e guardasse alla responsabilità con occhi nuovi, vedrebbe che il sistema della responsabilità è in realtà scevro da vincoli di colpevolezza e da limiti di quantificazione del danno. Infatti, lo si ripete, la responsabilità non è altro che il criterio attraverso il quale si attribuisce a un soggetto il costo di un illecito. Si badi che tale costo non deve per forza essere parametrato al danno che subisce la vittima, infatti potrebbe essere che l'illecito abbia effetti sociali che non vanno ad incrementare la perdita del danneggiato ma di cui il legislatore voglia tener conto per ragioni che sono esogene al sistema giuridico e che riflettono scelte politiche. E nel caso dell'art. 125 c.p.i. il legislatore lascia intravedere sullo sfondo, le suggestioni provenienti dall'esperienza di *common law*, che prospetta un allargamento del ventaglio degli strumenti rimediali al fine di fronteggiare, per mezzo dei *disgorgement damages*<sup>101</sup> le criticità sottese alle c.d. ipotesi di arricchimento da fatto illecito. Si disegna così una soluzione rimediale «forte», in grado di colpire il vantaggio dell'autore dell'illecito proprio lì dove l'approccio gius-economico classico gli prospettava l'opportunità di realizzare un rilevante guadagno, anche a scapito della certezza e della stabilità degli scambi economici<sup>102</sup>.

## **XI. (segue) I risarcimenti non compensativi a seguito di reati**

Altro caso rilevante citato dall'ordinanza di remissione è quello dell'art. 187 *undecies*, comma 2, del Testo Unico della Finanza<sup>103</sup> che prevede che in caso di *insider trading* e nel caso di aggioaggio la Consob possa costituirsi parte civile e richiedere un

---

<sup>100</sup> Il riferimento è alla Dissertazione del 1770 di KANT.

<sup>101</sup> Si veda più diffusamente il par. VII del Cap. 2.

<sup>102</sup> Così P. PARDOLESI, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro it.*, I, 2011, p. 3073.

<sup>103</sup> L'art. 187 *undecies*, del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 recita: "Nei procedimenti per i reati previsti dagli articoli 184 e 185, la CONSOB esercita i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato.

La CONSOB può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato."

risarcimento del danno che tenga conto dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato. Si badi che normalmente l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, attraverso la costituzione di parte civile, è finalizzata al risarcimento del danno secondo le regole civilistiche, quindi la norma di cui si discute costituisce una novità nel panorama normativo. Novità che è dovuta alla esigenza di evitare che la commissione di questi reati, che possono produrre grandi vantaggi economici ai trasgressori, diventi addirittura efficiente, in considerazione del fatto che non sempre vengono prodotti dei danni dimostrabili e risarcibili.

Rilevante è anche notare che tale norma sia stata introdotta a seguito di direttive europee<sup>104</sup> volte ad evitare l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione dei mercati, mostrando come l'ordinamento europeo non sia estraneo ai venti di ponente che rinvergono ben più funzioni nella responsabilità, oltre a quella meramente compensatoria.

Ma il caso che più si avvicina al concetto di "pena privata" è quello avvenuto con il D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 che ha abrogato varie fattispecie di reato a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio. Insieme alla perdita della rilevanza penale, queste fattispecie, se commesse con dolo, producono oltre al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, anche una sanzione pecuniaria civile.

Il legislatore delegato ha tipizzato gli "illeciti civili", riproducendo sostanzialmente le precedenti fattispecie depenalizzate e sottoponendo i nuovi precetti a due livelli sanzionatori di crescente afflittività proporzionata alla gravità delle pene prima comminate: sanzione pecuniaria civile da euro 100 a euro 8.000 (art. 4, comma 1) e sanzione pecuniaria civile da euro 200 a euro 12.000 (art. 4, comma 4).

Tutte le fattispecie penali trasformate in illeciti civili erano nel vecchio regime normativo perseguibili a querela di parte, tutelando interessi essenzialmente economici o interpersonali privati, correlati a falsità documentali, alla protezione dell'onore o ad attentati al patrimonio mediante violenza alle sole cose.

---

<sup>104</sup> Direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato - abusi di mercato - e delle direttive della Commissione di attuazione 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE.

Parte della dottrina<sup>105</sup> ha ritenuto che si tratti di una “sanzione di carattere punitivo, che di "civile" ha essenzialmente il giudizio in cui viene inflitta, e che però rivela scopi general-preventivi e repressivi che la assimilano, piuttosto, alle tipiche sanzioni penali”.

Ora è evidente che se si ritiene che solo il diritto penale possa perseguire finalità general-preventive o repressive si giunga necessariamente a ritenere che questi illeciti continuino di fatto ad essere sanzionati penalmente, ma che il giudizio sarà svolto in sede civile. Il che, ad avviso di chi scrive, sminuisce l'operazione del legislatore delegato che ha voluto scolorire le fattispecie in questione dal disvalore e dall'allarme sociale che le norme incriminatrici puniscono, per farle transitare, pur con una funzione punitiva, nel sistema privatistico della responsabilità civile.

O ancora è il caso dell'art. 12 della legge sulla stampa<sup>106</sup> che prevede, oltre al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, anche una riparazione relazionata alla gravità dell'offesa o alla diffusione dello stampato.

## **XII. (segue) La lite temeraria**

Il caso dell'art. 96 c.p.c. disciplina, come è noto, la responsabilità aggravata da lite temeraria<sup>107</sup>.

Ciò che maggiormente ha interessato gli interpreti è legato all'introduzione del terzo comma, avvenuta ad opera della L. 69/2009. La condotta sanzionata dalla norma è

---

<sup>105</sup> SCARPA, *Le sanzioni pecuniarie civile introdotte dal D.lgs. 7/2016*, in *Immobili e proprietà*, 6, 2018, p. 379.

<sup>106</sup> L'art. 12 della L. 8 febbraio 1948, n. 47 prevede che: “*Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato.*”

<sup>107</sup> L'art. 96 c.p.c. recita: “*Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza.*

*Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare [669-duodecies], o trascritta domanda giudiziaria [2652 ss., 2690 ss. c.c.], o iscritta ipoteca giudiziale [2818 c.c.], oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.*

*In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”*

quella prevista al primo comma: l'agire o resistere in giudizio con malafede o colpa grave. Ma il terzo comma differisce dal primo in quanto nel primo è necessario che la parte provi il danno subito mentre nel terzo la somma è determinata equitativamente dal giudice.

Proprio la difficoltosa applicazione del primo comma, legata alla difficoltà della prova del danno, ha fatto emergere la chiara finalità della riforma di aumentare la tutela contro l'abuso del processo.

La *ratio*, quindi, non è consentire il ripristino della situazione patrimoniale precedente il verificarsi di un evento dannoso, ma condannare una condotta ritenuta riprovevole dall'ordinamento sul piano della politica del diritto, con una sanzione che funga da deterrente rispetto a condotte future dello stesso tipo<sup>108</sup>.

Ai nostri fini, ciò che interessa, è la natura della condanna di cui al terzo comma.

Una parte della dottrina aveva sostenuto che la stessa avesse natura risarcitoria. La tesi muove i passi dal fatto che il terzo comma non descriva la condotta sanzionata, e che quindi si dovrebbe fare riferimento al primo comma. Ma se il primo e il terzo comma, allora, sanzionano la stessa condotta, la sanzione dovrebbe avere la stessa natura. In poche parole, i fautori<sup>109</sup> della natura risarcitoria sostengono che il terzo comma avrebbe la funzione di semplificare il regime probatorio del primo comma. Ma tale impostazione risulta non coerente con il sistema processuale del nostro ordinamento. Infatti, come rilevato, una siffatta integrazione del comma 3° rispetto al primo comma dell'art. 96 cod. proc. civ. “avrebbe un effetto distorsivo rispetto al rapporto intercorrente tra le parti e il giudice. Non vi è, infatti, alcuna ragione per la quale il giudice dovrebbe intervenire *ex officio* in ausilio della parte che non riesce a rispettare gli oneri della prova”<sup>110</sup>.

L'orientamento più corretto invece ritiene che la condanna di cui al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. abbia natura sanzionatoria.

La questione che si è posta in giurisprudenza riguardava la compatibilità con il principio della domanda del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. in quanto la condanna

---

<sup>108</sup> VISCONTI, *Processo civile - «la corte costituzionale e l'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.»*, in *NGCC*, 12, 2016, p. 1642.

<sup>109</sup> SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3 comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.*, I, 2010, p. 2237.

<sup>110</sup> VISCONTI, *Processo civile cit.*

avviene d'ufficio, quindi senza necessità di un'apposita domanda, ma poi il pagamento è a favore della controparte. Per tale ragione il Tribunale di Firenze<sup>111</sup> ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ., con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui dispone la condanna al pagamento di una «somma equitativamente determinata» a favore della controparte anziché a favore dell'Erario.

Come brillantemente sintetizzato da parte della dottrina<sup>112</sup>, le premesse da cui parte l'ordinanza di rimessione sono: “a) la norma ha come scopo di scoraggiare l'abuso del processo a tutela dell'interesse pubblico al buon andamento della giurisdizione civile e al giusto processo di cui all'art. 111 Cost.;

b) la fattispecie ha carattere sanzionatorio e si discosta dalla struttura tipica dell'illecito civile per confluire nelle c.d. condanne afflittive. A sostegno dell'argomentazione *sub b)* si osserva che, da un lato, sono estranee alla r.c. finalità punitive e che, dall'altro, non è richiesta né la prova di un danno né una domanda di parte.

Considerate le premesse, pare al rimettente costituzionalmente illegittimo in quanto irragionevole ed arbitrario aver previsto che il vantaggio economico vada a favore della parte e non dell'Erario, anche perché si tratterebbe di un'attribuzione priva di un ragionevole titolo esauendosi la protezione del privato nel diritto di azione a ristoro del pregiudizio subito che pure l'ordinamento gli riconosce ai sensi appunto del primo comma dell'art. 96 c.p.c.”.

Il ragionamento di fondo del Tribunale fiorentino è basato sulla distinzione tra risarcimento del danno e sanzione civile, il primo sarebbe finalizzato a compensare il pregiudizio subito e quindi rimesso all'iniziativa di parte, la seconda sarebbe, invece, finalizzata a punire il colpevole e connotata dall'impulso *ex officio*. Ma avendo la sanzione civile finalità punitiva o general-preventiva, ed essendo indipendente da una domanda di parte, si è ritenuto che avesse quindi una vocazione pubblicistica.

In realtà la Corte costituzionale non prende espressamente posizione sull'esistenza o meno di una distinzione tra risarcimento del danno e sanzione civile, ma ritiene che

---

<sup>111</sup> Tribunale di Firenze, 16 dicembre 2014, n. 331.

<sup>112</sup> BREDA, *La corte costituzionale salva l'art. 96, comma 3, c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva*, in *Danno e Resp.*, 4, 2017, p. 409.

*"la ragionevolezza della soluzione auspicata dal rimettente non comport[i], però, la irragionevolezza della diversa soluzione adottata dal legislatore del 2009, e tantomeno ne evidenzia quel livello di manifesta irragionevolezza od arbitrarietà che unicamente consente il sindacato di legittimità costituzionale in ordine all'esercizio della discrezionalità legislativa in tema di disciplina di istituti processuali".<sup>113</sup>*

Semplicemente, ritiene la Corte, che il fatto che il pagamento della sanzione *ex terzo comma* avvenga in favore della parte privata assicuri una maggiore effettività dello strumento poiché la parte vittoriosa avrebbe maggior facilità e maggior interesse a riscuotere la somma, e inoltre ci sarebbe anche una finalità indennitaria sul presupposto che l'onere della prova richiesto dai primi due commi dell'art. 96 c.p.c. è di difficile assolvimento.

Insomma la Consulta offre un approccio pratico al problema senza perdersi in distinzioni teoriche, che pure avrebbero fatto comodo ai nostri fini. Cionondimeno vi è la pacifica constatazione del carattere sanzionatorio-punitivo della condanna di cui all'art. 96, comma 3.

A ben vedere, anche in questo caso, l'equivoco di fondo nasce nel ritenere che la responsabilità civile debba necessariamente ricoprire solo una funzione compensativa, e per tale ragione l'interprete è costretto alle più disparate ricostruzioni dogmatiche volte a spiegare di volta in volta come norme dal chiaro sapore sanzionatorio non possano essere inquadrare nel fenomeno della responsabilità.

Se invece si parte scervri da convinzioni e si ritiene che la responsabilità possa avere funzioni ultronee rispetto a quella compensativa, si riesce a ricostruire l'art. 96 c.p.c. come una disposizione costruita da una prima parte che ha carattere compensativo - i primi due commi - e da una seconda che ha carattere sanzionatorio - il terzo comma - costituenti entrambe forme di responsabilità civile.

---

<sup>113</sup> Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Danno e Resp.*, 4, 2017, p. 409.

### **XIII. (segue) La responsabilità datoriale nel rapporto di lavoro**

Settore di importanti riflessioni in tema di risarcimento del danno è sempre stato il diritto del lavoro. Si pensi a titolo esemplificativo al secondo comma dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori<sup>114</sup> o all'art. 32 del c.d. Collegato Lavoro<sup>115</sup> prima della modifica del 2015, o a maggior ragione al c.d. Jobs Act.

In particolare preme sottolineare la fuga della responsabilità datoriale dal modello risarcitorio puro (*rectius* compensativo) e l'approdo verso un modello indennitario.

In realtà, il distacco dallo schema compensativo è risalente, ci si riferisce alla c.d. "tutela obbligatoria" prevista dall'articolo 8 della Legge 15 luglio 1966 n. 604, che utilizza il rimedio di un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La graduazione di tale risarcimento, nella cornice risarcitoria così delineata, dipende inoltre da alcune circostanze, quali il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, il comportamento e le condizioni delle parti, difficilmente collocabili nell'ambito dei criteri tradizionalmente utilizzati per la quantificazione del risarcimento del danno ex art. 1223 e ss. cod. civ..

L'approdo verso un modello indennitario subisce una netta spinta dal 2010 in poi con l'emanazione del Collegato Lavoro che ha previsto un'indennità onnicomprensiva tra

---

<sup>114</sup> L'art. 18, comma 2, Legge 20 maggio 1970, n. 300, prevede che nei casi di licenziamento illegittimo per violazione del primo comma dell'art. 18 Il giudice "condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali"

<sup>115</sup> L'art. 32, commi 5 e 6, della L. 4 novembre 2010, n. 183, prima dell'abrogazione ad opera dell'art. 55, comma 1, lett. f), del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, prevedeva: "Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

*In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà."*

2,5 e 12 mensilità nel caso di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

Tale norma subì immediatamente un fuoco serrato ad opera dei sostenitori del principio di integrale risarcimento del danno in quanto l'indennità onnicomprensiva prevista dalla norma avrebbe potuto essere inferiore al danno subito.

Così, con separate ordinanze, la Corte di Cassazione ed il Tribunale di Trani hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, primo comma, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183. In sostanza la normativa di cui al Collegato Lavoro veniva sospettata d'illegittimità perché ritenuta irragionevolmente riduttiva del risarcimento del danno integrale già conseguibile dal lavoratore sotto il regime previgente.

La Corte costituzionale<sup>116</sup> dapprima chiarisce come l'indennità di cui all'art. 32 vada chiaramente ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato - e la stabilizzazione del rapporto rappresenta la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario - e poi sottolinea che il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum*. *“Sicché, l'indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria. Essa è dovuta in ogni caso, al limite anche in mancanza di danno, per avere il lavoratore prontamente reperito un'altra occupazione”*.

Continua la Corte ribadendo che *“peraltro, questa Corte ha affermato a più riprese che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991).*

*Tale condizione ricorre, tanto più ove si consideri che, nella specie, non v'è stata medio tempore alcuna prestazione lavorativa.*

---

<sup>116</sup> Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 4, 1102.

*In definitiva, la normativa impugnata risulta, nell'insieme, adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Ma non oltre, pena la vanificazione della statuizione giudiziale impositiva di un rapporto di lavoro sine die.”*

Oltre al caso della conversione del contratto di lavoro a tempo determinato, l'esempio più evidente di introduzione di una logica dell'indennità in luogo del risarcimento è quella dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori così come novellato dalla riforma Fornero e ancor di più dal Jobs Act e dai relativi decreti attuativi.

La Riforma partiva dal presupposto che la (oramai) sorpassata versione dell'art. 18 St. lav. producesse effetti negativi sulle dinamiche occupazionali<sup>117</sup> e quale risposta alle sollecitazioni della Banca Centrale Europea (BCE), espresse nella «famosa» lettera inviata nell'estate del 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori».

Così l'art. 1, comma 42, della legge 20 giugno 2012, n. 92 (cd. Legge Fornero) ha riscritto integralmente l'art. 18 St. Lav. modificando la disciplina dei rimedi contro il licenziamento illegittimo.

Il precedente sistema di rimedio avverso il licenziamento illegittimo era basato su una duplice tutela: da un lato si prevedeva la reintegra nel posto di lavoro, e dall'altro si prevedeva un risarcimento pari alla retribuzione globale di fatto dal momento del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra. Il problema principale di questo sistema di tutela consisteva nell'indeterminabilità della somma da risarcire, infatti il processo poteva durare anni, e il risarcimento, di conseguenza, aumentava con il passare del tempo.

---

<sup>117</sup> CARRA', *Percorsi evolutivi della funzione della responsabilità datoriale nell'ambito del sistema della responsabilità civile italiano*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2015, p. 1711.

Intenzione del legislatore del 2012 era quella di fornire un quadro di rimedi prevedibile in modo da evitare le inefficienze legate all'aleatorietà del risarcimento del danno, che, secondo gli economisti, producevano un blocco all'ingresso del mercato del lavoro. Peraltro, se questa era l'intenzione del legislatore "tecnico", il modello normativo che ne è risultato ha probabilmente aggiunto ulteriori profili di complicazione, poiché composto da una molteplicità di sfaccettature che declinano differentemente la tipologia di rimedio applicabile in base alla tipologia di licenziamento (ad esempio, se discriminatorio, disciplinare o economico), nonché in base alla tipologia di vizio cui sarebbe affetto il licenziamento stesso<sup>118</sup>.

Nel nuovo sistema della Riforma Fornero è stato privilegiato un rimedio di contenuto economico quale rimedio generale applicabile nella maggioranza dei casi di licenziamento viziato, relegando il rimedio reintegratorio del rapporto di lavoro ai soli vizi più gravi.

La c.d. "tutela reale" quindi è stata riservata solo ad ipotesi di "ingiustificatezza qualificata" del licenziamento.

La prima tipologia di tutela è quella prevista nei commi 2 e 3 comprensiva del duplice rimedio da una parte della reintegrazione nel posto di lavoro e dall'altra del risarcimento del danno pari ad «un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», fermo restando che «in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto»<sup>119</sup>. Tale forma di tutela riguarda i licenziamenti nulli in quanto discriminatori, o intimati in costanza di matrimonio oppure in violazione di divieti posti a pena di nullità.

La seconda tipologia di rimedio è quella prevista nei commi 4 e 7 comprensiva da una parte del tradizionale rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro e dall'altra di una «indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», fermo restando tuttavia che «in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere

---

<sup>118</sup> CARINCI, MISCIONE, Commentario alla riforma Fornero, in Dir. Prat. Lav., supplemento n. 33, 2012.

<sup>119</sup> Art. 18, secondo comma, della Legge 20 maggio 1970, n. 300.

superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto» (cd. Reintegrazione attenuata).

Tale rimedio è previsto nel caso di "annullabilità" del licenziamento nelle ipotesi in cui il giudice «accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Medesimo rimedio è applicabile, in virtù del richiamo operato dal comma 7 dell'art. 18, per quanto concerne il licenziamento economico intimato a fronte di un fatto manifestamente insussistente<sup>120</sup> che prevede che, in ogni caso, la misura del risarcimento per il licenziamento *ex* comma 1 non possa essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Quindi, anche nel caso in cui il lavoratore non abbia in concreto subito alcun danno grazie all'*aliunde perceptum*, il datore dovrà comunque corrispondergli la retribuzione globale di fatto di cinque mensilità.

In realtà i casi appena menzionati sono abbastanza marginali in quanto statisticamente meno frequenti, viceversa, in tutti gli altri casi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, nonché in tutti i casi in cui il licenziamento economico non sia manifestamente infondato il rimedio previsto è quello dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata da un minimo di 12 mensilità ad un massimo di 24.

È davvero singolare che il legislatore abbia usato il termine «indennità risarcitoria» quasi a voler dimostrare il carattere anfibologico del rimedio che prende i caratteri dell'indennità da un lato e del risarcimento del danno dall'altro.

Infatti la dottrina si è divisa tra i fautori della tesi della natura risarcitoria<sup>121</sup>, che hanno sottolineato come nella teoria generale del diritto civile ai fatti leciti seguano le indennità mentre ai fatti illeciti seguano i risarcimenti e un licenziamento illegittimo è senz'altro un fatto illecito, e i fautori della natura indennitaria che hanno sottolineato

---

<sup>120</sup> CARRA', *Percorsi evolutivi cit.*

<sup>121</sup> VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, 2012, Torino, p. 60.

che il rimedio prevede un limite minimo (di 12 mensilità) ed un limite massimo (di 24 mensilità) incompatibili con la natura risarcitoria.

Senza voler entrare nel dibattito tra giuslavoristi, ai nostri scopi preme sottolineare come la natura risarcitoria non possa essere messa in dubbio dalla circostanza che siano previsti dei massimali, in quanto, come detto, la Corte costituzionale, in diverse occasioni, ha ritenuto non esistente un principio costituzionale di integrale riparazione del danno<sup>122</sup>.

Alcuni autori hanno ritenuto che il rimedio di cui si discute faccia parte delle sanzioni civili del diritto del lavoro, che rappresenterebbe proprio per questa ragione un «sistema trasgressivo rispetto allo *ius commune* dei contratti»<sup>123</sup>.

Effettivamente un certo carattere sanzionatorio è possibile rinvenirlo in alcuni elementi: il fatto che non sia prevista la possibilità di detrarre dall'indennità risarcitoria *l'aliunde perceptum e percipiendum* e che il quantum dell'indennità sia stabilito, non già in base al danno realmente subito dal lavoratore, ma sulla base dei criteri di cui all'art. 8 della L. 604/1966, estranei al danno subito dal lavoratore.

Solo due anni dopo l'introduzione della c.d. Riforma Fornero, è intervenuto nuovamente il parlamento con una delega al governo<sup>124</sup> per l'introduzione di un nuovo sistema applicabile solo ai nuovi assunti basato sul pagamento di indennità dipendenti dall'anzianità di servizio: il c.d. Jobs Act.

In estrema sintesi il nuovo impianto normativo prevede per i nuovi assunti con contratto a tempo indeterminato con tutele crescenti, il reintegro è previsto solo nel caso di licenziamento discriminatorio e disciplinare se il lavoratore riesce a dimostrare che il motivo apportato dall'azienda per il licenziamento disciplinare non sussiste. Nel caso di licenziamento disciplinare motivato o di licenziamento per motivi economici il reintegro viene sostituito dal solo indennizzo in denaro, che sarà crescente con l'anzianità del dipendente nell'azienda. Tale sistema ha senz'altro il pregio di rendere prevedibile il *quantum* del risarcimento essendo l'anzianità di servizio l'unico criterio per la liquidazione, ma a ben vedere, tale prevedibilità ha

---

<sup>122</sup> Cfr. Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 303, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 4, 1102.

<sup>123</sup> MANTUSCHI, *L'attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *A.D.L.*, 6, 2007, p. 1188.

<sup>124</sup> Legge 10.12.2014 n. 183, cd. Jobs Act.

senso nell'ottica dei licenziamenti per motivi oggettivi, nei quali il datore di lavoro segue un processo decisionale basata sui costi-benefici, mentre ha molto meno senso nel caso di licenziamenti per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo<sup>125</sup>.

Tralasciando qualunque giudizio sulla riforma, è evidente che il sistema descritto scardina totalmente l'idea di risarcimento del danno previgente introducendo un criterio che prescinde totalmente dall'esistenza del danno e che muove da valutazioni di carattere economico che vedono il lavoro come un bene qualunque sottoponibile alla logica della prevedibilità tipica dell'analisi economica del diritto.

C'è da sottolineare poi che, anche di recente, in materia di responsabilità datoriale, è stata emanata una normativa che prevede delle indennità predeterminate in caso di licenziamento ingiustificato nei contratti a tutele crescenti. Ci si riferisce al c.d. Decreto Dignità<sup>126</sup> che all'art. 3 ha previsto degli incrementi delle indennità nel caso di licenziamenti illegittimi, modificando l'art. 3 del D.Lgs. 23/2015<sup>127</sup> su contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti dimostrando la volontà di mantenere l'impostazione basata sulla predeterminabilità del danno.

Poco tempo dopo l'emanazione dei decreti delegati del Jobs Act (poi parzialmente modificati dal Decreto Dignità), il Tribunale di Roma, terza sezione lavoro, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale sull'art. 1, comma 7, lettera c), della legge 10 dicembre 2014, n. 183<sup>128</sup> e sugli artt. 2, 3 e 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23<sup>129</sup>. Gli articoli citati del decreto legislativo 23/2015 prevedono le c.d. tutele

---

<sup>125</sup> CARRA', *Percorsi evolutivi cit.*

<sup>126</sup> Decreto Legge 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modifiche dalla L. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>127</sup> Decreto Legislativo 4 marzo 2015 n. 23.

<sup>128</sup> La legge rubricata: "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro" all'art. 1, comma 7, lettera c), al dichiarato «scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, «in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali», nel rispetto dei principi e criteri direttivi della «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

<sup>129</sup> Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183.

crescenti che consistono in un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo parametrato all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio<sup>130</sup>. Tale indennità sarà quindi più elevata tanto maggiore sarà l'anzianità di servizio del lavoratore.

La Corte costituzionale<sup>131</sup>, ritenendo l'effettiva applicabilità nel giudizio a quo e, conseguentemente, l'effettiva rilevanza delle questioni di costituzionalità solo dell'art. 3, comma 1, del D.Lgs. 23/2015, dichiara inammissibili le censure mosse contro gli art. 2 e 4 e i commi 2 e 3 dello stesso decreto<sup>132</sup>.

Pertanto il giudizio della Corte si concentra solo sull'art. 3, comma 1, che stabilisce che «[s]alvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

Tale norma, prevedendo una tutela contro i licenziamenti ingiustificati rigida e inadeguata, viola, secondo il giudice rimettente, gli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. – questi ultimi due articoli in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea.

---

<sup>130</sup> Successivamente all'ordinanza di rimessione, è entrato in vigore il decreto legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96. Tale decreto, all'art. 3, comma 1, ha modificato una delle disposizioni oggetto del presente giudizio, e cioè l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, limitatamente alla parte in cui stabilisce il limite minimo e il limite massimo entro cui è possibile determinare l'indennità da corrispondere al lavoratore ingiustamente licenziato. Il citato art. 3, comma 1, del d.l. n. 87 del 2018 ha innalzato tali limiti, rispettivamente, da quattro a sei mensilità (limite minimo) e da ventiquattro a trentasei mensilità (limite massimo) dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (TFR).

<sup>131</sup> Corte Cost. sent. 8.11.2018, n. 194, in *Lavoro nella Giur.*, 2019, 2, p. 153 con nota di CESTER.

<sup>132</sup> Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014 e degli artt. 2, 3, commi 2 e 3, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 vengono, quindi, dichiarate inammissibili per difetto, rispettivamente, di rilevanza (artt. 2, 3, comma 2, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015), di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza (art. 3, comma 3) e di motivazione sulla non manifesta infondatezza (art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014).

La Corte costituzionale ha accolto la questione di costituzionalità nei confronti dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 per la parte in cui dispone la liquidazione dell'indennità per licenziamento ingiustificato in misura fissa e non modificabile di due mensilità per ogni anno di servizio, ritenendo invece necessaria una discrezionalità del giudice secondo i criteri della legge n. 604 del 1966.

Per quanto di nostro interesse, rilevano le considerazioni della Corte costituzionale in tema di adeguatezza del risarcimento.

Innanzitutto la Corte afferma che “la qualificazione come «indennità» dell'obbligazione prevista dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 non ne esclude la natura di rimedio risarcitorio, a fronte di un licenziamento. Quest'ultimo, anche se efficace, in quanto idoneo a estinguere il rapporto di lavoro, costituisce pur sempre un atto illecito, essendo adottato in violazione della preesistente non modificata norma imperativa secondo cui «il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo» (art. 1 della legge n. 604 del 1966).” Si nota quindi la Corte aderisce all'impostazione che vede nella sanzione avverso il licenziamento illegittimo un rimedio che prende i caratteri dell'indennità da un lato e del risarcimento del danno dall'altro, come a voler confermare la locuzione della cd. Riforma Fornero che parlava di «indennità risarcitoria».

La Consulta ha poi sostenuto che “nel prestabilirne interamente il quantum in relazione all'unico parametro dell'anzianità di servizio, la citata previsione connota l'indennità, oltre che come rigida, come uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità.

È un dato di comune esperienza, ampiamente comprovato dalla casistica giurisprudenziale, che il pregiudizio prodotto, nei vari casi, dal licenziamento ingiustificato dipende da una pluralità di fattori. L'anzianità nel lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti.”

L'aspetto più rilevante, ai nostri fini, sta in questa affermazione dei giudici costituzionali: “L'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determina l'indennità in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»,

contrasta altresì con il principio di ragionevolezza, sotto il profilo dell'inidoneità dell'indennità medesima a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente (quarto dei profili di violazione dell'art. 3 Cost. prospettati dal rimettente).”

Quanto al primo aspetto - quello dell'adeguatezza dell'indennità - la Corte ha più volte affermato che “la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)”<sup>133</sup>. Il risarcimento, dunque, ancorché non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere necessariamente equilibrato. Emerge altresì che l'adeguatezza del risarcimento forfetizzato richiede che esso sia tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto.

Quanto al secondo aspetto, l'inadeguatezza dell'indennità forfetizzata stabilita dalla previsione denunciata rispetto alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato è suscettibile di minare, in tutta evidenza, anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto.

È particolarmente interessante notare che in questa sentenza la Corte costituzionale, non solo riconosce che il risarcimento del danno possa avere anche una funzione dissuasiva per il danneggiante, ma addirittura la mancanza di tale funzione dissuasiva viene valutata ai fini del giudizio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, tanto da portare la dottrina ad affermare che “quanto alla funzione dissuasiva e deterrente della sanzione, essa si colloca, in sé, in una prospettiva ben diversa rispetto a quella risarcitoria, rappresentandone semmai uno strumento (esterno) di supporto; senza peraltro che, anche in questa ipotesi, si possa arrivare a caratterizzare l'indennità come appartenente alla categoria dei cosiddetti danni punitivi, che prescindono dal danno effettivo e sono

---

<sup>133</sup> Corte cost., sent. 9.11.2011, n. 303, punto 3.3.1. del Considerato in diritto.

tarati sul comportamento riprovevole del danneggiante. Ma è un elemento, quello della funzione deterrente, che ha avuto in concreto un notevole peso nel ragionamento della Corte.”<sup>134</sup>

#### **XIV. Le condizioni per la delibazione di sentenze straniere contenenti condanne a danni punitivi**

Dopo la disamina del panorama normativo in tema di responsabilità civile appena descritto, le Sezioni Unite giungono alla conclusione che nel nostro ordinamento possano trovare spazio i c.d. “danni punitivi” nel caso di una “intermediazione legislativa” imposta dall’art. 23 Cost. che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali.

Pertanto la Cassazione giunge ad affermare che non vi sia un potere giudiziario di imporre risarcimenti di tipo punitivo, cioè esorbitanti rispetto al danno.

In particolare i giudici di legittimità si concentrano sulla definizione di ordine pubblico internazionale. L’ordinanza di remissione aveva ritenuto che l’ordine pubblico internazionale dovesse inquadrarsi “come il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l’ordinamento interno di un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela di diritti fondamentali dell’uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”.

Le Sezioni Unite rilevano come la nozione di ordine pubblico abbia subito una profonda evoluzione.

Nel 1984<sup>135</sup> in un caso relativo alla delibazione di sentenze francesi<sup>136</sup> la Cassazione aveva ritenuto che la “esatta nozione del concetto di ordine pubblico italiano”,

---

<sup>134</sup> CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *Lavoro nella Giur.*, 2019, 2, p. 153.

<sup>135</sup> Cass. 12.03.1984, n. 1680, in *Giust. civ.*, V, 1984, p. 1419.

<sup>136</sup> Si chiedeva alla Corte di Appello di Bologna che venissero dichiarate efficaci in Italia le sentenze pronunciate in Francia in primo grado il 23 giugno 1976 dal Collegio dei Provisori di Tolosa, sezione

consistesse “nel complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici.”

Successivamente, nel 2013<sup>137</sup>, è stata posta all’attenzione dei giudici della Cassazione la questione inerente al fatto se la normativa statunitense in materia di licenziamento risulti o meno in contrasto con l’ordine pubblico italiano nel momento in cui non prevede alcun presupposto sostanziale, né procedurale, nelle ipotesi di licenziamento, individuale o collettivo, né contempla alcuna forma di tutela del lavoratore contro le ipotesi di licenziamento ingiustificato.

Per dirimere la controversia la Corte ha ritenuto di dover precisare la definizione di ordine pubblico internazionale che secondo un’elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata, non va desunta dal contenuto di singole norme imperative, dovendo piuttosto ricavarla dal sistema di tutele approntate a livello sovraordinato, ovvero dai principi fondamentali affermati dalla Costituzione italiana e dal diritto comunitario<sup>138</sup>.

La corte definisce in particolare l’ordine pubblico internazionale come un sistema “di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria sicché occorre far riferimento alla tutela del lavoro prevista dalla Costituzione (artt. 1, 4 e 35 Cost.) — dopo il trattato di Lisbona, di modifica del trattato sull’Unione Europea e del trattato che istituisce la Comunità Europea, si è arricchita delle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell’Unione europea dall’art. 6 TUE”<sup>139</sup>.

Come si può notare, l’evoluzione della nozione di ordine pubblico internazionale passa per la sussunzione del diritto europeo nel nostro ordinamento, ma ciò non comporta la sostituzione dell’uno all’altro ma la coesistenza di entrambi. La riprova

---

commerciale, ed in appello il 20 maggio 1977 dalla Corte d’Appello di Tolosa, IV camera sociale, con le quali una società era stata condannata a corrispondere a un lavoratore diverse somme di denaro a titolo di provvigioni ed indennità di vario genere conseguenti allo svolgimento ed alla risoluzione di un rapporto di lavoro.

<sup>137</sup> Cass. 21.01.2013, n. 1302, in *RIDL*, III, 2013, p. 569. La controversia riguarda un’ipotesi di licenziamento disposto a fronte di un’esigenza di riduzione del personale di un lavoratore, cittadino italiano, che ha eseguito la sua prestazione di lavoro negli Stati Uniti d’America, ove non è riscontrabile alcuna normativa sui licenziamenti collettivi, né una normativa in grado di apprestare in via generale un’adeguata forma di tutela in caso di licenziamento ingiustificato.

<sup>138</sup> FALERI, *Il principio di necessaria giustificazione del licenziamento e il limite dell’ordine pubblico all’applicabilità della legge straniera per i rapporti svolti all’estero*, in *RIDL*, III, 2013, p. 569.

<sup>139</sup> Cass. 21.01.2013, n. 1302, cit.

starebbe nell'art. 67 del TFUE che afferma che “l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati Membri.”

Pertanto il fatto che la disciplina europea non sia incompatibile (cosa peraltro da verificare) con l'introduzione di risarcimenti del danno basati sui *punitive damages*, non esime il giudice della delibazione di valutare la compatibilità con il portato della Costituzione di quelle leggi “che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale”. Le Sezioni Unite, in particolare, ritengono che l'ordine pubblico sostanziale, sebbene maggiormente informato ai principi armonizzati dalle Carte sovranazionali, nel tempo non abbia perso quei limiti che le Costituzioni e le diverse tradizioni giuridiche, con le loro diversità, rendono ancora vivi.

Quindi le Sezioni Unite descrivono un sistema che non arretra sui principi essenziali della “*lex fori*” in materie che costituiscono l'ossatura e il fondamento della Repubblica<sup>140</sup>, ma che nel contempo non si fossilizza nella ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani.

Ciò posto, i giudici di legittimità chiariscono che non ha quindi senso interrogarsi su se sia o meno la medesima la *ratio* della funzione deterrente della responsabilità civile italiana e quella dei *punitive damages*, ma che il corretto interrogativo da porsi è “se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione”.<sup>141</sup>

La risposta è evidentemente che i *punitive damages* di per sé, cioè intesi come una condanna ad un risarcimento maggiore del danno per scopi deterrenti e punitivi, non è incompatibile con il nostro ordinamento, e ciò è dimostrato dalle numerose norme citate dalla Cassazione stessa che già fanno parte del nostro ordinamento e che contengono risarcimento con funzioni ultronee rispetto a quella meramente compensativa.

---

<sup>140</sup> Si pensi al diritto del lavoro e si veda significativamente Cass. 26.4.2013, n 10070, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2014, p. 135.

<sup>141</sup> Come si vedrà nel capitolo II, anche la Corte costituzionale francese ha ragionato negli stessi termini.

L'esame della Cassazione, superato il problema inerente la natura della condanna risarcitoria, si sposta sui presupposti che questa condanna deve avere per essere importata nel nostro ordinamento senza confliggere con i valori che presidiano la materia, ed in particolare senza confliggere con i valori che stanno alla base degli artt. 23 e 25 Cost..

In particolare, nel nostro ordinamento, ogni prestazione patrimoniale - sanzionatoria o deterrente che sia - non può essere imposta *iussu iudicis* senza che vi sia espressa previsione normativa. Così, non dissimilmente, anche la sentenza straniera che abbia irrogato danni punitivi deve provenire da un ordinamento nel quale vi sia una previsione normativa a riguardo. Evidentemente il concetto di fonte normativa varia da stato a stato, e soprattutto varia tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, ciò che però le Sezioni Unite pretendono ai fini della delibazione è che il giudice dell'ordinamento *a quo* abbia pronunciato il provvedimento sulla scorta di basi adeguate, che rispondano al criterio di tipicità e prevedibilità. Ne discende che dovrà esserci una precisa perimetrazione della fattispecie e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili.

Al controllo alla stregua degli artt. 23 e 25 della nostra Costituzione, si aggiunge il controllo basato sull'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>142</sup> che prevede il principio di legalità e proporzionalità della pena<sup>143</sup>, pertanto il controllo delle Corti d'appello nel giudizio di delibazione deve riguardare anche la proporzionalità tra risarcimento compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata.

---

<sup>142</sup> L'art. 49 che è rubricato "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene" recita che "Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui *L* stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato *L* stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

*Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui *L* stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.*

*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato."*

<sup>143</sup> È opportuno ricordare che nell'ordinamento europeo il concetto di pena è differente rispetto a quello nostrano. Per l'Unione la pena si identifica in forza dell'afflittività della sanzione e non in base alle regole formalistiche proprie del diritto penale italiano.

Quindi ogni ordinamento può costruire un sistema di responsabilità più o meno legato alla condotta del danneggiante, più o meno legato al danno subito dal danneggiato, con funzione compensativa, deterrente o punitiva, ma, ai fini dell'ingresso nel nostro ordinamento, ciò che è necessario è che la "sanzione" sia tipica, prevedibile e proporzionata.

Ciò posto le Sezioni Unite calano le considerazioni svolte in generale nel caso sottoposto al loro esame, ed in particolare si domandano se nell'ordinamento degli Stati Uniti i *punitive damages* abbiano i caratteri della tipicità, prevedibilità e proporzionalità richiesti.

Il problema, in passato, riguardava i danni c.d. *grossly excessive*, cioè i risarcimenti oltremodo eccessivi rispetto al danno subito. In realtà, come le Sezioni Unite ricordano, il percorso dei danni punitivi negli USA ha portato a una sempre maggiore delimitazione del concetto e ad un uso sempre più ponderato dell'istituto.

Già nel 1996, nella causa *Bmw of North America v. Gore*<sup>144</sup>, la Corte Suprema stabiliva che l'ammontare della somma riconosciuta alla vittima a titolo di *punitive damages* dovesse essere direttamente proporzionata alla gravità del comportamento del danneggiante e che tale rimedio non potesse essere considerato indipendentemente dalle eventuali sanzioni penali altrimenti comminate per lo stesso fatto. Pertanto, secondo la Suprema Corte, ai fini dell'ammissibilità dei danni punitivi e della determinazione del loro preciso ammontare occorrerà prendere in considerazione: la gravità della condotta del danneggiante; la proporzione esistente tra *compensatory damages* e danni punitivi; la relazione tra il riconoscimento di danni punitivi e quanto concesso in ipotesi simili mediante sanzioni di altro tipo.

La Corte suprema inoltre rilevava la necessità di stabilire un limite ai fini della determinazione della somma concessa a titolo di *punitive damages*, ritenendo che tale

---

<sup>144</sup> Corte suprema degli Stati Uniti d'America, sentenza 20-5-1996, con nota di PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, *Foro it.*, 1996, IV, p. 42 e con nota di COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: un argine costituzionale ai danni punitivi*, *Danno e resp.*, 1997, p. 298.

somma non potesse comunque essere dieci volte o più superiore a quella concessa per il risarcimento del danno effettivo<sup>145</sup>.

Le Sezioni Unite sottolineano anche che molti Stati americani ormai hanno disciplinato normativamente l'istituto dei danni punitivi sottraendolo ai verdetti imprevedibili delle giurie.

Inoltre nel 2007, nel caso *Philip Morris USA v. Mayola Williams*, il giudice Breyer nella *majority opinion* scriveva “i danni punitivi possono essere propriamente imposti per realizzare un legittimo interesse dello stato a punire una condotta illegittima e disincentivare la sua ripetizione”, ma allo stesso tempo si deve “evitare una determinazione arbitraria del loro ammontare”. Infatti secondo la Corte suprema, una determinazione arbitraria del risarcimento sarebbe contraria al XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti che prevede la *due process clause*, cioè il fatto che nessuno possa essere privato della proprietà senza un processo nelle dovute forme di legge. Nel caso *Philip Morris*, in particolare, si è espresso il principio per il quale il risarcimento imposto al convenuto non può essere parametrato con riferimento ad un danno cagionato a chi non è parte nel processo o a chi non è direttamente rappresentato dalla parte, cioè a chi è, essenzialmente, estraneo alla controversia processuale.

Ma la limitazione più stringente che si ha negli Stati Uniti all'utilizzo dei danni punitivi è rappresentata dalla sentenza *EXXON v. Baker* del 25 giugno 2008<sup>146</sup> dove la Suprema Corte giunge alla conclusione che il rapporto massimo che può intercorrere tra *punitive e compensatory damages* è di 1 a 1<sup>147</sup>, e che solo applicando questo rapporto si individua il “*fair upper limit*” dei primi.

Stabilito che la misura massima dei danni punitivi si calcola in rapporto all'ammontare dei danni patrimoniali liquidati secondo una proporzione di 1 a 1, l'analisi della Corte risulta particolarmente interessante poiché si basa su dati empirici ricavati dalle sentenze delle Corti statali, dai quali emergerebbe che, nei casi considerati la “*median*

---

<sup>145</sup> Si veda la causa *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Preece Campbell* decisa con sentenza 7-4-2003 ed il commento di PONZANELLI, *La “costituzionalizzazione” dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, *Foro it.*, 2003, IV, p. 356.

<sup>146</sup> SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? la sentenza exxon shipping co. v. baker (in margine a u.s. supreme court, 25 giugno 2008)*, in *Int'l Lis*, 2008, 3-4, p. 166.

<sup>147</sup> «*A punitive-to-compensatory ratio of 1:1 [...] yields maximum punitive damages in that amount*».

*ratio*" tra danni *punitive* e *compensatory* è ben al di sotto del rapporto di uno a uno (i danni compensativi in media superano i danni punitivi del 35%). Ciò secondo la Suprema corte dimostra che, se giudici e giurie hanno ritenuto che, in genere, una condanna a *punitive damages* per un importo inferiore a quello del risarcimento concesso costituisca una sanzione monetaria ragionevolmente adeguata alle peculiarità del caso deciso, allora la misura stessa del risarcimento indica il limite massimo della sanzione.

In chiusura le Sezioni Unite analizzano la legge della Florida, Stato dal quale provenivano le sentenze da delibare, che ha limitato l'utilizzo dei danni punitivi introducendo i limiti del divieto di *ne bis in idem*, dei massimali di responsabilità alternativi a seconda del tipo di responsabilità che si configura, della necessità di seguire un complesso rito con una verifica iniziale della responsabilità ed una fase successiva relativa agli eventuali *punitive damages*.

Pertanto le Sezioni Unite giungono ad affermare il principio di diritto secondo il quale nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscono la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

## **XV. Gli effetti della pronuncia del Sezioni Unite nella dottrina**

Come c'era da aspettarsi, all'indomani della pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017 la dottrina ha iniziato a interrogarsi sulla portata di tale arresto.

Ad una sommaria analisi dei principali commenti alla sentenza è possibile individuare un tratto comune a tutti ed un tratto che invece divide gli interpreti.

Ciò che accomuna tutti è la constatazione della polifunzionalità della responsabilità che si colora di funzioni ultronee rispetto a quella compensativa-riparatoria per arrivare a perseguire scopi deterrenti, punitivi o organizzativi.

Alcuni autori<sup>148</sup> infatti hanno definito questa parte della pronuncia una “sentenza principio” in quanto la Suprema Corte ha affermato principi che travalicano la necessità della fattispecie da decidere. “Si tratta di casi non frequentissimi, che l’ambiente giuridico coglie per quello che il giudice ha voluto che siano: indicazioni di massima raggiunte dopo una seria e approfondita riflessione, non di rado promossa e condotta dalla dottrina; similmente quando il tema da decidere tocca valori così fondanti che la decisione assunta in sede di legittimità, senza dubbio dopo ampio dibattito per l’importanza della questione (non necessariamente della controversia), riveste una forza di tendenziale stabilità che nessun giudice si sentirebbe di contrastare per il solo gusto [...] del solipsismo giudiziario[...]”, tali sentenze “costituiscono sterzate o sferzate per l’ordinamento, delle quali solo nel tempo si coglie la dimensione effettiva”<sup>149</sup>.

Ebbene, come ampiamente discusso nei paragrafi precedenti, la constatazione della polifunzionalità della responsabilità civile era già nell’aria da un po’, pertanto non ha stupito gli interpreti. Ciò che invece ha aperto il dibattito è, per dirla con Ponzanelli, se “la polifunzionalità avesse a che fare non solo con il profilo internazionalprivatistico, ma anche con quello di diritto interno”<sup>150151</sup>.

---

<sup>148</sup> Ci si riferisce a GRONDONA, *La libertà civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, 2017, Napoli, p. 109.

<sup>149</sup> LUPOI, *L’interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 247.

<sup>150</sup> PONZANELLI, *Le Ssezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *NGCC*, 10, 2017, p. 1413.

<sup>151</sup> Convinto che l’unico profilo rilevante sia quello internazionalprivatistico è AL MUREDEN, *L’apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 2018, 6, p. 995 che sostiene che il dato per cui i punitive damages scaturiscono da un’iniziativa adottata da parte di un privato e danno luogo ad un arricchimento di quest’ultimo non giustificato da esigenze risarcitorie costituisce un profilo di differenziazione tra il sistema nazionale e quello statunitense che non sembra poter essere superato né muovendo dalla presenza di norme che eccezionalmente si caratterizzano per una finalità punitiva ulteriore rispetto a quella tipicamente risarcitoria, né nell’individuazione di sistemi nei quali le regole risarcitorie si integrano con quelle preventive, né, infine, invocando il carattere polifunzionale della responsabilità civile. La pluralità di funzioni assolve dall’ordinamento nel suo complesso è affidata ad una netta separazione tra rimedi risarcitori

Volendo attenersi alla lettera della sentenza verrebbe da dire che la polifunzionalità della responsabilità civile è una caratteristica in sé dell'istituto, che non muta a seconda del fatto che si stia operando una delibazione di una sentenza straniera o l'interpretazione di una norma interna, ciò che però non è concesso (nonostante le aspettative di molti interpreti), è l'introduzione generale di un potere giudiziario di condannare ad un risarcimento di tipo punitivo.

Viene da chiedersi se l'espressa affermazione della funzione sanzionatoria, nonostante, come detto, le Sezioni Unite lo abbiano escluso, possa portare all'introduzione dei danni punitivi tramite un qualche percorso evolutivo già verificatosi in altre esperienze<sup>152</sup>.

Ciò che della sentenza ha perplesso non pochi è il riferimento all'art. 23 Cost.. La Corte richiama la norma della Costituzione sulla necessità che ogni prestazione patrimoniale debba trovare riscontro in una legge lasciando intendere che il risarcimento punitivo debba considerarsi alla stregua di una prestazione imposta. Ciò non appare corretto in quanto il riferimento all'art. 23 sembra caricare di valenza pubblicistica i danni punitivi<sup>153</sup>, in contrasto con l'affermazione della sentenza secondo cui il danno punitivo è pur sempre "interno" al sistema della responsabilità civile. "Giacché il raffigurare il risarcimento con valenza punitiva, quale

---

del diritto civile, da una parte, e sanzioni amministrative e penali, dall'altra. La figura dei punitive damages, che negli ordinamenti statunitensi si affianca ai rimedi propri del public enforcement (*penalties*) e concorre con essi a presidiare il rispetto delle regole preventive poste a tutela di valori fondamentali, non sembra poter essere in alcun modo assimilata e ricondotta alle regole che nel nostro ordinamento governano il risarcimento dei danni provocati da comportamenti illeciti. Essi costituiscono un'ipotesi del tutto particolare nella quale la finalità sanzionatoria tipicamente esercitata dall'apparato pubblicistico attraverso l'irrogazione delle *penalties* viene realizzata anche mediante il concorso di un'iniziativa che, al ricorrere di determinati presupposti, l'ordinamento attribuisce ai privati, i quali divengono al tempo stesso promotori della funzione di public enforcement e beneficiari delle somme di denaro che gli autori di condotte caratterizzate da particolare disvalore siano condannati a versare. In questa prospettiva, quindi, la chiave di lettura che potrebbe spiegare il radicale mutamento interpretativo operato dalla Cassazione sembra essere quella che valorizza la nuova concezione di ordine pubblico conformata in funzione di un orizzonte di principi fondamentali sensibilmente più vasto e permeabile rispetto a quello che costituì il punto di riferimento della decisione resa dieci anni orsono. Proprio in quello stesso periodo, infatti, due fondamentali decisioni della Corte costituzionale inaugurarono una nozione di ordine pubblico in ragione della quale gli obblighi internazionali scaturenti dall'applicazione dell'art. 117 Cost impongono di attribuire ai principi ed alle norme scaturenti dall'adesione all'Unione Europea ed ai Trattati che collegano il nostro ordinamento ad altri il valore di "norme interposte" fra le leggi e la Costituzione.

<sup>152</sup> BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contratto e impr.*, 4, 2017, p. 1129.

<sup>153</sup> ANTONINI, *Commento art. 23 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), 2006, Torino, v. 1, p. 484.

"prestazione", risultante da autonoma "imposizione", alla stregua di una qualsiasi misura fiscale o di altro genere, appare accostamento, si è detto, abbastanza estraneo alla materia, la quale non conosce "prestazioni" autonome ma "effetti o rimedi" conseguenti al fatto illecito dannoso. Occorre invece insistere su principi più direttamente pertinenti alla materia e/o meglio sull'esigenza che "l'ancoraggio normativo", così evocato, sia tale da aver collocazione all'interno stesso dello "armamentario" (così definito dalla sentenza) della responsabilità civile, utilizzandone per intero la potenzialità e cioè la irradiazione di cui esso è capace"<sup>154</sup>. Restano però differenze di vedute tra gli interpreti circa il passaggio costituito da quelle che Di Majo chiama "regole operazionali" cioè le regole destinate a rendere operativa la funzione.

Infatti l'Autore ritiene che "l'ancoraggio normativo" richiesto dalla sentenza non debba necessariamente passare per l'intermediazione legislativa, onde evitare di ridurre la sentenza stessa all'affermazione di un'ovvietà. Secondo Di Majo, nel sistema della responsabilità civile vi sarebbe già l'armamentario necessario a trovare criteri e linee guida che consentano di rendere la misura del risarcimento punitivo tipica, prevedibile e proporzionata. Basterebbe infatti valorizzare altre componenti del fatto illecito dannoso, diverse dal danno<sup>155</sup>, come la colpevolezza, la natura del bene lesa, la qualità delle parti.

In tal modo, secondo l'Autore, è la stessa "natura" del danno ad esprimere funzioni, che vanno al di là di quella meramente riparatoria, a tal punto che si può sostenere che è lo stesso danno a poter acquistare valenza punitiva.

Tesi diametralmente opposta a tale percorso viene espressa da Ponzanelli che, in nota alla medesima sentenza delle Sezioni Unite<sup>156</sup>, osserva che "il principio dell'equivalenza del dolo e della colpa torna quindi ad essere il fulcro del sistema" e poi osserva che il risarcimento del danno alla persona "è già il più alto in Italia rispetto

---

<sup>154</sup> DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva - principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. It.*, 2017, 8-9, p. 1787.

<sup>155</sup> Così come ha luogo in altre esperienze, ad es. in quella del diritto europeo, ove si ha riguardo ad un giudizio di "rilevanza giuridica" del danno (*legally relevant damage*), che si fa portatrice di fattori, quali "il fondamento dell'imputazione, la natura e prossimità del danno, le aspettative ragionevoli di colui che il danno subisce".

<sup>156</sup> Su *Il Sole 24Ore* del 14 luglio 2017.

all'Europa" e "non è opportuno che esso venga accresciuto perché questo comporterebbe necessariamente ed inevitabilmente un aumento del livello dei premi assicurativi". Argomento al quale si potrebbe agilmente replicare che il danno punitivo ha un effetto deterrente e che questo dovrebbe portare a una riduzione degli incidenti con conseguente riduzione dei premi.

Che l'evoluzione giurisprudenziale porti in senso o nell'altro, cioè a ritenere o meno necessaria una legge per irrogare condanne per danni punitivi, non è dato saperlo, ciò che però è possibile affermare è che non è la lettera della norma a impedire interpretazioni estensive, basti, fra tutti, citare il caso dell'art. 2059 c.c. che pareva ancorare il risarcimento del danno non patrimoniale a rigidi principi di tipicità legislativa e che è giunto ad una atipizzazione di fatto basata sui diritti rinvenibili in Costituzione. Oltre al fatto che il danno non patrimoniale stesso risulta compensativo solo tramite una *fictio*, non avendo consistenza e natura, tale da consentire che esso possa essere compensato da somma di danaro.

## **XVI. I primi tentativi di introduzione di danni punitivi nel nostro ordinamento**

Interessante risulta l'analisi di una recente ordinanza della Corte di Cassazione<sup>157</sup> in tema di quantificazione del danno. La Terza Sezione della Suprema Corte sembra esortare i giudici di merito a calibrare il *quantum debeatur* al fine di evidenziare la riprovevolezza della condotta del danneggiante.

La vicenda riguarda un'insegnante di scuola elementare che era stata violentemente contestata da alcuni genitori, e in particolare dal convenuto, nel corso dell'anno scolastico 1993-94. Il convenuto aveva inviato numerose lettere alla direttrice didattica dell'Istituto, attribuendo all'attrice comportamenti particolarmente gravi nei confronti dei bambini, tanto che, in conseguenza delle sue reiterate affermazioni diffamatorie, ella era stata addirittura sottoposta a valutazione psichiatrica medico-legale. A seguito delle accuse mosse dal convenuto, l'insegnante era stata sottoposta

---

<sup>157</sup> Cass. civ. Sez. III, Ord., 12.04.2018, n. 9059, in *Danno e Resp.*, 2019, 1, 88.

a procedimento penale per i reati di cui agli artt. 572 e 582 c.p. - reati da cui sarebbe stata poi assolta per insussistenza del fatto. Inoltre, nel corso di tale procedimento, era stata sottoposta alla misura interdittiva della sospensione dal pubblico servizio ed infine era stata trasferita d'ufficio in un'altra sede.

Per quanto di nostro interesse, rileva sottolineare un passaggio conclusivo dell'ordinanza in questione. La Corte afferma che “[...] *il giudice civile, nella valutazione e liquidazione del quantum debeatur, non può e non deve ignorare, - quasi che la dimensione della giurisdizione si collochi entro un asettico territorio di pensiero tanto avulso dal reale, quanto insensibile ai mutamenti sociali e culturali in cui essa viene esercitata (in argomento, tra le altre, Cass. 21619/2007, che discorre di "dimensione storica" dei criteri di causalità; Cass. 5146/2018, che ricostruisce espressamente il risarcimento da perdita di chance in termini di scelta "di politica del diritto") - il preoccupante clima di intolleranza e di violenza, non soltanto verbale, nel quale vivono oggi coloro cui è demandato il processo educativo e formativo delle giovani e giovanissime generazioni.*”

Tale affermazione suona come “un'autentica rivoluzione”<sup>158</sup> rispetto alle tesi tradizionali che sostenevano che il procedimento di “monetizzazione delle perdite” non potesse essere parametrato a dati che si collocano “fuori dalla lesione”<sup>159</sup> negando che alla riparazione del danno non patrimoniale potesse assegnarsi “una funzione di *general deterrence*, con ricadute pratico-applicative in punto di quantificazione della somma riparatoria”<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2019, 1, p. 88.

<sup>159</sup> Si deve però sottolineare che la stessa sezione della Cassazione (la terza), a neppure un anno di distanza dalla sentenza 9059/2018, ha affermato il contrario, si veda Cass. civ. Sez. III, 28.2.2019, n. 5829 in cui si legge “sul punto, varrà rilevare come, nel sistema italiano della responsabilità civile, così come positivamente regolato dalla legge, la valutazione dell'incidenza della condotta del danneggiante sull'entità del danno da liquidare (e, dunque, l'apprezzamento della sostanziale funzione sanzionatoria dell'istituto della responsabilità risarcitoria, secondo i termini della liquidazione dei c.d. danni punitivi), pur se astrattamente non incompatibile con i principi dell'ordinamento, deve ritenersi in ogni caso vincolata al ricorso di specifici presupposti di tipicità legislativa, oltre che di ulteriori requisiti di prevedibilità e di dimensionamento quantitativi, nella specie del tutto insussistenti (cfr. Sez. U, Sentenza n. 16601 del 05/07/2017, Rv. 644914-01); che, pertanto, in assenza di alcuna previsione positiva idonea a giustificare una diversa lettura del sistema generale del risarcimento del danno da circolazione stradale, deve ritenersi corretta la decisione del giudice a quo nella misura in cui ha del tutto trascurato la considerazione della condotta del danneggiante ai fini della liquidazione del danno”

<sup>160</sup> Così Trib. Milano 10 luglio 2015, n. 8537, in *Foro it.*, 2015, I, p. 2916, con nota di PALMIERI, anche in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1623, con nota di PRINCIPATO.

Come fatto notare dalla dottrina<sup>161</sup>, nelle argomentazioni della Cassazione si rinviene l'invito a considerare il giudizio di responsabilità civile non più soltanto nella sua tipica dimensione intersoggettiva, di composizione tendenzialmente "aritmetica" di un dissidio originato da un evento lesivo, ma anche per i riflessi che una condanna (e, specularmente, una non-condanna) può assumere sul ripetersi di consimili eventi nella comunità. Così quindi la responsabilità civile fungerebbe da "potente strumento di direzione delle condotte umane" e quindi da "garante della coesione sociale"<sup>162</sup>.

Ma se il danno, così come auspicato dalla Corte, deve tenere in considerazione non soltanto la sofferenza della vittima, ma soprattutto "il clima di intolleranza e violenza" in cui sono costretti a vivere gli insegnanti, è evidente che il risarcimento, oltre alla funzione compensativa, abbia anche la funzione di trasmettere un messaggio agli altri possibili trasgressori. Questo genere di rimedio, con funzione deterrente e quindi ultracompensativa, consiste in quello che l'ordinamento inglese (come si vedrà a breve) definisce *exemplary damages*.

D'altronde, l'uso della sanzione — e la punizione non è altro che sanzione — a seguito delle numerose leggi che l'hanno adottata (v. legge sui brevetti, sulla proprietà intellettuale, sul lavoro subordinato, la legge sul giudizio di ottemperanza nel processo amministrativo, la disposizione sull'*astreinte*) dimostra che lo stesso si è rivelato una tecnica di controllo sociale di comportamenti o di condotte *contra legem*. In tal caso, sostiene parte della dottrina, non si vede ragione perché la sanzione (*rectius* la punizione) non possa essere impiegata nel modello principale della responsabilità civile, che è la *regula aurea* sulla violazione dei diritti<sup>163</sup>.

È necessario, però, dar conto del dibattito, ancora ben lontano dal giungere a una visione condivisa, su cosa voglia dire deterrenza, atteso che anche coloro che si oppongono ad una declinazione più che compensativa del rimedio risarcitorio riconoscono la funzione di deterrenza della responsabilità civile<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali* cit.

<sup>162</sup> Le espressioni sono di CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, 1995, Parigi, p. 1 e 13.

<sup>163</sup> DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in Eur. dir. priv., 2018, 4, p. 1309.

<sup>164</sup> Delle molteplici posizioni sul tema dà conto SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, 2011, Milano.

Infatti una autorevole dottrina ritiene che la prospettiva di un risarcimento meramente compensativo riesca di per sé a disincentivare la realizzazione del fatto lesivo<sup>165</sup>, e che, quindi, il limite al risarcimento del danno debba essere sempre il danno stesso. Tale Autore ritiene altresì che la gravità della condotta lesiva non possa convertirsi in parametro di personalizzazione nella liquidazione del danno. Infatti, solo nel caso in cui la modalità della condotta abbia inciso su “aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato” il giudice ne potrà trarre sollecitazione ai fini della personalizzazione del danno non patrimoniale. “La lunga marcia della responsabilità civile della modernità, tradottasi in quella che abbiamo chiamata secolarizzazione, è segnata dall’affrancazione di essa da modelli e stilemi della responsabilità penale. Questa si traduce nell’inversione di prospettiva, dalla condotta e dalla sua qualificazione al risultato che se ne coglie nella sfera del danneggiato. La demitizzazione della colpa come criterio di identificazione della responsabilità civile non significa soltanto la presa d’atto della responsabilità oggettiva, ma prima ancora che il *porro unum necessarium* della responsabilità civile non è la colpa, come teorizzava Jhering<sup>166</sup>, ma il danno. Questo *riorientamento* trova fondamento sul piano positivo nello stesso art. 2043 c.c., ove l’equiparazione del dolo alla colpa (*rectius*, della colpa al dolo) non consente un aggravamento del risarcimento che sia giustificato dall’intenzionalità della condotta, anche quando questa possa in quanto tale risultare intollerabile per la persona offesa. È quanto dimenticano gli entusiasti neofiti dei c.d. danni punitivi, non avvedendosi che l’indebita proiezione della gravità della condotta sull’entità del risarcimento che questi comportano contrasta con il suo limite trascendentale, costituito dal danno, che del risarcimento è l’oggetto e la misura: “altrimenti non si comprende che risarcimento del danno sia. Il risarcimento che intenda essere sanzionatorio, eccedendo il danno, (va al di là di se stesso, perdendosi nella negazione di sé) non è più tale, sicché, fin quando la legge parla di risarcimento, non si può intendere quest’ultimo come altro dal semplice ristoro integrale del danno, e nulla

---

<sup>165</sup> CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, 2008, Milano, II, p. 365.

<sup>166</sup> JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen 1867, ora in *Vermischte Schriften*, Leipzig, 1879, (trad. It., Napoli, 1990, 38).

più”<sup>167</sup>. Soccorre in questo senso anche il principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali, che il risarcimento punitivo violerebbe, dato che ad esso per definizione non corrisponde una perdita del danneggiato<sup>168</sup>. In ogni caso questo salto all’interprete non è consentito; esso va lasciato alle facoltà di un legislatore sperabilmente consapevole di ciò che fa.”<sup>169</sup>

L’impostazione di Castronovo, tuttavia, finisce per presupporre implicitamente la proposizione che invece andava dimostrata. Affermare che il risarcimento sanzionatorio o deterrente che ecceda il danno non è più tale in quanto il limite del risarcimento è il danno stesso finisce per suonare come una *petitio principii*.

Chi scrive è convinto che se si vuole dare alla responsabilità una funzione deterrente o punitiva il *quantum debeatur* necessiti di un *quid pluris* rispetto al risarcimento meramente compensativo<sup>170</sup>. Infatti, come si tenterà di dimostrare nel terzo capitolo di questo lavoro, la sovrapposizione tra l’entità del pregiudizio e il contenuto patrimoniale del rimedio risarcitorio finisce per collocare il danneggiante su una posizione di indifferenze rispetto alla commissione del fatto lesivo, non già a dissuaderlo<sup>171</sup>.

L’aspetto problematico, però, della funzione deterrente intesa come necessariamente ultracompensativa consiste nel trovare un referente normativo che autorizzi la liquidazione del *quantum debeatur* in misura superiore al danno subito dalla vittima. Infatti, anche la Corte di Cassazione, pur sostenendo che il giudice di merito debba tener conto di fattori esterni al rapporto tra danneggiante e danneggiato nella quantificazione del danno, non indica sulla base di quale norma tale operazione possa trovare legittimità.

Una parte della dottrina ha individuato come strumento deputato a sanzionare il livello di repressibilità dell’azione - in funzione, quindi, punitivo-deterrente - l’art. 2059

---

<sup>167</sup> CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 30.

<sup>168</sup> CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano* cit. p. 334.

<sup>169</sup> CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e Resp.*, 2019, 1, 15.

<sup>170</sup> Per questa posizione si veda BARBIERATO, *Risarcimento del danno e funzione deterrente*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1176.

<sup>171</sup> MATTEI, *Tutela risarcitoria e tutela inibitoria*, 1987, Milano, p. 255.

c.c.<sup>172</sup> In questa ricostruzione, il giudice non dovrebbe più essere costretto nella quantificazione del risarcimento entro il limite massimo dettato dall'estensione delle sofferenze individuali ma potrebbe tener conto della condotta del danneggiante e degli effetti deterrenti di un risarcimento esemplare.

Infatti, sostiene questa dottrina, se il danno non patrimoniale è di dubbia consistenza sul terreno della riparazione-compensazione, il risarcimento di esso non può che avere sostanzialmente funzione sanzionatoria e tendenzialmente punitiva, o meglio: si tratta di non lasciare privo di risposta un evento di danno, ove privo del danno-conseguenza, se non si voglia “appiattare” quest'ultimo sull'evento di danno<sup>173</sup>.

Tale ricostruzione ha il pregio di rimuovere il velo che da sempre copre il risarcimento del danno non patrimoniale facendo apparire solo un problema di esatta quantificazione quello che invece è un problema di individuazione del *ubi consistam* del danno non patrimoniale. Ciò che nelle aule di tribunale viene comunemente denominata come determinazione equitativa del danno non patrimoniale, in molti casi serve a celare il fatto che quel danno non c'è o non è determinabile e che il *quantum debeatur* in realtà sarà parametrato a fattori diversi dal danno. Come sostenuto da attenta dottrina infatti “possiamo continuare ad accettare la finzione in forza della quale la «gravità» del fatto (misurata, anche, sulla condotta del suo autore) determina una sorta di prova presuntiva su cui costruire la liquidazione di un *quantum* del danno non patrimoniale risarcibile in capo al danneggiato<sup>174</sup> (e questo, essenzialmente, col solo scopo di rimanere nell'alveo di una logica compensativa che, oramai, i giudici di legittimità non sembrano più concepire come un tratto distintivo irrinunciabile e unico della responsabilità civile<sup>175</sup>), o possiamo rassegnarci all'idea - più vera, meno ipocrita

---

<sup>172</sup> QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali* cit. e BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile* cit. p. 46.

<sup>173</sup> DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon* cit.

<sup>174</sup> DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, 2018, Torino, p. 95, ove si afferma «(...) l'evanescenza del confine tra prova presuntiva e danno *in re ipsa* nel campo del danno non patrimoniale da lesione della reputazione non consenta una netta demarcazione tra i due regimi probatoria, considerato che, come per gli altri tipi di danno, gli indici per accertare l'*an* sulla base delle presunzioni rappresentano anche i parametri del *quantum*».

<sup>175</sup> BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 1, p. 6, che afferma: «L'insuscettibilità dell'interesse non patrimoniale ad essere specificatamente reintegrato mediante una prestazione pecuniaria non implica che questa abbia funzione punitiva. La prestazione è prevista dalla legge esclusivamente quale prestazione risarcitoria e pertanto pur sempre in funzione compensativa del danno arrecato (È appena il caso di avvertire che questa funzione

- che la valutazione della «gravità» del fatto illecito (apprezzata sulla base di circostanze oggettive e soggettive differenti, ma tutte convergenti nella direzione di apprezzare il disvalore del comportamento dell'autore dell'illecito) costituisca il modo per determinare la componente sanzionatorio-afflittiva del danno non patrimoniale, nel senso che quest'ultimo può essere liquidato, nel *quantum*, in ragione della gravità del fatto illecito, misurata non tanto come indice dei suoi effetti lesivi, quanto come segno del suo disvalore socio-giuridico, facendo sorgere così sul danneggiante conseguenze patrimoniali più intense di quelle che avrebbe sofferto se il fatto fosse risultato, nell'apprezzamento del giudice, meno grave.<sup>176</sup>

Pur riconoscendo a questi Autori il merito e il coraggio di aver sfatato un mito, a ben vedere l'art. 2059 c.c. non fornisce (almeno esplicitamente) elementi per poter ritenere che da questa norma il giudice possa essere autorizzato a un generale potere di liquidazione di danni ultracompensativi. Infatti il quantum del risarcimento resta determinato nell'art. 2043 che pone come limite il danno stesso.

Vedremo nel prosieguo di questo lavoro, anche attraverso il paragone con un ordinamento straniero, se e a quali condizioni possa essere ipotizzabile un generale potere giudiziario di condannare al risarcimento di un danno ultroneo rispetto a quello meramente compensativo.

---

compensativa non è smentita dalla rilevanza che assume la gravità del fatto poiché la gravità del fatto aggrava la lesione morale subita dal danneggiato)».

<sup>176</sup> BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 1, p. 222.

## CAPITOLO II

### I. L'utilità di un confronto comparatistico

Prima di addivenire a delle conclusioni sul sistema della responsabilità civile nel nostro ordinamento e poter tentare di indicare delle prospettive evolutive, pare opportuna un'analisi di tipo comparatistico con un ordinamento straniero.

Si può sin d'ora anticipare che il terzo capitolo di questo lavoro sarà focalizzato sullo studio della responsabilità tramite gli strumenti dell'analisi economica del diritto e la c.d. *law and economics*<sup>177</sup>. Tale modo di vedere il diritto, seppur come si tenterà di dimostrare, ed in parte si è già accennato, pur essendo lontano mari e oceani dalla nostra tradizione giuridica, e verrebbe da dire da tutta la tradizione dell'Europa continentale, non è in realtà così alieno dal sistema della responsabilità italiano, che, come esemplificato nel capitolo I, conosce esempi di risarcimento del danno lontani dalla logica meramente compensativa e che finiscono per avere funzioni che molto s'avvicinano a quelle propugnate dai teorici dell'analisi economica del diritto.

Pur se, come anticipato, si giungerà a tali conclusioni, è necessario compiere una comparazione con quegli ordinamenti di *Common Law* nei quali è nata e si è sviluppata l'analisi economica del diritto. E nonostante il caso oggetto della sentenza delle Sezioni Unite tratti di una delibazione di una sentenza statunitense, si è deciso di analizzare in questa sede l'ordinamento inglese per due ordini di ragioni: da un lato perché l'analisi del sistema dei *torts* nordamericani è un sentiero ampiamente battuto dagli studiosi di responsabilità e dall'altro perché - nonostante la Brexit - il sistema inglese viene sovente preso in considerazione dal legislatore europeo.

È opportuno chiarire che questo capitolo potrà solo ripercorrere per grandi linee il sistema inglese, concentrando l'analisi su quegli istituti e quei rimedi che possono giovare ad una ricostruzione in chiave nuova della responsabilità civile nell'ordinamento italiano.

---

<sup>177</sup> In realtà non si condivide l'assimilazione concettuale tra Analisi Economica del Diritto e *Law and Economics*, ma per ora si possono utilizzare indifferentemente. Si vedrà nel prosieguo la differenza tra i due concetti.

## II. Alcune premesse terminologiche

Giova, prima di ogni altra considerazione, chiarire che il sistema anglosassone non conosce un concetto di responsabilità compiuto come quello tipico dei sistemi di *Civil Law*, tanto che il termine stesso non trova una corrispondenza nel vocabolario giuridico inglese. Infatti con il termine *liability* ci si riferisce al rimedio avverso un *breach of contract* o avverso un *tort*. Infatti gli ordinamenti anglosassoni muovono da un'ottica puramente rimediale distinguendo le situazioni giuridiche sostanziali a seconda del rimedio che l'ordinamento pone per la loro tutela. Le regole di responsabilità (*liability rules*) fanno parte di questo sistema rimediale insieme alle regole di proprietà (*property rules*) e alle regole di inalienabilità (*inalienability rules*)<sup>178</sup>.

Le regole di inalienabilità permettono di alienare un diritto soltanto ad alcune condizioni.

Le regole di proprietà sono quelle volte alla tutela effettiva di uno stato di cose e quindi permettono alla parte di ripristinare immediatamente la situazione in cui si trovava prima della intromissione altrui (si pensi all'inibitoria o all'azione di restituzione).

Le regole di responsabilità attribuiscono un costo alla violazione di un diritto, quindi, a differenza delle regole di proprietà, non permettono di ristabilire l'ordine delle cose, ma permettono al soggetto che ha subito la violazione di ottenere un risarcimento<sup>179</sup>.

Ai nostri fini, pertanto, non è opportuno definire il concetto di responsabilità nell'ordinamento inglese, concetto che come detto non si adatta ad un sistema rimediale, ma sarà necessario indagare sul presupposto dal quale scaturiscono i rimedi: il danno.

---

<sup>178</sup> CALABRESI, MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 6, p. 1089 e ss..

<sup>179</sup> Si rimanda al capitolo III per un'analisi più dettagliata di questi concetti. Per ora basti comprendere che *liability* definisce un rimedio.

Il danno, sia beninteso, può derivare sia dall'inadempimento (*breach of contract*) che dall'illecito extracontrattuale (*tort*).

È necessario, anche in questo caso, fare una premessa semantica: la traduzione del termine *damages* non è "danni", intesi come depauperamento della propria sfera giuridica, ma contiene in sé anche l'aspetto successivo rimediale, ovvero il risarcimento. Pertanto la letteratura inglese traduce *damages* con "premio in denaro conseguente a un errore civile"<sup>180</sup>.

Così posta la definizione di *damages*, risulta evidente che il termine *civil wrong* debba essere inteso alla stregua del nostro "illecito"<sup>181</sup>.

Pertanto, si può dire che i *damages* siano la conseguenza di un *civil wrong* dipendente da *breach of contract* o da *tort* commesso dal trasgressore (*wrongdoer*).

Per l'ordinamento italiano invece il termine "danno" è indicativo di una polisemia: lo stesso termine si riferisce alla somma dovuta dal contendente, nonché alla violazione di un determinato diritto (danno evento) e alle conseguenti perdite pecuniarie o morali (danno conseguenza). Inoltre, la lingua italiana definisce il pagamento dei danni "risarcimento", espressione che denota una etimologia latina che significa "rammendare vestiti" e quindi trasmette l'idea di una funzione riparatrice. Sia l'evoluzione storica che il quadro giuridico esistente seguono questa concezione. Il perimetro funzionale disegnato dalla legge sulla responsabilità civile è basato su una logica essenzialmente bilaterale e monetaria, secondo cui la responsabilità è concepita come una relazione tra il trasgressore e la vittima, senza alcun posto per la società, e i danni sono l'equivalente pecuniario della perdita subita<sup>182</sup>.

Anche nell'ordinamento inglese i *damages* nascono con una funzione prevalentemente compensatoria-ripristinativa e bastino le parole di Lord Blackburn a disvelarlo, il quale li definisce come "*that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have*

---

<sup>180</sup> MCGREGOR, *McGregor on damages*, 2004, London, p. 1, definisce i *damages* come «quite simply as an award in money for a civil wrong», la traduzione è volutamente letterale per far notare la polisemia dei termini, polisemia che non si sarebbe intesa traducendo l'espressione con "risarcimento conseguente ad un illecito".

<sup>181</sup> Tra l'altro è curioso rilevare che il termine inglese *tort* ha origine francese ed è traducibile come "sbaglio" cioè "wrong", WIDMER, *A civil Lawyer's Introduction to Anglo-American Law: Torts*, 2008, Berne, p. 48.

<sup>182</sup> COPPO, *The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma*, in *3 Italian L.J.*, 2017, p. 593.

*been if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation*”<sup>183</sup>.

Anche per quanto attiene al risarcimento del danno non patrimoniale non si rinvencono differenze con il nostro ordinamento in quanto anche il sistema inglese si rifà al *principle of compensation*<sup>184</sup>.

Tuttavia, come si osserverà in seguito, la giurisprudenza delle corti inglesi non è estranea a ricomprendere nei *damages* fattispecie ben lontane dalla funzione meramente compensativa.

### III. L'origine dei *punitive damages*

A ben veder l'origine dei danni punitivi è piuttosto antica. Nel 2000 a.C. si trovano, nel codice di Hammurabi, esempi di danni con funzione punitiva, così come, successivamente, nelle leggi babilonesi e ittite<sup>185</sup>. Nella Torah e nella Talmud ebraica si hanno diversi casi di danni punitivi pari ad un multiplo dei danni compensativi. Nelle XII Tavole, i romani, avevano previsto forme di danno punitivo nel caso di usura o nei confronti del depositario disonesto, ma se ne può rinvenire la presenza anche nella *lex praetoria* e nel codice giustiniano<sup>186</sup>. Anche negli *statutes* inglesi del XIII sec. vi sono casi in cui i danni risarciti sono ben superiori a quelli effettivamente subiti<sup>187</sup>. Ma l'origine dei danni punitivi, in Gran Bretagna chiamati *exemplary damages*, intesi modernamente, è comunemente fatta risalire all'Inghilterra del 1763 e precisamente ai casi *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*.

Il caso *Huckle v. Money* fu una delle prime decisioni riportate che trattano di danni esemplari.

---

<sup>183</sup> Ci si riferisce al caso *Livingstone v Rawyards Coal Co.* in cui si definiscono i *damages* come una somma di denaro che metterà la parte che è stata ferita, o che ha sofferto, nella stessa posizione in cui sarebbe stata se non avesse subito il torto per cui ora sta ricevendo il risarcimento o la riparazione.

<sup>184</sup> Secondo MCGREGOR, *McGregor on damages*, cit. p. 13, «money is not awarded as a replacement for other money, but as a substitute for what which is generally more important than money: it is the best that a court can do».

<sup>185</sup> BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, 2008, Milano, p. 1, l'Autrice cita inoltre il pensiero greco, la legge tolemaica, la legge mosaica e persino il Vangelo di Luca.

<sup>186</sup> GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, 1996, Milano, p. 37.

<sup>187</sup> Per esempio nello Statute of Gloucester del 1278.

Siamo nell'Inghilterra del 1763 quando un mandato viene concesso dall'allora Segretario di Stato, Lord Halifax, a quattro messaggeri del re Giorgio III allo scopo di catturare e sequestrare tutti gli editori e tutti coloro che stampavano un documento noto come *North Briton, Number 45*. Tale mandato fu emanato senza che alcuna informazione o accusa fosse formulata dinanzi al Segretario di Stato, prima della concessione dello stesso, e senza che nel mandato venisse indicato il nominativo di alcuna persona sospettata di essere uno stampatore o un editore di tale documento. Il primo dei messaggeri a cui fu dato mandato, Carrington, era riuscito ad ottenere l'informazione secondo la quale a stampare il documento incriminato fosse la tipografia Leech ed in particolare uno stampatore ambulante, *Huckle*. Ordinò così a uno dei suoi sottoposti, *Money*, di eseguire il mandato contro *Huckle*. *Money* si recò presso l'abitazione di quest'ultimo, lo prelevò e lo prese in custodia per sei ore. Più tardi, a seguito della perquisizione, si scoprì che *Huckle* non aveva nulla a che fare con il documento incriminato *North Briton, Number 45* e venne rilasciato. Durante la detenzione egli non subì alcun danno rilevante se non una piccola ferita, non fu torturato né vessato. Nonostante ciò egli citò *Money*, ed esemplare fu la punizione che venne inflitta dalla Corte a quest'ultimo. La Corte infatti, si discostò dal proprio orientamento di considerare unicamente la misura della ferita subita da *Huckle* quale metro per valutare l'entità dei danni da questo patiti. La Corte vide nel caso denunciato da *Huckle* un vero e proprio abuso dell'autorità sulla libertà personale di un individuo; vide un magistrato che aveva esercitato un potere arbitrario, in piena violazione della *Magna Carta*, su tutti i sudditi del Re, non solo nei confronti di *Huckle*. I giurati videro un magistrato che tentava di distruggere la libertà del Regno, insistendo sulla legalità di quel mandato generale<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup>Così Lord Camden: "*Perhaps the £ 20 damages would have been thought damages sufficient, but the small injury done to the plaintiff or the inconsiderableness of his situation and rank in life, did not appear to the jury in that striking light in which the great points of law, touching the liberty of the subject appeared to them at trial, they saw a magistrate over the King's subjects exercising arbitrary power, violating Magna Carta, and attempting to destroy the liberty of the Kingdom. I think they have done right in living exemplary damages as to enter a man's house by virtue of nameless warrant, in order to procure evidence is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was the most daring attack made upon the liberty of the subject*" tratto da P. PARDOLESI. *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, 2012, Bari, p. 28.

Questi furono gli elementi che colpirono la Corte durante il processo: entrare nella casa di un uomo in virtù di un mandato senza nome, al fine di procurarsi le prove, è inaccettabile. Muovendo da queste considerazioni la Corte condannò quindi *Money* a risarcire l'attore nella misura di 20 sterline a titolo di danni compensativi e 300 sterline a titolo di danni punitivi, somma assai elevata in considerazione dei danni effettivamente patiti.

Molto simile al precedente è il caso *Wilkes v. Wood*<sup>189</sup>. Anch'esso si è verificato nel 1763 in Inghilterra ed anch'esso ha ad oggetto l'esecuzione di un mandato senza nome.

L'attore in questo caso, *Mr. John Wilkes*, era un membro del Parlamento che era sospettato di stampare opuscoli anonimi che criticavano il Re. Lord Halifax quindi emise un mandato generale per scoprire chi fosse il creatore di questi opuscoli. *Wood* fu incaricato di eseguire questo mandato: si recò presso l'abitazione di *Wilkes* al fine di cercare delle prove della sua colpevolezza. Quando iniziò il processo, *Mr. Wood* si dichiarò inizialmente non colpevole e poi in un secondo momento addusse una *special justification*, ossia che vi erano delle voci circa il fatto che *Mr. Wilkes* fosse l'autore dei documenti incriminati e che in ogni caso quegli opuscoli erano stati effettivamente pubblicati e quindi la diffamazione si era realizzata. La Corte tuttavia si pronunciò a favore dell'attore affermando che il potere dei mandati generali è “*totally subversive of the liberty of the subject*”<sup>190</sup> e che può portare a delle conseguenze pericolose.

A tale riguardo appare di particolare interesse l'*opinion* di Lord Chief Justice Pratt il quale lascia trasparire in modo chiaro l'intento di riconoscere dei danni che siano in grado di punire la colpa ma soprattutto che siano capaci di impedire il ripetersi di comportamenti dello stesso tipo: “*a jury has it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as punishment on the guilty, to deter from any such proceeding for the future and as a proof of the detestation of the jury to the action itself*”<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> 98 E.R. 489.

<sup>190</sup> [Press-pubs.uschicago.edu/founders/documents/amendIVs4.html](http://press-pubs.uschicago.edu/founders/documents/amendIVs4.html)

<sup>191</sup> Tratto da P. PARDOLESI. *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, cit., p. 28.

Un ulteriore caso con motivazione analoga ai precedenti citati risale al 1769: il caso *Tullidge v. Wade*<sup>192</sup>. In questa occasione gli *exemplary damages* erano stati concessi al padre di una ragazza rimasta incinta e, nonostante i danni effettivi fossero stati esigui, la condotta fu ritenuta oltraggiosa e la giuria ritenne che i danni punitivi sarebbero serviti da esempio alla collettività<sup>193</sup>.

Nonostante questi precedenti e nonostante nel XVIII sec. vi fosse una vera e propria affermazione dei *punitive damages*, è stato giustamente osservato<sup>194</sup> che all'epoca non vi fosse ancora una teoria generale sui danni punitivi e che solo nel XIX secolo si iniziò ad individuarne con maggiore precisione i confini e le funzioni.

L'origine dei danni punitivi, nella loro versione "primordiale", viene ricollegata a due fattori: il ruolo delle giurie nel processo inglese e l'iniziale mancata risarcibilità dei danni morali<sup>195</sup>.

In realtà quindi, entrambi i fattori, sembrano indicare che i danni punitivi nascono come risposta efficace a offese gravi, impedendo le vendette personali, in tutti quei casi in cui un risarcimento meramente compensativo sarebbe apparso insufficiente. Pertanto gli *exemplary damages* finiscono per svolgere una funzione punitiva e deterrente contro quelle condotte biasimevoli che riuscivano a suscitare il disprezzo della società. Nel XVIII secolo essi erano concessi di frequente nei casi di *assault*, *false imprisonment*, *defamation*, *seduction*, *malicious prosecution* e *trespass*, richiedendo però all'attore di provare l'oltraggiosità della condotta e quindi l'esistenza di *malice*, *oppression* o *gross fraud*<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> 95 E.R. 909 (K.B. 1769).

<sup>193</sup> BENATTI, *Correggere e punire cit.*, p. 4.

<sup>194</sup> SULLIVAN, *Punitive Damages in the Law of Contract: the Reality and the Illusion of Legal Change*, in *61 Minn. L. Rev.*, 1977, p. 214.

<sup>195</sup> Entrambi i fattori vengono ben spiegati da NOTE, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in *70 Harv. L. Rev.*, 1957, p. 519.

<sup>196</sup> BENATTI, *Correggere e punire cit.*, p. 7.

#### **IV. La progressiva limitazione dei punitive damages: il caso *Rookes v. Barnard*, *Broome v. Cassel* e *AB v. South West Water***

A causa di un sistema non organico e all'estro delle giurie, i danni punitivi crearono non poche preoccupazioni alla dottrina inglese che sperava in un contenimento e in una razionalizzazione del fenomeno che, visti i confini sfumati, rischiava di porre in crisi il principio di certezza del diritto.

La decisione che segnò la fisionomia moderna, e per alcuni il declino, degli *exemplary damages* fu il caso *Rookes v. Barnard*<sup>197</sup> deciso nel 1964.

Il caso riguarda un *tort of intimidation* realizzato da un sindacato nei confronti del datore di lavoro per indurlo a licenziare degli ex iscritti al sindacato stesso.

L'attore, *Rookes*, fu impiegato per molti anni dalla *British Overseas Airways Corporation (BOAC)* come esperto disegnatore nel loro ufficio di disegno all'aeroporto di Londra. Era un membro di un sindacato, l'associazione di ingegneri e costruttori di demolizioni navali (*AESD*) a cui appartenevano tutti coloro che erano impiegati in quella sede di disegno.

Lui e un altro uomo, *Unwin*, nel novembre del 1955 decisero di non rinnovare l'iscrizione all'*AESD*. Il sindacato però aveva un accordo con la ditta *BOAC* che prevedeva l'assunzione esclusivamente di membri del sindacato il quale, in cambio, rinunciava al diritto di sciopero. Quando *Rookes* si rifiutò di rientrare nel sindacato, questo agì di conseguenza. Infatti, in una riunione del 10 gennaio 1956, all'aeroporto di Londra i membri dell'*AESD* decisero “*that if the non-unionist Mr. D. E. Rookes is not removed from the design office by 4 p.m. Friday, January 13, 1956, a withdrawal of labour will take place.*”

La *BOAC* allora interruppe il rapporto di lavoro. *Rookes* decise quindi di fare causa a un funzionario del sindacato, *Barnard*, e ad altri due membri *Silverthorne* e *Fistal*. L'azione risultò vittoriosa perché la Corte ritenne che ciascun convenuto avesse posto in essere “*a conspiracy to threaten strike action by members of the trade union against*

---

<sup>197</sup> *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, 1167

*the corporation to secure the withdrawal of the plaintiff from the design office,*"<sup>198</sup> e riconobbe alla fine un risarcimento danni di £ 7.500 <sup>199</sup>.

Il caso, risalente al 1964, è di notevole rilevanza perché con esso Lord Devlin ha avuto modo di chiarire la differenza di scopo tra i danni compensativi e i danni punitivi: "*In a case in which exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may, of course, be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum*" <sup>200</sup>. Con l'occasione, Lord Devlin individua tre categorie nel cui ambito si deve riconoscere l'operatività dei danni punitivi: la prima è relativa alle azioni oppressive, arbitrarie ed anticostituzionali poste in essere da funzionari del Governo: "*the first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government. I should not extend this category — I say this with particular reference to the facts of this case—to oppressive action by private corporations or individuals. Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends; and if his power is much greater than the other's, he might, perhaps, be said to be using it oppressively. If he uses his power illegally, he must of course pay for his illegality in the ordinary way; but he is not to be punished simply because he is the more powerful. In the case of the government it is different, for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service*"; la seconda è relativa all'ipotesi in cui la condotta del convenuto procuri allo stesso un profitto ben maggiore rispetto a quanto spetterebbe all'attore a titolo di danni: "*cases in the second category are those in which the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the*

---

<sup>198</sup> Per un comment si veda HAMSON, *A Note on Rookes v. Barnard*, in *Cambridge L.J.*, 1961, p. 189.

<sup>199</sup> <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>

<sup>200</sup> <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>

*compensation payable to the plaintiff*”; la terza riguarda quei casi in cui la comminazione dei danni punitivi siano espressamente previsti dalla legge<sup>201</sup>.

Inoltre, il secondo presupposto affinché possa parlarsi di *exemplary damages* è che sia stato commesso uno di questi *torts*: *diffamation, trespass, intimidation, assault, false imprisonment, malicious prosecution, private nuisance*.

Invece non portano mai a una condanna a *exemplary damages* il *tort of negligence, discrimination, deceit, breach of contract, equitable wrongs*.

Un altro caso strettamente connesso al precedente è il caso *Cassel & Co. Ltd v. Broome* per i motivi che verranno chiariti nel prosieguo.

La pronuncia della *House of Lords* è di notevole rilevanza più che per la decisione in sé, per l’ammonimento che contiene nei confronti dell’operato della *Court of Appeal*. Infatti la caratteristica più sorprendente di *Broome v Cassell* è il forte rimprovero che la *House of Lords* rivolge alla *Court of Appeal*<sup>202</sup>. Lord Hailsham di St. Marylebone, L.C., in particolare, è pesantissimo nella sua critica mirata direttamente a Lord Denning, M.R.: *“I am driven to the conclusion that when the Court of Appeal described the decision in Rookes v. Barnard as decided “per incuriam” or “unworkable” they really only meant that they did not agree with it. But... it is not open to the Court of Appeal to give gratuitous advice to judges of first instance to ignore decisions of the House of Lords in this way ... The course taken would have put judges of first instance in an embarrassing position, as driving them to take sides in an unedifying dispute between the Court of Appeal or three members of it (for there is no guarantee that other Lords Justices would have followed them and no particular reason why they should) and the House of Lords. But, much worse, litigants would not have known where they stood ... Whatever the merits, chaos would have reigned until the dispute was settled, and, in legal matters, some degree of certainty is at least as valuable a part of justice as perfection. The fact is, and I hope it will never be necessary to say so again, that, in the hierarchical system of courts which exists in*

---

<sup>201</sup> P. PARDOLESI. *Contratto e nuove frontiere rimediale. Disgorgement v. punitive damages cit.*, pp. 29-30; <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>

<sup>202</sup> Per un commento a questo caso si veda JONES, *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, in *19 McGill L. J.*, 1973, p. 121.

*this country, it is necessary for each lower tier, including the Court of Appeal, to accept loyally the decisions of higher tiers.*''<sup>203</sup>

La vicenda riguarda il Capitano *Broome* e la casa editrice *Cassel & Co. Ltd.* ritenuta colpevole di diffamazione per aver pubblicato il libro di David Irving intitolato “*The destruction of Convoy PQ17*”, il quale raccontava la storia del convoglio PQ17 che è stato uno dei grandi disastri navali della seconda guerra mondiale, in cui sono state affondate tutte tranne 11 delle oltre 35 navi mercantili in rotta per l'Unione Sovietica e circa 153 marinai dei mercantili furono uccisi dall'azione nemica e una grande quantità di materiale bellico fu perso. La causa principale del disastro fu individuata in un ordine di dispersione dato al convoglio, il che rese le navi che ne facevano parte facile preda degli attacchi aerei e dei sottomarini nemici. Questo ordine di dispersione fu emesso dall'Ammiragliato a Whitehall e scaturì dall'erronea valutazione da parte dello staff navale, ed in particolare dall'allora *First Sea Lord* in persona, circa la presenza in mare della nave da guerra tedesca Tirpitz. Inoltre tale ordine fu emesso dal *First Sea Lord* che pur non essendo sul posto, decise ugualmente di assumersi la responsabilità di tale ordine anziché lasciare la decisione alla discrezione degli ufficiali di marina sul posto. Gli ufficiali navali sul posto, compreso l'Ammiraglio Hamilton, al comando dello squadrone incrociatore, e il Capitano *Broome*, non ebbero altra scelta che obbedire, e le singole navi che componevano il convoglio si dispersero a coprire una vasta area di mare.

I due ufficiali navali, considerando che l'ordine di dispersione solitamente implica che vi sia una forza ostile in avvicinamento, decisero di salpare verso ovest. L'ammiraglio Hamilton agiva sotto ordini precisi dall'Ammiragliato. Il capitano *Broome* invece no. Il Capitano *Broome* propose e l'Ammiraglio Hamilton accettò di mettersi sotto il comando dell'ammiraglio che comandava gli incrociatori. In relazione a tale mossa taluni hanno pensato che non fosse altro che l'inevitabile reazione di ufficiali navali coraggiosi ed esperti alla minaccia di azioni di terra. Altri hanno pensato che il suo effetto fosse quello di rimuovere dall'area del convoglio gli unici elementi navali, che avrebbero potuto contrastare gli U-boat e gli attacchi aerei, e quindi contribuire

---

<sup>203</sup> [1972] 2 W.L.R. 645, at p. 653; [1972] 1 All E.R. 801, at p. 809.

all'entità delle perdite del convoglio. Ma ciò che è rilevante per la presente controversia è che, precedentemente, coloro che avevano criticato questa decisione avevano ritenuto che la responsabilità fosse dell'ammiraglio Hamilton. Mentre David Irving nel suo libro attribuì la responsabilità del ritiro dei cacciatorpedinieri interamente sul capitano *Broome*. Questa era una tesi difficile da sostenere poiché il capitano *Broome* era l'ufficiale con minor grado dei due, e aveva solo "proposto" la rotta che entrambe le forze alla fine seguirono. Irving affermò che la decisione fu sbagliata alla luce delle informazioni allora disponibili, e che l'assenza dei cacciatorpedinieri fece una differenza significativa per la perdita di vite umane e di materiale bellico.

Il capitano *Broome* decise quindi di citare Irving e la casa editrice che accettò di pubblicare il suo libro, in quanto sosteneva che i passaggi del libro che lo riguardavano erano diffamatori, in particolare quando Irving in vari punti del libro lo definiva un codardo ed un vigliacco.

Nel giudizio di primo grado la decisione fu favorevole a *Broome* e la casa editrice fu condannata a risarcire l'attore a titolo di danni punitivi per una somma di £ 25.000. La *Cassel & Co. Ltd.* decise allora di proporre appello e la *Court of Appeal* confermò la decisione di primo grado ma ragionando in un modo che la *House of Lords* avrebbe poi ritenuto errato. La Corte d'Appello assegnò gli *exemplary damages* non sulla base del precedente *Rookes v. Barnard*, bensì sulla base della legge precedentemente vigente in quanto la Corte riteneva che la decisione del caso *Rookes v. Barnard* fosse stata resa *per incuriam* dalla *House of Lords*, cioè fosse stata resa erroneamente e quindi non poteva ritenersi vincolante nemmeno per la Corte di primo grado. La decisione *Rookes v. Barnard*, secondo la *Court of Appeal*, è stata emanata senza tenere conto di due precedenti decisioni della stessa *House of Lords*, *Ley v. Hamilton* del 1935 ed *E. Hulton & Co. v. Jones* del 1910, le quali avevano riconosciuto i danni punitivi o esemplari su linee in contrasto con l'opinione di *Lord Devlin* in *Rookes v. Barnard*. La Corte d'Appello sulla base di queste considerazioni invitava quindi i giudici di prima istanza a non tenerne conto. Fu proprio in relazione a tali affermazioni della Corte che la *House of Lords* pronunciò il suo già citato ammonimento: "*the fact is, and I hope it will never be necessary to say so again, that, in the hierarchical*

*system of courts which exists in this country, it is necessary for each lower tier, including the Court of Appeal, to accept loyally the decisions of the higher tiers. Where decisions manifestly conflict, the decision in Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd. [1944] K.B. 718 offers guidance to each tier in matters affecting its own decisions. It does not entitle it to question considered decisions in the upper tiers with the same freedom. Even this House, since it has taken freedom to review its own decisions, will do so cautiously. That this is so is apparent from the terms of the declaration of 1966 itself where Lord Gardiner L.C. said [1966] 1 W.L.R. 1234”.*<sup>204</sup>

In questa decisione si specifica che l’ipotesi in cui il danneggiante ottenga dalla sua azione un profitto calcolato superiore ai danni da risarcire e perciò, pur sapendo che la propria condotta è illecita, decida ugualmente di agire, rientra nella seconda categoria dei casi individuati da Lord Devlin e quindi il danneggiato potrà richiedere gli *exemplary damages*.

Il caso che però limitò oltremodo l’utilizzo dei danni punitivi fu il caso *AB v. South West Water*.<sup>205</sup> L’attore, AB, si ammalò dopo aver bevuto acqua contaminata che proveniva dagli acquedotti della South West Water Ltd. L’acqua era stata accidentalmente inquinata con solfato di alluminio. L’attore chiedeva un risarcimento dei danni comprensivo di danni aggravati e punitivi, per violazione del diritto comune e dei doveri statuari, responsabilità oggettiva, violazione del contratto, negligenza e molestia. Il convenuto ammetteva la responsabilità per i danni compensativi, ma non voleva assecondare le richieste di risarcimento per danni punitivi e aggravati. Il giudice di primo grado condannava South West Water anche al pagamento del risarcimento per danni punitivi e l'imputato decideva di appellare la sentenza.

Nel 1993, la Corte d'appello decideva di non concedere i danni punitivi ad AB. In quanto in una *cause of action in public nuisance* non potevano essere concessi danni punitivi. La Corte sostenne che *gli exemplary damages* potessero essere concessi solo per quei *torts*, rientranti nelle prime due categorie individuate da Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard*, per i quali fossero previsti danni punitivi prima del 1964 (data del

---

<sup>204</sup> <http://www.swarb.co.uk/c/hl/1972cassell-broome.html>

<sup>205</sup> 1993 Q.B. 507, 523 (C.A.)

caso *Rookes*). Poiché i danni punitivi non erano stati concessi in casi di *public nuisance* prima del 1964, ora non potevano esserci pretese per tali danni.

La decisione del caso *AB* ha limitato la prima categoria individuata da Lord Devlin ai *torts* di *malicious prosecution, battery, false imprisonment, e assault*. Inoltre, ha limitato la seconda categoria principalmente ai casi di diffamazione, violazione della terra e interferenze illecite con le imprese.

Ciò significava che i danni punitivi non potevano più essere irrogati nei casi di *negligence, public nuisance, deceit, and patent infringement, as well as unlawful discrimination based on sex, race, or disability*.

La regola fissata nel caso *AB* è conosciuta come “*cause of action test*”.

## **V. Il report della Law Commission e il caso Kuddus: la fisionomia attuale dei danni punitivi**

A seguito delle linee guida imposte nei casi *Rookes v. Barnard, Cassel v. Broome e AB v. South West Water*, l'applicabilità dei *punitive damages* in Gran Bretagna fu così limitata da spingere la Law Commission for England and Wales a pubblicare un report che invitava il governo e il parlamento ad avviare riforme che introducessero *punitive damages*<sup>206</sup>.

Nel raccomandare al legislatore inglese un'opera di riforma che perseguisse l'espansione dei danni esemplari, la Law Commission sosteneva che la sanzione civile svolgesse una funzione di *punishment* ulteriore e parallela a quella del diritto penale, la quale non doveva per forza soggiacere alle limitazioni proprie di quest'ultimo, sottolineando peraltro come la *criminal law*, non potendo operare perfettamente, potesse essere aiutata dal *civil punishment* nel conseguire lo scopo di *punishment e deterrence*. Per tali ragioni si auspicava l'abolizione della *cause of*

---

<sup>206</sup>: LAW COMMISSION (England and Wales), *Aggravated, punitive and restitutionary damages*, 1997 in cui si legge: “We recommend that: punitive damages should be retained; [...] punitive damages may only be awarded where in committing a wrong or in conduct subsequent to the wrong, the defendant deliberately and outrageously disregarded the plaintiff's rights”

*action* (avvenuta poi con il caso *Kuddus*), consentendo di applicare i danni punitivi ogniqualvolta il *civil wrong* fosse stato commesso “*with deliberate and outrageous disregard of a claimant’s rights*”.

Tuttavia il punto debole del Report, che portò il governo inglese a rigettare il Draft Bill elaborato dalla Law Commission, stava nel non aver giustificato l’efficacia deterrente del danno punitivo sul comportamento attraverso un approccio casistico, tipico dell’ordinamento inglese, che raccogliesse dati empirici sulla funzione general e specialpreventiva.<sup>207</sup>

Tuttavia con il caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*<sup>208</sup>, nel 2001 la House of Lords decise di superare l’idea tanto critica della *cause of action limitation* introdotta dal caso *AB*, stabilendo che gli *exemplary damages* potessero trovare applicazione purché la condotta rientrasse in una di quelle categorie previste dal caso *Rookes v. Barnard* indipendentemente dal fatto che per tale *tort* essi fossero ammessi prima del 1964.

I fatti del caso *Kuddus* sono molto semplici: l’attore aveva dichiarato a un agente di polizia di essere tornato nel suo appartamento dove era rimasto un amico e aver scoperto che mancavano molti oggetti di sua proprietà. L’ufficiale gli assicurava che la questione sarebbe stata oggetto di indagini, ma circa due mesi dopo, falsificava la firma del ricorrente su una dichiarazione scritta che ritirava la denuncia di furto. Di conseguenza l’indagine della polizia cessava.

Il comandante della Polizia ammetteva la falsificazione tuttavia, sosteneva che i danni esemplari non fossero irrogabili per l’illecito civile commesso da un pubblico ufficiale in quanto tale *tort*, secondo il *cause of action test* non comportava l’irrogazione di *exemplary damages* prima del 1964, accettava invece la richiesta di danni aggravati per tali *misfeasance*.

---

<sup>207</sup> Cfr. MORGAN, *Reflections Reflection on Reforming Punitive Damages in English law*, p. 183, in MEURKENS – NORDIN (a cura di), *The power of punitive damages Is the Europe missing out?*, 2012 *Antwerp*, p. 193-194: “The Law Commission’s failure to carry out that study is the major disappointment in its report on punitive damages. It did not even cite the contemporary U.S. empirical research into punitive damages”. L’Autore sottolinea inoltre la risposta del governo alla Law Commission rilevando come “it may be that some further judicial development of the law in this area might help clarify the issues”

<sup>208</sup> 2 A.C., 122 (2002)

La House of Lords non ritenne che, in linea di principio, l'impiego degli *exemplary damages* dovesse essere così limitato. Anche perché il rischio concreto era che i tribunali dovessero essere obbligati a intraprendere una difficile ricerca al fine di decidere se il risarcimento dei danni per quel determinato *tort* anteriormente al 1964 potesse aver compreso un risarcimento per danni esemplari. Un compito del genere sarebbe tanto più difficile se si tiene conto del fatto, come verrà meglio spiegato nel prossimo paragrafo, che la distinzione tra danni esemplari e danni aggravati non avvenne fino a quando la sentenza *Rookes v Barnard* non fu chiaramente articolata. Adottare una regola così rigida sembrava limitare lo sviluppo futuro dell'istituto degli *exemplary damages* anche all'interno delle categorie già restrittive adottate da Lord Devlin in un modo contrario alla normale pratica dei tribunali. Un tale approccio restrittivo giustifica anche i commenti in *Winfield e Jolowicz on Tort*<sup>209</sup>, in relazione al test pre-1964: "*In other words, that decision [Rookes v Barnard] was not a 'new start' for the law under two rationalized categories but a further restriction upon then existing authority. Whatever one's views on exemplary damages this is an unfortunate state of affairs because it commits the law to an irrational position in which the result depends not on principle but upon the accidents of litigation (or even of law reporting) before 1964, at a time, moreover, when the distinction between exemplary and aggravated damages was by no means so clearly drawn as it is now.*"

I giudici della House of Lords, infatti, osservano come il sistema dei danni punitivi dopo il caso *AB* fosse divenuto insoddisfacente limitando artificialmente in molte situazioni la possibilità di avere una "vera giustizia"<sup>210</sup>.

Tale decisione, quindi, sembra aver aperto nuovamente le prospettive ai danni punitivi pur mantenendo ferme le limitazioni all'applicabilità degli stessi dettate da Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard*.

Pertanto, oggi, in Gran Bretagna sono ammissibili gli *exemplary damages* nelle tre ipotesi indicate nel caso *Rookes* sempre che questi costituiscano l'unico modo per punire efficacemente il colpevole ed avere un effetto deterrente sulla collettività

---

<sup>209</sup> WINFIELD, JOLOWICZ, ROGERS, *Winfield and Jolowicz on tort*, 1998, London, p. 746.

<sup>210</sup> P. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, 2005, Trento, p. 32.

secondo la nota formula “*if but only if test*”<sup>211</sup>, e che l’attore sia la vittima diretta del tort.

## VI. Gli aggravated damages

A questo punto della trattazione pare opportuno soffermarsi sulla distinzione tra *aggravated damages* e *exemplary damages*. Infatti solo gli *exemplary damages* fanno parte della categoria dei *non compensatory damages*, ma le due categorie, nella dottrina inglese<sup>212</sup> sono spesso state confuse.

In realtà lo stesso Lord Devlin nel caso *Rookes v. Barnard* provvedeva a delimitare i confini degli *aggravated damages* da quelli degli *exemplary damages*, definendo i primi come una speciale categoria di danni con funzione compensativa usati per risarcire offese rilevanti alla dignità e all’onore dell’attore. Il problema, come una parte della dottrina fa notare<sup>213</sup>, è che le offese rilevanti alla dignità e all’onore dell’attore, sono il presupposto anche per l’irrogazione di danni punitivi. La ricostruzione che quindi Feldthusen propone è che Lord Devlin preferiva descrivere come casi di “*aggravated damages*” i numerosi precedenti di danni punitivi che esulavano dalle sue categorie restrittive. Infatti la Camera dei Lord si era rifiutata di annullare tutte le precedenti decisioni che non rispettavano gli stretti criteri posti dal Lord Devlin per gli *exemplary damages* e quindi lo stesso avrebbe ricostruito i casi precedenti come *aggravated damages* per evitare incoerenze del sistema.

Tuttavia, nonostante queste obiezioni, in questo paragrafo si provvederà a descrivere gli *aggravated damages* tentando di coglierne delle differenze con i danni punitivi sulla scorta della giurisprudenza delle corti inglesi dal caso *Rookes* in poi.

Gli *aggravated damages* consistono nella risposta che l’ordinamento inglese dà alla violazione della dignità del soggetto danneggiato. Ma tale dignità è intesa in modo

---

<sup>211</sup> La frase è di Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*.

<sup>212</sup> Per esempio CANE, *The Anatomy of Tort Law*, 1997, Oxford, p. 114 sostiene che “However, aggravated damages are effectively indistinguishable from punitive damages, and in my view, they [but not exemplary damages] should be abolished”.

<sup>213</sup> FELDTUSEN, *Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot?*, in *17 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1995, p.793.

oggettivo, cioè non differenziata da persona a persona e, quindi, da non confondere con la sofferenza che la lesione provoca alla vittima. Come scrive Beaver<sup>214</sup> “*it is important to emphasize that, on the view presented here, aggravated damages are not awarded for mental distress. Instead, they reflect the invasion of the claimant’s dignity and dignity is not a feeling. In consequence, the claimant may be entitled to aggravated damages though she is not distressed, just as a claimant who unconcernedly loses an eye has a claim to compensation.*

*Moreover, a highly distressed claimant is due no more in the way of aggravated damages than is a little distressed one; though she may be entitled to a greater award in the separate area of mental distress. This is because aggravated damages compensate for violations of dignitary interests and dignity is not something that varies between persons. Human dignity is absolute, hence not amenable to comparison”.*

Pertanto gli *aggravated damages* non possono essere assimilati ai nostri danni morali, in quanto non compensano una sofferenza ma compensano la lesione alla dignità della vittima. Pertanto si potrebbe avere una pronuncia di condanna a danni morali, cioè finalizzati a compensare la sofferenza della vittima, insieme ad *aggravated damages*. L’interrogativo che sorge, specialmente nell’ottica di uno spettatore con una cultura giuridica formata in un ambiente di *Civil Law*, riguarda il come distinguere, dal punto di vista dell’oggetto della tutela, i danni morali e i danni aggravati. Infatti una lesione che provochi un danno alla dignità di un soggetto provocherà anche un patimento, quindi un danno morale.

Le risposte che la dottrina inglese dà a questi interrogativi sono principalmente due: la prima riguarda l’entità del danno risarcibile e la seconda riguarda i presupposti per la risarcibilità.

In primo luogo, infatti, viene sottolineato che l’entità dei danni aggravati non cambia in base al modo in cui il ricorrente si sente danneggiato, mentre il danno morale basa il proprio *quantum* sull’entità della sofferenza del danneggiato.

---

<sup>214</sup> BEEVER, *The Structure of Aggravated and Exemplary Damages*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003, p. 92.

In secondo luogo, nel determinare la risarcibilità o meno e il *quantum* dei danni aggravati viene esaminata la condotta del convenuto oltre che il danno del ricorrente. La critica che viene da sé, ovviamente, è che se puntiamo a compensare, dobbiamo studiare solo la parte lesa.

A rigore, questo è corretto, ma in questo caso l'esaminare solo il ricorrente rende invisibile il danno rilevante. L'infortunio del ricorrente risiede nella violazione della sua dignità da parte del convenuto. Violazione della dignità che non è direttamente osservabile ma che dipende dalla condotta del danneggiante. In questi casi, quindi, il nostro unico accesso epistemologico alla lesione del ricorrente è attraverso l'esame delle azioni dell'imputato. Ciò, tuttavia, non dimostra che siamo interessati alle azioni dell'imputato in sé. Siamo interessati a queste azioni solo nella misura in cui esse interferiscono con il richiedente<sup>215</sup>.

Inoltre risulta fondamentale ai fini della distinzione tra danni punitivi e danni compensativi, seppur aggravati, guardare il regime della sopravvivenza dei danni in caso di morte delle parti. Infatti nella maggior parte dei casi la pretesa si estingue con la morte dell'attore mentre permane con la morte del convenuto, il che non è spiegabile nel caso di danni esemplari in quanto, se la funzione non è la riparazione ma la punizione, avrebbe senso il contrario<sup>216</sup>. Questa è una delle ragioni per le quali Lord Devlin riqualifica molti precedenti che venivano ritenuti di *exemplary damages* in casi di *aggravated damages*.

Il medesimo ragionamento sulla finalità punitiva degli *exemplary damages* è stato fatto riguardo alla possibilità di stipulare assicurazioni per la responsabilità civile che comprendessero il risarcimento del danno in caso di condanna per *exemplary damages*. Infatti se lo scopo dei danni punitivi è, per l'appunto, punire, non dovrebbe essere permesso assicurarsi contro le conseguenze della propria condotta reputata riprovevole dall'ordinamento.

In risposta a questa obiezione, la Law Commission, in pieno stile anglosassone, risponde con approccio puramente pratico facendo notare come vi sarebbero ben poche richieste di danni punitivi nel caso in cui il danneggiante non avesse un

---

<sup>215</sup> Così BEEVER, *The Structure of Aggravated and Exemplary Damages cit.*, p. 93.

<sup>216</sup> BURROWS, *Reforming Exemplary Damages: Expansion or Abolition?*, 2009, Oxford, p. 153.

situazione economica tale da poter sopportare la condanna: “*There is a clear public interest in punishing and deterring bad conduct of a nature which merits a punitive damages award, as well as in offering appeasement to the victims thereof. Nevertheless, it is futile to discuss the pursuit of these aims through civil litigation if plaintiffs will not claim punitive damages because the defendant cannot pay them. Plaintiffs are unlikely to claim punitive damages where defendants do not have the financial capacity to pay any substantial damages and costs which may be awarded against them. Such capacity may be afforded, however, by liability insurance.*”<sup>217</sup>

Chiarito quindi che gli *exemplary damages* sono *non compensatory damages* con finalità deterrente e punitiva mentre gli *aggravated damages* sono danni qualificati dalla condotta del danneggiante che nonostante questo mantengono finalità compensativa, seppur differentemente dal nostro danno morale, pare opportuno indagare l'utilizzo che degli stessi si può fare in un contesto contrattuale.

## **VII. Risarcimenti non compensativi nel *breach of contract***

Come noto, con l'espressione *breach of contract* il diritto inglese si riferisce generalmente all'inadempimento della promessa, imputabile al dolo o alla colpa del promittente, che può essere totale o parziale, e che può avvenire sia alla scadenza del termine per l'adempimento, che in un momento precedente<sup>218</sup>.

Ai fini di questo lavoro sarà necessario capire se è ammesso un risarcimento del danno di tipo punitivo, o comunque extracompensativo, nel caso di inadempimento del contratto.

Negli Stati Uniti, dove i danni punitivi sono generalmente ammessi per un illecito intenzionale o per "malafede", c'è comunque una difformità di vedute sull'ammissibilità degli stessi per una deliberata violazione del contratto<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> SWANTON, MCDONALD, *Commentary on the Report of the English Law Commission on Aggravated, Restitutionary and Exemplary Damages*, in 7 *Torts Law Journal*, 1999, p. 184.

<sup>218</sup> PASQUALETTO, *Effetti dell'inadempimento nel diritto inglese*, in *NGCC*, 4, 2017, p. 525.

<sup>219</sup> SEBERT, *Punitive and nonpecuniary damages in actions based upon contract: towards achieving the objective of full compensation*, in *UCLA Law Rev.*, 1986, p. 1565.

In Gran Bretagna pure si assiste ad una tendenziale inapplicabilità dei *punitive damages* a violazioni contrattuali. Le ragioni di tale scelta si trovano nel rapporto fatto dalla Law Commission<sup>220</sup> sui danni punitivi, anche se per parte della dottrina inglese nessuna delle ragioni elencate appare convincente<sup>221</sup>. La prima ragione è che le perdite contrattuali tendono ad essere solo pecuniari. Questo è senza dubbio generalmente vero, ma può anche essere vero per crimini gravi. Una seconda ragione è che esiste un maggior bisogno di certezza nel diritto contrattuale rispetto ad altre aree, e quindi meno spazio per i danni punitivi, la cui misura è probabilmente meno prevedibile dei danni compensativi. Ma è difficile capire perché ci dovrebbe essere un maggiore bisogno di certezza nel diritto contrattuale rispetto al diritto di proprietà o ad altre aree che possono essere rilevanti per la pianificazione commerciale. Anzi, al contrario, è normale che i contratti lascino aperte alcune questioni. Un terzo motivo addotto è che un contratto è un accordo privato e che i diritti contrattuali non derivano direttamente dalla legge generale. Questo è vero, ma non è chiaro quale sia la sua rilevanza. Se si accetta che le parti abbiano la capacità di creare doveri con un accordo privato, perché questi non dovrebbero essere rispettati? E perché le parti non dovrebbero essere punite in caso di violazione come accade in altre aree del diritto? Una quarta ragione è la teoria dell'inadempimento efficiente, che è controversa anche tra gli aderenti alla legge e all'economia<sup>222</sup>.

In realtà, come vedremo a brevissimo, vi sono ipotesi di danni non compensativi irrogati in caso di *breach of contract*: è il caso dei *restitutionary damages*.

### **VIII. I restitutionary damages**

Una delle categorie di *non compensatory damages* che ha suscitato maggior dibattito è quella dei *restitutionary damages*. Questa tipologia di danni ha una storia abbastanza recente poiché il primo riconoscimento del rimedio della *restitutio* si ha con il caso

---

<sup>220</sup> LAW COMMISSION (England and Wales), *Aggravated, punitive and restitutionary damages*, 1997.

<sup>221</sup> JAFFEY, *The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, in *61 Mod. L. Rev.*, 1998, p. 860.

<sup>222</sup> Per una critica a tale teoria si veda FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy*, in *18 Journal of Legal Studies*, 1989.

*Lipkin Gorman v Karpnale*<sup>223</sup>, mentre si ritiene che il primo caso di *restitutionary damages* veri e propri si abbia con caso *Attorney General v. Blake*.

McGregor definisce questa tipologia di danni come: «*in a nutshell, restitutionary damages arise where the commission of a wrong results in a benefit to the wrongdoer which exceeds and outstrips the loss to the person wronged, who suffers a lesser loss or, frequently, no loss at all. [...] the law of restitution is concerned with unjust enrichment and here we have a clear case of unjust enrichment*»<sup>224</sup>.

Il Rapporto della Law Commission<sup>225</sup> definisce i *restitutionary damages* come una risposta dell'ordinamento legata alla violazione di un contratto consistente in una responsabilità pecuniaria misurata dal guadagno del trasgressore. A volte i “danni restitutivi” sono considerati "punitivi", ma in ogni caso si tratta di danni non compensativi. La *ratio* che giustifica l'irrogazione dei *restitutionary damages* sta nel fatto che il profitto del trasgressore dipende da una violazione contrattuale o comunque da un illecito, pertanto è un beneficio che sarebbe intrinsecamente sbagliato per lui mantenere. Tale restituzione coattiva di quanto illegittimamente guadagnato prende il nome di *disgorgement*.

Il *disgorgement*, secondo la Law Commission, è l'equivalente della legge civile della confisca, così come i danni punitivi sarebbero l'equivalente di una multa. Il *disgorgement* potrebbe sembrare non necessario se ogni illecito fosse punito adeguatamente, sulla base del fatto che la giusta punizione impedirebbe il beneficio del trasgressore. Ma può essere che sia giusto rimuovere il beneficio di un illecito anche in circostanze in cui non sarebbe appropriato punire, per esempio nel caso in cui la violazione sia involontaria.

È certo che la prevenzione del danno sia uno scopo legittimo per la legge. Questo scopo giustifica una risposta punitiva volta a prevenire ulteriori commissioni di illeciti mediante la deterrenza, e per lo meno ciò giustificherebbe la rimozione nei confronti del trasgressore dei profitti di illeciti deliberati. Dal punto di vista dell'attore nella causa civile l'obiettivo della prevenzione è fallito<sup>226</sup>, pertanto il suo obiettivo è quello

---

<sup>223</sup> [1991] 2 A.C. 548.

<sup>224</sup> MCGREGOR, *McGregor on damages*, cit., p. 491.

<sup>225</sup> LAW COMMISSION (England and Wales), *Aggravated, punitive and restitutionary damages*, 1997.

<sup>226</sup> Se si è in causa ormai non si può più parlare di prevenzione.

di ottenere un risarcimento che cerchi di riparare, per quanto possibile, il danno causato dall'illecito facendo subire la perdita alla parte inadempiente piuttosto che alla parte responsabile. Non è però così facile spiegare perché il profitto che il trasgressore ha ottenuto attraverso la commissione di un illecito dovrebbe essere consegnato all'attore.

La punizione può giustificare la privazione al trasgressore del suo guadagno, ma non spiega perché, tra l'attore e il convenuto, l'attore abbia un diritto superiore a un vantaggio acquisito attraverso la commissione di un illecito.

Un rimedio restitutivo che invece si basi sul diritto dell'attore a un beneficio che il convenuto ha realizzato tramite una violazione commessa ai danni dell'attore - cioè il convenuto si è arricchito a scapito di un pari arricchimento che sarebbe dovuto spettare all'attore - sarà concepito come un "vero rimedio restitutivo", in contrasto con un rimedio "quasi-punitivo restitutivo" o "*disgorgement*", inteso, invece, come un rimedio imposto allo scopo di privare il convenuto del beneficio del suo torto<sup>227</sup>.

La prima categoria di *restitution*, *restitution for unjust enrichment by subtraction*, riguarda casi in cui il guadagno è traslato dall'attore al convenuto quando l'attore aveva un diritto ad esso<sup>228</sup>. Pertanto, l'imputato ha ottenuto un guadagno corrispondente a una perdita equivalente per l'attore. La restituzione in tal caso può essere giustificata in quanto consiste nella rifusione della perdita o del danno attraverso il ripristino del ricorrente nella posizione in cui sarebbe stato se non avesse subito la perdita. Nella responsabilità civile il risarcimento per le perdite è subordinato a una violazione del dovere da parte del convenuto. In caso di arricchimento senza causa per sottrazione, l'imposizione di una responsabilità al convenuto, nonostante il fatto che non abbia commesso un errore o una violazione del dovere, è giustificata dal fatto che il convenuto ha ricevuto un arricchimento al quale non ha diritto come diretta conseguenza della perdita del ricorrente, ma la motivazione del rimedio è compensativa: nel caso di restituzione per un illecito, il rimedio non può essere giustificato su questa base; il valore del beneficio che il convenuto ha tratto dall'illecito non è necessariamente correlato al costo dell'illecito per l'attore.

---

<sup>227</sup> JAFFEY, *Restitutory Damages and Disgorgement*, in 3 *RLR*, 1995, p. 30.

<sup>228</sup> JAFFEY, *Restitutory Damages and Disgorgement cit.*, p. 32.

In alcuni casi si ha un'ulteriore tipologia di rimedio che viene tradizionalmente fatto rientrare nei *restitutionary damages* cioè quando il convenuto ha beneficiato dell'uso non autorizzato della proprietà del ricorrente, come ad esempio nel caso in cui abbia violato il terreno dell'attore o violi il suo brevetto. Il convenuto, in questi casi, è tenuto a pagare quello che il tribunale valuta come una tassa di licenza equa per l'uso, che è generalmente considerata come una misura del beneficio che ha ricevuto attraverso l'uso della proprietà, anche se sarebbe meglio dire che è una misura di pagamento ragionevole per il beneficio. In questi casi non si può dire che l'attore stia ricevendo un guadagno o che la funzione della responsabilità del convenuto sia "quasi-punitiva". L'azione si basa sul legittimo diritto del ricorrente al pagamento per l'uso della sua proprietà, non sulla colpevolezza dell'imputato. In altre parole, la risposta è nella natura di un rimedio piuttosto che in una punizione o quasi-punizione. Ciò potrebbe essere descritto come una richiesta di pagamento per uso o appropriazione non autorizzati<sup>229</sup>.

In questa sede non sembra opportuno addentrarsi troppo nelle differenze di vedute circa i *restitutionary damages* ma basti dire che quando questi consistono in una sorta di azione per ingiustificato arricchimento (per dirla all'italiana) non hanno evidentemente funzione punitiva, quando invece sono tesi a consegnare all'attore il guadagno illegittimo del convenuto senza che vi sia connessione con il danno subito risulta evidente la funzione non compensativa.

È fondamentale distinguere tra i due tipi di danni restitutivi, in particolare nel presente contesto. Il *disgorgement*, come i danni punitivi, è una risposta imposta dall'interesse pubblico piuttosto che un rimedio per l'attore e, come per i danni punitivi, è importante che sia soggetta a speciali salvaguardie e alla necessità di assicurare il coordinamento con la punizione e la confisca nei procedimenti penali.

Il caso più emblematico è senz'altro *Attorney General v. Blake*<sup>230</sup> che ha occasionato un importante pronunciamento della House of Lords.

---

<sup>229</sup> JAFFEY, *The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary* cit.p. 868.

<sup>230</sup> [2000] 4 All ER 385.

Il *defendant* (ossia George Blake) aveva prestato servizio come membro del *Secret Intelligence Service* (SIS) per un periodo di diciassette anni (ovvero dal 1944 al 1961); in tale qualità aveva assunto - mercé una *Official Secret Act Declaration* - l'impegno a non divulgare alcuna informazione raccolta nello svolgimento della sua attività. Nel 1951, però, era divenuto agente dell'Unione Sovietica. Da allora e fino al 1960 - ovvero per un periodo di quasi dieci anni - aveva trasferito oltre la cortina di ferro non solo preziose informazioni segrete, ma anche importanti documenti ottenuti in forza dell'attività prestata presso il SIS. Scoperto, il 3 maggio del 1961 venne dichiarato colpevole, con cinque capi di imputazione, di “*unlawfully communicating information*” in violazione di quanto disposto nella sec. 1(1) del *Official Secret Act* del 1951 e condannato a quarantadue anni di prigione. La storia non finisce qui. Nel 1966 Blake riesce ad evadere dalla prigione di Wormwood Scrubs e - dopo un breve periodo passato a Berlino - a rifugiarsi a Mosca. Nel 1989 (ed è questa la parte della vicenda che maggiormente rileva ai fini della nostra analisi), Blake mise mano alla sua autobiografia (all'interno della quale - e non poteva essere altrimenti - non lesinava i riferimenti alla sua attività di agente segreto), per venderne prontamente i diritti all'editrice Jonathan Cape Ltd. In forza del contratto, il nostro -in cambio di cospicue *royalties* (che si sostanziano in tre pagamenti del valore di £ 50,000 da effettuarsi rispettivamente al momento della firma del contratto, alla consegna del manoscritto e, infine, alla sua pubblicazione) - si impegnava a garantire alla casa editrice il diritto esclusivo di pubblicazione per il Regno Unito.

Il libro -intitolato “*No Other Choice*” - fu “lanciato” nel settembre del 1990, sollevando non poche polemiche, esasperate dalla circostanza che la sua uscita era rimasta nascosta alle autorità governative fino all'annuncio della sua pubblicazione. Delle £ 150.000 promesse, circa £ 60.000 erano già state versate (risultando perciò irrecuperabili). Ma dovevano essere versate ancora due *tranches*, per un importo pari a £ 90,000. Il procedimento riguarda, appunto, tale “*unpaid money*”. Il 24 maggio del 1991 l'*Attorney General* intraprese un'azione legale, sottolineando come la pubblicazione del manoscritto costituisse una vera e propria violazione del *fiduciary duty* che l'autore aveva assunto nei confronti della Corona. La richiesta si basava su una sola *cause of action*, ovvero sul fatto che il *defendant*, nello scrivere il libro e

nell'autorizzarne la pubblicazione, era incorso nella violazione del *fiduciary duty*. In primo grado Sir Richard Scott (*Vice Chancellor*), pur rilevando come un membro del SIS avesse un “obbligo a vita” di non rivelare informazioni segrete e confidenziali, rigettò tale richiesta, osservando come “*the law did not impose a duty which went beyond this*”. La decisione venne confermata dalla Court of Appeal (composta da Lord Woolf MR, Millet e Mummery LJJ), che, però, permise che la richiesta iniziale fosse corretta e trasformata in un *public law claim*: piuttosto che rivendicare “*a private law right on behalf of Crown*”, l'azione dell'*Attorney General* mirava ad un “*relief in his capacity as guardian of the public interest*” (circostanza che spianava la via all'impiego del rimedio di diritto privato a supporto della repressione penale). La stessa Corte d'Appello ritenne opportuno segnalare come la giurisdizione delle *civil courts* su di una domanda proposta dall'*Attorney General* non fosse circoscritta a garantire la previsione di un'ingiunzione volta a limitare o a “ripetere” il danno provocato dal reato. Logica conseguenza di tale ragionamento fu quella di adottare una misura in forza della quale fosse possibile escludere ogni possibilità di guadagno legato allo sfruttamento del libro in quanto contenente riferimenti ed informazioni confidenziali che Blake aveva avuto modo di raccogliere durante i diciassette anni di servizio presso il SIS.

A fronte di tale decisione il *defendant* fece appello alla *House of Lords*, che ha confermato a sua volta la decisione della Corte di Appello<sup>231</sup>.

Nel caso sottoposto al vaglio della *House of Lords*, la Corona chiedeva l'intero profitto realizzato da Blake con la pubblicazione del libro (ovvero la somma di £ 90.000 non ancora consegnatagli dalla casa editrice). Proprio tale richiesta diviene il punto focale su cui si interroga Lord Nicholls. Rilevando come “*this raises the question whether an account of profits can ever be given as a remedy fo breach of contract*”, il giudice osserva che, “quando, eccezionalmente, la giusta reazione ad un inadempienza contrattuale lo richiede, la corte dovrebbe essere in grado di concedere il rimedio discrezionale di richiedere al convenuto di riversare all'attore i benefici ch'egli abbia sortito dal suo inadempimento”. Più specificamente, in determinate circostanze,

---

<sup>231</sup> Il caso è così descritto da P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2003, p. 10717.

*l'account of profits* deve essere preferito ad un mero *award of damages*; quanto meno, alla vittima va accordata la possibilità di scegliere lo strumento che ritiene opportuno<sup>232</sup>.

Tornando ai *restitutionary damages* in ambito contrattuale, secondo Lord Woolf M.R.<sup>233</sup> ci sono almeno tre casi in cui questi possono essere liquidati.

La prima ipotesi è quella in cui una parte contrattuale riceve un *benefit by under-performance of the contract*, ossia da una non perfetta esecuzione dei propri obblighi contrattuali, seppur da ciò non sia derivato un danno effettivo in capo al *claimant*. La migliore esemplificazione del caso di specie è presente nel caso della *Louisiana City of New Orleans v Firemen's Charitable Association*<sup>234</sup>.

Il caso riguardava lo svolgimento in regime di appalto di un servizio di *firefighting* che venne svolto da parte dell'impresa aggiudicataria con un insieme di mezzi e strutture ben inferiori (in termini di uomini, cavalli e pompe) a quanto contrattualmente previsto. Ciononostante, il servizio era stato svolto alla perfezione poiché non vi era stata alcuna necessità, per far fronte agli incendi occorsi, di ricorrere ad un armamentario maggiore.

La seconda ipotesi riguarda il caso in cui una parte contrattuale trae dei vantaggi dall'aver posto in essere esattamente quella condotta che questi aveva promesso di non porre in essere. Il caso è quello della stipula di *restrictive covenant*, come era ad esempio nel caso *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd*<sup>235</sup> dove i costruttori avevano proceduto alla costruzione degli edifici nonostante ciò fosse a essi inibito dalla vigenza, per l'appunto, di un *restrictive covenant*.

La terza ipotesi riguarda il caso in cui una parte contrattuale non adempie il proprio contratto perché, successivamente alla stipula di questo, ne stipula un secondo per questa più conveniente al quale solo da esecuzione.

---

<sup>232</sup> P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale cit.*

<sup>233</sup> *Attorney General v. Blake* [2001] 1 A.C. 268.

<sup>234</sup> 43 La. Ann. 447; 9 So. 486 (1891)

<sup>235</sup> [1974] 1 WLR 79.

## **IX. Le altre categorie di non-compensatory damages: i nominal damages, i liquidated damages e i vindicatory damages**

A questo punto della trattazione è opportuno dar conto del fatto che in Gran Bretagna gli *exemplary damages* e i *restitutionary damages* non sono l'unica tipologia di danni non compensativi. Infatti, sostiene McGregor, che i tipi di danno che non seguono il principio compensativo siano cinque: *exemplary damages*, *restitutionary damages*, *nominal damages*, *liquidated damages* e *vindicatory damages*<sup>236</sup>.

In disparte gli *exemplary damages* e i *restitutionary damages*, di cui si è già ampiamente dato conto, si tenterà di sintetizzare l'*ubi consistam* delle altre tipologie di *non compensatory damages*.

I *nominal damages* consistono in quei casi in cui la giurisprudenza inglese ha ritenuto che dall'illecito dovesse nascere un risarcimento di per sé indipendentemente dalla presenza di un danno in capo alla vittima. La definizione di tale tipologia di danni si trova nel celebre caso *The Meridiana*<sup>237</sup>, nel quale Lord Halsbury L.C. afferma che «*nominal damages is a technical phrase which means that you have negatived anything like real damage, but that you are affirming by your nominal damages that there is an infraction of a legal right which, though it gives you no right to any real damage at all, yet gives you a right to the verdict or judgment because your legal right has been infringed*».

In realtà la giurisprudenza inglese sembra concedere questa tipologia di *damages* non solo quando il danno non esista, ma anche quando la prova del *quantum* dello stesso sia di difficile assolvimento<sup>238</sup>.

Nel primo caso, l'illecito è considerato come titolo che autorizza l'attore a un giudizio per responsabilità civile anche senza perdita o danno, e questo giudizio sarà per danni nominali. Nella seconda ipotesi, possono essere concessi danni nominali nel caso in cui l'attore dimostri l'esistenza di una perdita ma non fornisca la prova necessaria del suo importo<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> MCGREGOR, *McGregor on damages*, cit., p. 3.

<sup>237</sup> *The Meridiana*, [1900], A.C., 113 at 116.

<sup>238</sup> *Dixon v. Deveridge*, (1825) 2 C. & P. 109; *Twyman v. Knowles*, (1853) 13 C.B. 222.

<sup>239</sup> GANNAGE, *Nominal Damages for Breach of Contract in Canada*, in *69 Advocate*, 2011, p. 833.

La funzione di questa tipologia di danni è quella di proteggere determinati diritti indipendentemente dalla prova o finanche dall'esistenza di un danno.

L'ammontare del risarcimento in questi casi è solitamente basso, anche se non è detto che lo debba essere. Infatti lo stesso Lord Halsbury L.C. afferma: “[T]he term 'nominal damages' does not necessarily mean small damages.”<sup>240</sup>.

Un ulteriore caso di *non compensatory damages* è rappresentato dai *liquidated damages*.

Tale tipologia di danni spesso viene confusa con le *penalty*, tanto che già sul finire dell'ottocento Scott Brown scriveva: “probably no words in common use in legal styles have, in the course of equitable interpretation, been made to bear a signification more at variance with their plain and Apparent meaning than liquidate damages and penalty”<sup>241</sup>.

In breve, i *liquidated damages* sono somme di denaro che costituiscono una stima genuina dei danni che potrebbero derivare da un possibile inadempimento di una delle parti contrattuali. La finalità della clausola è quella di evitare, laddove l'importo da liquidare a titolo di danno a fronte dell'inadempimento è destinato ad essere incerto, l'aleatorietà connessa con la prova della sussistenza e dell'entità del danno subito<sup>242</sup>.

Le *penalties* invece hanno la natura di un «*threat fixed in terrorem of the other party*», e hanno l'obiettivo di disincentivare la parte a cui carico è posta la clausola penale dal porre in essere una qualche forma di inadempimento del contratto.

Il termine *penalty* infatti, individua una previsione contrattuale afflittiva e punitiva, non equa perché sproporzionata all'entità del danno conseguente all'inadempimento.

Il *nomen iuris*, ovviamente, non supera in ultima istanza il reale contenuto della clausola che, al di là della definizione, può essere valutata dal giudice di *Common Law* come *penalty clause* e pertanto disapplicata (*unenforceable*), in quanto si riscontri una funzione afflittiva della clausola, piuttosto che riparatoria – “*punitive rather than compensatory*”.

---

<sup>240</sup> *The Meridiana*, [1900], A.C., 113 at 116.

<sup>241</sup> BROWN, *Liquidated damages and Penalty*, in *10 Jurid. Rev.*, 1898, p. 78.

<sup>242</sup> *Clydebank Engineering Co v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda* [1905] A.C. p.6.

Nel Regno Unito, l'orientamento giurisprudenziale definito “*rule against penalties*” si afferma con le sentenze *Photo Production Ltd v Securicor Ltd*<sup>243</sup> e *Dunlop Pneumatic Tyre Company v New Garage and Motor Company Ltd*<sup>244</sup>, la quale si sofferma sul criterio distintivo tra le due tipologie di clausole: “...*the essence of a penalty is a payment of money stipulated as interrorem of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of damage...*”.

Nel caso *Dunlop Pneumatic* l'attore, Dunlop, fabbricava pneumatici e li distribuiva ai dettaglianti per la rivendita. Il contratto tra Dunlop e New Garage conteneva una clausola che impediva a New garage di vendere gli pneumatici ad un prezzo inferiore al prezzo di listino. Nel caso di violazione del contratto si specificava che New Garage avrebbe dovuto pagare 5 sterline per ogni pneumatico venduto al di sotto del prezzo di listino. New Garage vendeva alcuni pneumatici al di sotto del prezzo di listino e Dunlop presentava un'azione per danni in base all'importo specificato nel contratto. Il convenuto sosteneva che la clausola invocata da Dunlop fosse una *penalty* e quindi inapplicabile. Il giudice del processo affermò che si trattava di una clausola di risarcimento *liquidated damages* e quindi assegnava al ricorrente 5 sterline per pneumatico. La Corte d'Appello annullava questa decisione sostenendo che la clausola fosse una *penalty* e assegnava il ricorrente 2 sterline per pneumatico che rappresentavano la perdita effettiva subita.

Il caso finiva innanzi alla *House of Lord* dove Lord Dunedin chiariva le differenze tra le *penalties* e i *liquidated damages*, descrivendo questi ultimi come "una vera stima preventiva del danno" e le prime come un pagamento di denaro affittivo.

Lord Dunedin ha elencato quattro criteri che possono rivelarsi utili per distinguere i *liquidated damages* dalle *penalties*: in primo luogo, una somma che è stravagante o inconcepibile se paragonata alla più grande perdita che può essere provata dalla violazione è una *penalty*; in secondo luogo, se la violazione è un mancato pagamento, una somma superiore all'importo originariamente richiesto da pagare sarà una *penalty*; in terzo luogo, se un singolo importo forfettario viene posto come risarcimento in risposta a diverse violazioni che causano danni differenti è una *penalty*; e infine, una

---

<sup>243</sup> [1980] A.C. 827 (H.L.)

<sup>244</sup> [1915] A.C. 79 at 86.

somma non è automaticamente una *penalty* semplicemente perché non è possibile una precisa stima del danno<sup>245</sup>.

Rilevante è anche la giurisprudenza che si è creata nel caso, per così dire, opposto, di clausole di esenzione della responsabilità.

Il caso *Photo Production* riguardava una fabbrica di cartoline natalizie in cui veniva conservata grande quantità di carta e cartone. Il convenuto forniva un servizio di sicurezza per una somma di 8 sterline e 15 pence a settimana. Nella notte tra il 18 e il 19 ottobre 1973, la guardia di sicurezza, un tale Musgrove, impiegato di 23 anni che lavorava con quelle mansioni da tre mesi e con referenze soddisfacenti, gettò deliberatamente un fiammifero in un cartone. Nessuna spiegazione fu fornita per questo strano comportamento, anche se Musgrove affermò che intendeva solo accendere un piccolo fuoco per scaldarsi e non distruggere la fabbrica. La fabbrica bruciò insieme alle cartoline natalizie e si creò un danno quantificabile in £ 615.000. Musgrove fu accusato di incendio doloso e per danni dolosi e condannato a tre anni di reclusione.

Nel contenzioso civile che seguì Securicor cercò di fare affidamento su diverse clausole di esclusione, in particolare la condizione (I) del contratto che prevedeva: *“Under no circumstances shall the Company [Securicor] be responsible for any injurious act or default by any employee of the Company unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of the Company as his employer; nor, in any event, shall the Company be responsible for: (a) Any loss suffered by the customer through burglary, theft, fire or any other cause, except insofar as such loss is solely attributable to the negligence of the Company's employees acting within the course of their employment”*.

Photo Productions ha sostenuto che la clausola non potesse essere applicata facendo leva sulla dottrina del *“fundamental breach”*, ovvero la violazione del contratto sarebbe stata così radicale da invalidare la clausola di esclusione.

---

<sup>245</sup> PALMER, *Implications of the New Rule against Penalties*, in *47 Victoria U. Wellington L. Rev.*, 2016, p. 305.

La Corte d'appello ritenne di disapplicare la clausola di esenzione dalla responsabilità aderendo alla teoria del "*fundamental breach*". Infatti Lord Denning M.R. scrisse: "*It seems to me that the two ways can be seen to meet in practice so as to produce a result in principle which may be stated thus: although the clause in its natural and ordinary meaning would seem to give exemption from or limitation of liability for a breach, nevertheless the court will not give the party that exemption or limitation if the court can say: "The parties as reasonable men cannot have intended that there should be exemption or limitation in the case of such a breach as this."* In so stating the principle, there arises in these cases "*the figure of the fair and reasonable man*"; and the spokesman of this fair and reasonable man, as Lord Radcliffe once said, is and "*must be the court itself*".

La *House of Lords* tuttavia annullò la decisione della Corte d'Appello dichiarando che la clausola di esclusione della Securicor era efficace e che la esonerava dalla responsabilità per danni.

Tornando ai *liquidated damages*, si può rilevare, come accade con la clausola penale di diritto italiano, che il soggetto in favore del quale è stata predisposta la clausola può azionarla per effetto del mero inadempimento della sua controparte, non essendo invece necessario né, da una parte, fornire la prova del danno effettivamente subito né, dall'altra parte, fornire prova del quantum del danno medesimo.

Diversamente da quanto accade nella prassi italiana, tuttavia, solitamente i *liquidated damages* ammontano ad un importo superiore al danno effettivamente subito a seguito dell'inadempimento e, ciononostante, essi devono essere liquidati in favore della parte adempiente. La parte inadempiente non ha invece alcuna possibilità né di dimostrare che la controparte ha subito un danno inferiore né di dimostrare che tale danno è stato in qualche modo "mitigato" e che, pertanto, i *liquidated damages* sarebbero dovuti in misura solo parziale o inferiore.

D'altro canto, nel caso in cui i *liquidated damages* risultino essere di importo inferiore rispetto al danno subito dalla vittima dell'inadempimento, quest'ultima non potrà chiedere una maggiorazione dello stesso importo risarcitorio.

A differenza dei *liquidated damages*, che dunque sono ammessi nell'ordinamento inglese di *Common Law*, le Corti rifiutano di dare attuazione alle *penalties* stipulate

dalle parti contrattuali, anche quando queste ultime siano espressamente identificate dalle parti stesse come *liquidated damages*.

Nel caso in cui le parti abbiano convenuto delle *penalties*, pertanto, la vittima dell'inadempimento rimane pur sempre libera di agire per la tutela dei propri diritti ma solamente tramite *l'ordinary way* e non già azionando la clausola penale convenuta in contratto.

Risulta quindi chiaro, ai nostri fini, che, i *liquidated damages* non siano in realtà *non compensatory damages* come invece sostenuto da McGregor<sup>246</sup>. Infatti se questi hanno una funzione ultracompensativa divengono *penalties* non ammesse nel diritto inglese. Tramite i *liquidated damages*, le parti possono solo quantificare ex ante il potenziale danno cui esse potrebbero essere esposte in caso di inadempimento dell'altra parte; in tal modo, esse evitano che l'accertamento e la liquidazione del danno sia rimessa alla discrezionalità di un giudice terzo.

L'ultima categoria di *non-compensatory damages* sono i *vindictory damages*.

McGregor definisce questa tipologia di danni come: «*vindictory damages primarily aim to protect a person's reputation, by showing publically through a substantial award of damages that his or her reputation is secure. These damages therefore go beyond compensation for loss. Vindictory damages have also recently been considered in a very different context where they have a very different meaning, being damages for infringement of a right*»<sup>247</sup>.

Pertanto i *vindictory damages* si rinvencono in due casi.

Nel primo caso, in ipotesi di violazione di diritti costituzionali, il tribunale può concedere i danni non compensativi né restitutivi, né basati sulla perdita né basati sul guadagno. Tali danni, *vindictory damages*, sono danni basati sui diritti. Il *Privay Council* ha riconosciuto che, laddove un diritto costituzionale sia stato violato, un risarcimento dei danni compensativi potrebbe non essere sufficiente vista l'importanza del diritto leso<sup>248</sup>. Infatti, come ha osservato Thomas J in *Daniels v. Thompson*, il risarcimento riconosce il valore attribuito all'interesse o al diritto del

---

<sup>246</sup> MCGREGOR, *McGregor on damages*, cit., p. 3

<sup>247</sup> MCGREGOR H., *McGregor on damages*, cit., p. 598.

<sup>248</sup> *Attorney-General of Trinidad and Tobago v Ramanoop* [2005] UKPC 15, [2006] 1 AC 328 at 19.

ricorrente che è stato violato, ma non attribuisce alcun valore al fatto che l'interesse o il diritto non debbano essere affatto violati<sup>249</sup>.

In *Merson v. Cartwright*<sup>250</sup>, il giudice del processo, Sawyer J, aveva assegnato al ricorrente \$ 100.000 come risarcimento per violazione dei suoi diritti costituzionali in aggiunta ai danni compensativi di \$ 180.000 per i *torts of assault, battery, false imprisonment and malicious prosecution*. Il *Privy Council* ha confermato l'assegnazione dei *vindictory damages* affermando che lo scopo di questi danni è: “*to vindicate the right of the complainant, whether a citizen or a visitor, to carry on his or her life in the Bahamas free from unjustified executive interference, mistreatment or oppression*”

Nel precedente caso del *Attorney-General of Trinidad and Tobago v Ramanoop*<sup>251</sup>, il *Privy Council* ha accolto una sentenza di risarcimento danni avanzata dalla Corte d'appello di Trinidad e Tobago in relazione a un comportamento scorretto da parte di un agente di polizia nei confronti del ricorrente. Nel raggiungere la sua conclusione in questo caso, il *Privy Council* si riporta al giudizio dissenziente del giudice Thomas J. nel caso *Dunlea v. Attorney-General*<sup>252</sup>. In questo caso, Thomas J ha concluso che i danni derivanti dalla violazione del New Zealand Bill of Right Act del 1990 non potevano essere calcolati sulla stessa base dei normali danni patrimoniali. Nel giungere a tale conclusione, Thomas J ha operato una distinzione tra danni incentrati sulla perdita e danni incentrati sui diritti. Generalmente, i danni arrecati nell'illecito sono incentrati sulla perdita: il tribunale, ha affermato Thomas J, assegna una cifra per risarcire il ricorrente per danni fisici e mentali. Ma i danni ai sensi della legge sui diritti dell'uomo richiedono “*a rights-centred approach based on an understanding of the importance of vindicating the right now vested in the plaintiff as a citizen*”. In tal senso, i danni previsti dalla legge dovrebbero includere un importo che rappresenti

---

<sup>249</sup> *Daniels v Thompson*, [1998] 3 NZLR 22 at 70, in cui si legge: “*Compensation recognises the value attaching to the plaintiff's interest or right which is infringed, but it does not place a value on the fact the interest or right ought not to have been infringed at all*”.

<sup>250</sup> *Merson v Cartwright* [2005] UKPC 38, [2006] 3 LRC 264 at [18].

<sup>251</sup> *Attorney-General of Trinidad and Tobago v Ramanoop* [2005] UKPC 15, [2006] 1 AC 328 at 19.

<sup>252</sup> [2000] 3 NZLR 136.

il valore per il richiedente della non violazione del diritto. I *vindictory damages* riflettono l'“*intrinsic value*” del diritto violato al richiedente.

Nel caso *Ramanoop*, Lord Nicholls ha affermato che due obiettivi, tra gli altri, dei *vindictory damages* sono: riflettere il senso di indignazione pubblica e scoraggiare a commettere ulteriori violazioni. Su tale base, Lord Nicholls ha ammesso che un risarcimento per *vindictory damages*, nella maggior parte dei casi, in termini economici, copra la stessa cifra di un risarcimento per *punitive damages*. Ma la punizione però non è l'oggetto dei *vindictory damages*. Questa opinione è stata ripresa da Lord Scott nel caso *Merson*<sup>253</sup>. La sovrapposizione tra danni vendicativi e punitivi è evidente nel contesto della legge sulla responsabilità civile laddove la violazione di quelli che possono essere definiti diritti costituzionali è uno delle categorie in cui sono applicabili i danni punitivi<sup>254</sup>.

Successivamente si estese l'applicabilità del *vinidcatory damages* alla violazione di altri diritti non aventi natura costituzionale<sup>255</sup>. Il caso *Mosley v News Group Newspapers Ltd*<sup>256</sup>, ad esempio, riguardava la pubblicazione di articoli contenenti la notizia di pratiche sadomaso da parte di una serie di soggetti pubblici. In tale caso Eady J. ha ritenuto sussistere i presupposti per la liquidazione di un importo a titolo di *vindictory damages*, sulla base della circostanza che la giurisprudenza era oramai orientata a riconoscere tale tipologia di damages non solo in caso di danno alla reputazione ma anche in caso di violazione di un diritto.

Per quanto riguarda la seconda accezione di *vinidcatory damages*, cioè i danni che mirano a tutelare la reputazione di una persona attribuendo un risarcimento ultracompensativo al danneggiato, il leading case è *Hook v Cunard S.S. Co* ove la giurisprudenza utilizza espressamente una terminologia che evoca espressamente la connotazione vendicativa dei *vindictory damages*, come risulta evidente dalle parole utilizzate da Slade J. che affermò: «*it is fortunate for the defendants that I, not sitting*

---

<sup>253</sup> *Merson v Cartwright* [2005] UKPC 38, [2006] 3 LRC 264 at [18].

<sup>254</sup> *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 at 1220–1231.

<sup>255</sup> Per un'analisi approfondita sui *vindictory damages* si veda PEARCE, HALSON, *Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 2008, p. 73.

<sup>256</sup> [2008] E.M.L.R. 20, 679.

*with a jury, am able to make it clear that there is no vestige of ground, nor has any vestige of ground been suggested by the defendants, for casting the slightest aspersion on the plaintiff's character. I am, therefore, able to vindicate him in this court, and it is not necessary for me to vindicate him by visiting a heavy sum of damages on the defendants for their conduct in this matter as a jury might well have done, that being the only way in which they could have made it clear that there is no stain of any kind on his character»<sup>257</sup>.*

Il caso si riferiva ad una fattispecie in cui uno steward in una nave da crociera fu ingiustamente accusato da un passeggero di aver aggredito la figlia di questi, e, a seguito di tale accusa, lo steward fu ingiustamente arrestato.

## **X. I danni punitivi nel sistema tedesco**

Prima di giungere a delle conclusioni sul sistema inglese, ci sembra opportuna una brevissima disamina di altri due sistemi dell'Europa continentale, al fine di poter trarre spunti di ragionamento e di riflessione. Si anticipa sin d'ora che per esigenze di economicità della trattazione, non potrà essere esaustiva l'indagine sui *non-compensatory damages* degli altri paesi.

L'analisi degli illeciti civili nella relazione tra l'offeso e l'ordine sociale può essere analizzata facendo riferimento all'esperienza tedesca che - pur senza essere affrontata in modo approfondito attraverso la sua complessa evoluzione - fornisce utili informazioni sulle funzioni della responsabilità civile.

La disciplina unitaria del danno risarcibile è l'elemento centrale del sistema di responsabilità tedesco, che, a differenza dei sistemi francese e italiano, non prevede regimi differenziati in relazione alle diverse fonti di illecito civile. Una prospettiva esclusivamente patrimoniale riguardo al danno ha lasciato il posto al requisito della compensazione come mezzo di protezione in situazioni che coinvolgono l'individuo come espressione di valori fondamentali. L'evoluzione del concetto di danno è, infatti, segnata dalla considerazione di interessi non patrimoniali come elemento centrale

---

<sup>257</sup> *Hook v Cunard S.S. Co* [1953] 1 W.L.R. 682 at 686.

all'interno del sistema legale. L'unità del sistema di responsabilità, l'interesse non patrimoniale e la rilevanza del rimedio compensativo in funzione dei maggiori interessi sono gli elementi chiave nella costruzione della responsabilità civile tedesca. L'evoluzione della nozione di danno è contrassegnata da diversi eventi che conducono infine al principio di "non responsabilità senza colpa"<sup>258</sup> Il principio di colpa, quindi, è centrale nel sistema tedesco degli illeciti e nel § 249 BGB, che nella sua attuale formulazione stabilisce il principio della riparazione totale<sup>259</sup>, secondo il quale il danneggiante è tenuto a risarcire completamente il danno subito dalla parte lesa a causa dell'evento dannoso. Il ripristino della situazione *ex ante* attraverso la restituzione non esclude la possibilità di attuare la riparazione integrale del danno per equivalenza.

La disciplina della legge tedesca in materia di responsabilità civile privilegia la libertà di azione dell'individuo, il cui unico limite risiede nell'azione negligente che causa danni a determinati beni. Quindi nel sistema tedesco si identifica l'atto illecito dal bene/interesse protetto. A differenza dei sistemi italiano e francese, che non identificano tipici atti dannosi, nel BGB sono considerate illegittime solo quelle azioni suscettibili nei casi astratti coperti dalle disposizioni sulla responsabilità aquiliana. Con riferimento alla responsabilità civile, è necessario precisare quanto segue: in conformità con il § 823 BGB, l'obbligo di protezione nasce come conseguenza della violazione negligente di una disposizione volta a proteggere l'interesse di una persona. In altre parole, sorge una responsabilità extracontrattuale in caso di inosservanza delle regole di protezione che, in relazione al loro contenuto e alla loro finalità, non sono intese a proteggere un interesse generale, ma interessi di una singola o limitata categoria di individui.

L'innalzamento del dovere di diligenza<sup>260</sup>, come comportamento strumentale alla tutela dell'interesse degli individui, ha portato progressivamente a una contrattualizzazione della responsabilità aquiliana.

---

<sup>258</sup> STOLL, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, PATTI (a cura di), 2002, Milano, p. 174.

<sup>259</sup> Su tali concetti si veda CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrechts tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, p. 1.

<sup>260</sup> DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al Codice Civile*, SCIALOJA, BRANCA (a cura di), 1988, Bologna, p. 122.

L'impatto di comportamenti dannosi sulle sfere soggettive e il fatto che i doveri di protezione non debbano essere richiesti a nessuno dimostrano che l'illecito è rilevante solo in riferimento alle relazioni di offeso-offensore. Il contenuto specifico dei doveri di diligenza e la loro connessione con la responsabilità extracontrattuale dimostrano l'impossibilità di estendere gli effetti dei rimedi a relazioni che sono al di là della relazione tra la parte lesa e la parte responsabile del danno. L'ordine sociale, quindi, non rientra nell'ambito dell'effetto protettivo. La protezione compensativa è limitata al ripristino dell'equilibrio nella relazione tra individui.

Per tali ragioni risulta assolutamente evidente che, in Germania, non vi sia spazio per funzioni ultronee rispetto a quella compensativa, ed infatti l'ordinamento tedesco è tra i più rigidi nel non ammettere i *punitive damages*.

La sentenza cardine in questa materia è del 1992<sup>261</sup>. Nel procedimento l'attore, un cittadino statunitense e residente in California, chiedeva l'esecuzione di una sentenza di risarcimento danni in California per abuso sessuale contro il convenuto, un cittadino tedesco e statunitense che aveva trasferito la sua residenza dalla California alla Germania dopo un periodo di fuga. La sentenza USA assegnava \$ 260 per spese mediche, \$ 150.000 per trattamento psicologico futuro e collocamento in una struttura scolastica, \$ 200.000 per danni morali e \$ 400.000 come danni esemplari e punitivi. Il tribunale degli Stati Uniti assegnava il 40% di tutti i danni riconosciuti come onorari dell'avvocato.

Il *Bundesgerichtshof* concedeva la somma di \$ 350,260, riconoscendo tutti i tipi di danni tranne quelli punitivi. La sentenza del *Bundesgerichtshof* è, ad oggi, la posizione dell'ordinamento tedesco circa i *punitive damages*<sup>262</sup>.

La base giuridica per il riconoscimento delle sentenze straniere in Germania è la sezione 328 del Codice di procedura civile tedesco (CCP), che individua cinque casi in cui non può essere riconosciuta una sentenza straniera: se i tribunali dello stato a cui appartiene il tribunale straniero non sono competenti secondo la legge tedesca; se

---

<sup>261</sup> Bundesgerichtshof, 4 giugno 1992.

<sup>262</sup> BUNGERT, *Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *27 Int'l L.*, 1993, p. 1075.

il convenuto, che non ha partecipato al procedimento e solleva questa eccezione, non è stato regolarmente notificato; se la sentenza è incoerente con una sentenza emessa in Germania o con una precedente sentenza straniera soggetta al riconoscimento o se il procedimento su cui si basa è incoerente con una precedente procedura che Germania è diventata definitiva; se il riconoscimento della sentenza darebbe luogo a un risultato manifestamente incompatibile con i principi fondamentali della legge tedesca, in particolare quando il riconoscimento sarebbe in contrasto con i diritti fondamentali della costituzione; se la reciprocità non è assicurata.

La Suprema Corte tedesca, si è quindi chiesta se la concessione di danni punitivi violerebbe i principi fondamentali della *tort law* tedesca. Il *Bundesgerichtshof* ha identificato tre ragioni principali della dottrina punitiva degli Stati Uniti per le quali vengono concessi danni punitivi: finalità punitiva e deterrente; risarcire delle perdite effettive che l'attore non è in grado di provare o per cui le regole di risarcimento non forniscono assistenza (comprese le spese legali); e la vendetta per la vittima dell'illecito. Talvolta l'interversione degli utili illeciti del wrongdoer è considerata un ulteriore scopo dei danni punitivi, paragonabile a una richiesta di arricchimento senza causa.

Tuttavia, sostiene la Corte, la funzione prevalente dei danni punitivi è la punizione e la deterrenza. E ciò è ovviamente contrario ai principi della responsabilità civile tedesca, strettamente compensativi fondati sulla restituzione in natura (*Naturalrestitution*), combinata con una restituzione limitata delle perdite non materiali. Il concetto di compensazione guida la legge tedesca, che è orientata verso l'interesse della vittima piuttosto che sul comportamento del colpevole. Inoltre, la legge tedesca conferisce l'autorità di punire esclusivamente allo Stato.

Si possono distinguere tre passaggi nel ragionamento della Corte circa il riconoscimento di sentenze straniere che contengano condanne a danni punitivi. In primo luogo, il riconoscimento del risarcimento deve basarsi sul singolo caso. Cioè deve essere controllato per le sue funzioni e scopi concreti pertanto anche se il tribunale straniero concedesse somme spropositate definendole *compensatory damages* ciò non basterebbe ai fini del giudizio di delibazione. Secondo, per quanto riguarda i risarcimenti punitivi basati su principi punitivi o deterrenti, questi sono

contrari ai principi fondamentali della responsabilità civile tedesca e non sono applicabili. Terzo, per un riconoscimento parziale delle parti "non punitive" di un risarcimento per danni punitivi, il tribunale degli Stati Uniti deve identificare esplicitamente tali funzioni. Il tribunale tedesco non può intuire le motivazioni implicite della corte statunitense. Ciò riguarda in particolare il problema degli onorari dei legali. Infatti negli Stati Uniti non vi è il principio di soccombenza per determinare chi paghi le spese legali e quindi i tribunali americani tendono a concedere risarcimenti molto elevati nella consapevolezza che il 40% di questi verrà usato per pagare le spese legali. Sul punto è molto interessante il commento di Lord Denning: *“As a moth drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune. At no cost to himself; and at no risk of having to pay anything to the other side .... The lawyers will charge the litigant nothing for their services but instead they will take 40 percent of the damages, if they win the case in court, or out of the court on a settlement. If they lose, the litigant will have nothing to pay to the other side. The courts in the United States have no such costs deterrent as we have. There is also in the United States a right to trial by jury. These are prone to award fabulous damages. They are notoriously sympathetic and know that the lawyers will take their 40 percent before the plaintiff gets anything. All this means that the defendant can be readily forced into a settlement”*<sup>263</sup>.

La Corte tedesca, pur avendo già chiarito che i danni con funzione punitiva e deterrente non possono essere ammessi in Germania per contrarietà ai principi fondamentali tedeschi, si sofferma su un'ulteriore condizione che sarebbe necessaria per il riconoscimento: la proporzionalità.

Il principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), si basa sul presupposto che i mezzi devono essere appropriati (*geeignet*), avere l'effetto meno restrittivo per raggiungere il fine legittimo (*erforderlich*), e avere un rapporto ragionevole con i fini (*verhältnismäßig im engeren Sinne*).

---

<sup>263</sup> *Smith Kline & French Laboratories Ltd. v. Bloch*, [1983] 1W.L.R. 730, 733-34 (Eng. C.A. 1982).

In realtà, secondo la dottrina<sup>264</sup>, sarebbe necessario interrogarsi se il giudizio di proporzionalità debba essere fatto alla stregua dell'ordinamento straniero o alla stregua di quello tedesco. Infatti il paragrafo 328 del PCC sembra richiedere un esame della legge dello stato di provenienza della sentenza.

Pertanto, un giudizio di uno stato degli Stati Uniti con una legge (*statute*) o dei precedenti giudiziari (*court ruling*) che prevedano dei danni punitivi ragionevoli e proporzionati dovrebbe essere riconosciuto in Germania. Tuttavia, l'applicazione della proporzionalità ai danni punitivi potrebbe comportare un conflitto tra lo standard tedesco e lo standard statunitense. Lo standard di proporzionalità tedesco considera un rapporto appropriato e ragionevole tra l'intensità della menomazione della vittima e la somma della compensazione; mentre le norme statunitensi sembrano richiedere una proporzione ragionevole tra gli importi dei danni compensativi e dei danni punitivi.

Tale problema di proporzionalità è passato in secondo piano nella sentenza delle Sezioni Unite italiane che hanno ritenuto sufficiente che vi fosse proporzionalità secondo l'ordinamento di provenienza della sentenza e non secondo l'ordinamento in cui la sentenza doveva essere deliberata. Su questo punto, come si vedrà, anche la Cour de Cassation francese si è soffermata.

## **XI. I danni punitivi nel sistema francese**

Si assiste ad una significativa evoluzione nella percezione dei danni punitivi anche in Francia a livello giurisprudenziale e dottrinale. Senz'altro il caso di maggior interesse è quello deciso dalla *Cour de Cassation* nel 2010<sup>265</sup>.

Nel luglio 1999, due coniugi americani effettuavano un ordine per un catamarano con la società francese Fontaine Pajot, con sede a La Rochelle, per un prezzo di acquisto di \$ 826.000. Prima della consegna la nave veniva attraccata nel porto di La Rochelle che veniva colpito da una violenta tempesta nel dicembre 1999. La tempesta causava

---

<sup>264</sup> BUNGERT, *Enforcing U.S. Excessive and Punitive* cit.p. 1084.

<sup>265</sup> Cour de Cassation, 1 december 2010, n. 1090.

danni al catamarano, che veniva successivamente riparato. Fountain Pajot consegnava il catamarano a Miami Harbor (USA) nel febbraio 2000 senza informare l'acquirente di questi eventi. Alcuni mesi e alcune miglia nautiche più tardi, vennero scoperti molti difetti che mettevano in pericolo l'equipaggio della nave. Gli acquirenti scoprivano che la barca aveva subito dei danni ed erano state fatte delle riparazioni, così decidevano di fare causa a Fountaine Pajot.

Nel 2003 la Corte Suprema della California assegnava \$ 3,253,734 agli attori: \$ 1,391,650 per riparazioni navali, \$ 402,084 per spese legali e \$ 1,460,000 per danni punitivi. Gli attori chiedevano l'esecuzione (*exequatur*) della sentenza USA in Francia. In generale, le decisioni straniere possono essere eseguite in Francia se rispettano delle condizioni. La *Cour de Cassation* ha affermato che, in linea di principio, le sentenze straniere contenenti danni punitivi non sono in contrasto con l'ordine pubblico francese. In questo caso, tuttavia, il risarcimento è stato considerato sproporzionato.

Pare opportuno analizzare le condizioni necessarie per l'*exequatur*.

Il giudice francese deve garantire che siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire la competenza del tribunale straniero, la conformità con i principi di politica internazionale sostanziali e di procedura e l'assenza di frodi di diritto.

Di conseguenza, il primo passo per ogni giudice francese è verificare che la natura della controversia sia effettivamente di competenza del tribunale straniero, il che significa che lo stesso tribunale, o qualsiasi altro tribunale francese, non detenga già l'esclusiva competenza in materia. Tale esclusività era, tuttavia, tradizionalmente prevista dall'art. 15 (Code Civil, CC) che prevedeva che i tribunali francesi avessero sempre competenza esclusiva sui cittadini francesi. Di conseguenza, l'applicazione delle sentenze straniere è stata sempre ostacolata dal fatto che i tribunali negassero l'*exequatur* sulla base della mancanza di competenza delle corti straniere che emettevano le decisioni. Questa impostazione è stata modificata nel 2006 dalla *Cour de Cassation*<sup>266</sup>. La corte ha annullato l'interpretazione vecchia di secoli e ha

---

<sup>266</sup> *Prieury de Montenach*, Cass Civ 1, 23 May 2006, RCDIP 2006, 871, Journal de droit International (JDI), 2006, 1365.

affermato che l'art. 15 CC non può più essere inteso come una giurisdizione esclusiva. Invece è stato richiesto un collegamento significativo alla giurisdizione a cui è stata sottoposta la questione da delibare.

Nel caso in esame, Fontaine Pajot si è basato su precedenti sentenze e ha cercato la non esecuzione sulla base dell'art. 15 CC. La *Cour d'appel de Poitiers* ritenne preponderante tale eccezione e negò l'*exequatur* in quanto gli imputati francesi non avevano rinunciato al loro "privilegio di giurisdizione". La *Cour de Cassation* revocò questa sentenza. Secondo la Corte, il contenzioso era sufficientemente legato allo Stato della California poiché gli acquirenti vivevano e lavoravano in California, e erano cittadini statunitensi, l'agente di Fontaine Pajot risiedeva in California e il luogo di consegna era in California, tutti questi elementi stabilivano un legame sufficiente con i tribunali statunitensi.

Non vi era alcun elemento per pensare che gli istanti chiedessero l'*exequatur in farude à la loi*, pertanto restava da accertare la compatibilità della sentenza con l'ordine pubblico internazionale. Tale compatibilità richiede due tipi di controllo: il primo consiste nel verificare che non vi siano sentenze francesi passate in giudicato incompatibili con la decisione da eseguire; il secondo consiste nel verificare se l'effetto del riconoscimento della sentenza straniera produca effetti incompatibili con il diritto sostanziale francese.

La *Cour d'appell* aveva rifiutato di assegnare i danni punitivi alle vittime perché riteneva che l'indennizzo corrisposto alla parte lesa non dovesse superare la perdita o il danno subito. In effetti, in precedenza, la *Cour de cassation* aveva dichiarato che i danni accordati alla parte lesa dovevano risarcire il danno subito senza alcun profitto o perdita per la parte lesa (*restitutio in integrum*) escludendo così il risarcimento dei danni punitivi come una questione di principio. Ciononostante, nel caso in esame la *Cour de Cassation* ritenne che, in linea di principio, le sentenze straniere che concedono un risarcimento punitivo non sono di per sé contrarie all'ordine pubblico in quanto l'importo concesso non sia sproporzionato rispetto al danno subito e alla violazione contrattuale. Tuttavia, i danni punitivi nel caso in esame, rispetto

all'ammontare dei danni compensatori (\$ 1,46 milioni rispetto a \$ 1,39 milioni) erano manifestamente sproporzionati e quindi l'*exequatur* è stato negato.<sup>267</sup>

L'*obiter dictum* della Corte francese è decisamente rilevante in quanto ritiene che i danni punitivi possano essere ammessi nel caso in cui questi siano proporzionati e ragionevoli. Ma a ben vedere questo principio è lo stesso che la Corte Suprema USA aveva stabilito nel caso *BMW v. Gore*<sup>268</sup> pertanto la Corte francese non fa altro che riferirsi ad un criterio in uso nello stato in cui i danni punitivi sono stati irrogati. Come fa notare la dottrina<sup>269</sup>, la proporzionalità è pur sempre un parametro soggettivo, con la conseguenza che in Francia potrebbero essere considerati eccessivi risarcimenti, valutati invece proporzionali nell'esperienza americana abituata a misure più elevate. L'orientamento giurisprudenziale francese si inserisce in un contesto dottrinale in cui l'idea di pena privata è sempre stata presente e "*le mouvement d'abolition de la peine privée s'accompagne d'un mouvement inverse qui tend à le rétablir*"<sup>270</sup>: frequentemente erano, infatti, valorizzate le funzioni punitiva e deterrente della responsabilità civile. D'altronde la frontiera fra pena e riparazione, chiara a livello teorico, non è netta nella prassi per la difficoltà di quantificazione: questa incertezza si manifesta soprattutto nei casi in cui non vi sono parametri matematici a cui fare riferimento, come per il danno morale e per la perdita di *chance*.

È bene comunque dar conto che in Francia, come in Italia, si rinvencono già numerosi istituti con finalità sanzionatorie, o comunque ultracompensative, si pensi, solo per fare qualche esempio, alla penale, alle *astreintes* o alla disciplina del diritto d'autore.

## **XII. Il risarcimento del danno non patrimoniale e i danni punitivi negli ordinamenti europei**

---

<sup>267</sup> Per un commento della sentenza si veda WESTER-OUISSE, THIEDE, *Punitive Damages in France: A New Deal*, in 3 *JETL*, 2012, p. 115.

<sup>268</sup> 517 U.S. 559 (1996).

<sup>269</sup> BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corriere Giur.*, 2012, II, p. 263.

<sup>270</sup> STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947.

A differenza delle perdite economiche, le perdite non patrimoniali non possono essere esattamente quantificate ma solo in via approssimativa<sup>271</sup>, semplicemente in quanto gli esseri umani e i loro sentimenti non portano i cartellini dei prezzi<sup>272</sup>. Ecco perché i risarcimenti per il dolore e la sofferenza, anche se principalmente compensativi, sono stati, nel corso dei secoli, frequentemente usati come porta di accesso per risarcimenti ultracompensativi, inclusi i danni punitivi. In Francia, Germania, Paesi Bassi, e Italia, spesso viene assegnato un risarcimento per danni punitivi sotto le mentite spoglie di un risarcimento per danni non patrimoniali, valutando e valorizzando aspetti inerenti alla condotta del danneggiante come l'intenzionalità o la particolare grossolanità di un comportamento negligente.

Tralasciando il caso dell'Italia, di cui si è ampiamente discusso nel capitolo I di questo lavoro, in Francia, il potere di valutazione dei giudici svolge un ruolo significativo nell'assegnazione dei danni punitivi. In effetti, nella procedura civile francese, i tribunali di primo grado esercitano un "potere sovrano"<sup>273</sup> di valutazione circa l'esatto ammontare dei danni<sup>274</sup>, e tale quantificazione è considerata come una questione di fatto non impugnabile dinanzi alle corti d'appello. Come sostiene Simon Whittaker, questo potere sovrano fornisce così un velo dietro al quale *"the lower courts are able in fact to exercise a discretion as to the amount which should be recovered"*<sup>275</sup>.

Thomas Rouhette, un importante avvocato francese, in un proprio studio, ha identificato un numero di casi difficili da spiegare se non con il fatto che i giudici francesi approfittano del loro potere sovrano di quantificazione dei danni per includere un elemento di deterrenza al risarcimento<sup>276</sup>. Ciò è stato confermato in altri studi che hanno sottolineato che *"a widely shared belief among French lawyers and*

---

<sup>271</sup> Per una panoramica delle modalità di compensazione dei danni non patrimoniali in Europa e negli Stati Uniti si veda AA.VV., *Compensation for Pain and Suffering – New Trends in Europe and the USA*, 2012, Monaco.

<sup>272</sup> L'espressione originaria *"Human beings and their feelings simply do not carry price-tags"*, si trova in BÜYÜKSAGIS, EBERT, FAIRGRIEVE, MEURKENS, QUARTA, *Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism*, in *European Business Law Rev.*, 27, 2016, p. 137.

<sup>273</sup> Pouvoir souverain.

<sup>274</sup> La certezza della perdita e la misura definitiva dei danni sono attualmente considerati questioni che rientrano nel "pouvoir souverain" della corte inferiore: cfr. POLLMANN, *Contrôle de Cassation du Conseil d'Etat*, in *RDP*, 1996, p. 1653.

<sup>275</sup> BELL, BOYRON, WHITTAKER, *Principles of French Law*, 2007, Oxford, p. 415.

<sup>276</sup> ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, in *Defense Counsel Journal*, 74, 2007, p. 320.

*academics that French courts sometimes set damages not only on the basis of the harm suffered by the plaintiff, but also by taking into account the behaviour of the tortfeasor*<sup>277</sup>, e in una relazione parlamentare<sup>278</sup>. L'impatto del "potere sovrano di valutazione" è stato particolarmente notato nel campo del risarcimento dei danni morali.

Mentre in epoche passate i tribunali mostravano una certa riluttanza a concedere il risarcimento dei danni per certi tipi di pregiudizi non patrimoniali, attualmente assumono una posizione che garantisce la riparazione economica per molti tipi di pregiudizi non patrimoniali. È stato spesso detto che il potere dei tribunali di primo grado nella determinazione dei danni fornisce un velo dietro al quale può celarsi un elemento punitivo per una colpa eclatante, "fuori dagli schemi"<sup>279</sup>. Come fa notare la dottrina: "*the flexible nature of 'préjudice moral' allows [...] trial judges to circumvent [the ostensible prohibition on punitive damages] and to enable delict to play a hidden punitive role*"<sup>280</sup>.

Un esempio di studio interessante nel panorama francese riguarda il noto caso *Louis Vuitton Moët Hennessy (LVMH) contro Morgan Stanley*<sup>281</sup>.

La vicenda trae origine dal fatto che la banca d'affari Morgan Stanley, mentre agiva quale consulente finanziario di Gucci, diffondeva informazioni false o errate su LVMH annunciando anche un potenziale futuro downgrade del titolo LVMH, con lo scopo di favorire Gucci.

La Corte di Cassazione francese, il 12 gennaio 2004 condannava Morgan Stanley al risarcimento del danno non patrimoniale quantificato in 30 milioni di euro (oltre al risarcimento dei danni patrimoniali), valorizzando il comportamento tenuto da Morgan Stanley.

Tale decisione è stata commentata dalla dottrina come "*necessarily aim[ing] at punishing Morgan Stanley for its allegedly unlawful conduct*"<sup>282</sup>.

---

<sup>277</sup> BORGHETTI, *Punitive Damages in France*, in KOZIOL e WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, 2009, Berlino, p. 62.

<sup>278</sup> Sénat, Rapport d'information no. 558, 15 July 2009, p 81.

<sup>279</sup> BELL, BOYRON, WHITTAKER, *Principles* cit. p. 415.

<sup>280</sup> LE TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, 2012, Parigi, p. 2522.

<sup>281</sup> La vicenda si trova in *Int'l Fin. L. Rev.*, 23, 2004, p. 6.

<sup>282</sup> ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe* cit. p. 326.

Anche in Germania si può assistere ad una certa commistione tra danno non patrimoniale e danni punitivi. Originariamente, il codice civile tedesco (BGB, introdotto nel 1900) consentiva il risarcimento dei danni morali in base alle norme sulla responsabilità extracontrattuale (§ 847 BGB 1900<sup>283</sup>). Pertanto visto il principio di colpevolezza indicato al § 823 BGB, la colpa del danneggiante era una preconditione per potersi avere un risarcimento del danno non patrimoniale. Tuttavia, le somme concesse erano generalmente basse e i criteri per determinarle erano tendenzialmente compensativi<sup>284</sup>. La situazione cambiò, tuttavia, nel 1955, quando la Corte suprema federale tedesca, in una decisione che divenne la base per il risarcimento del danno non patrimoniale in Germania per molti decenni, decise che quel genere di risarcimento si distanziasse dal normale risarcimento per danni patrimoniali non avendo solo funzione compensativa ma anche la funzione di dare alla persona lesa "soddisfazione" (*Genugtuung*)<sup>285</sup>. Quindi, pur essendo la gravità del pregiudizio subito dal ricorrente il criterio principale per determinare l'ammontare del risarcimento da assegnare, anche il grado di colpa e la situazione economica del colpevole potrebbero (e dovrebbero) essere presi in considerazione. Ciò ha aperto la porta a danni punitivi occulti in caso di comportamento intenzionale o gravemente negligente del colpevole.

Pertanto anche in Germania vi sono scenari in cui i danni non patrimoniali possono essere visti come contenenti elementi punitivi. Infatti, in caso di dolo o grave negligenza da parte del colpevole, le corti tendono ad aumentare gli importi dei danni accordati per il dolore e la sofferenza, giustificando ciò (non del tutto in modo convincente) con la presunta maggiore sofferenza provocata alla vittima a causa della grave colpa del trasgressore<sup>286</sup>. Inoltre, un grave ritardo nel pagamento di richieste risarcitorie manifestamente giustificate in casi di lesioni corporali, sia da parte del danneggiante che del suo assicuratore per la responsabilità civile, può portare ad un

---

<sup>283</sup> "Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen."

<sup>284</sup> Per maggiori informazioni si veda EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, 2004, Tubinga;

<sup>285</sup> BGH (GS) 18, p 149.

<sup>286</sup> Su questo tema si veda BÜYÜKSAGIS, EBERT, FAIRGRIEVE, MEURKENS, QUARTA, *Punitive Damages in Europe* cit. nota 45.

aumento del risarcimento del danno non patrimoniale, fino al doppio dell'importo ritenuto altrimenti appropriato<sup>287</sup>. La spiegazione ufficiale per l'aumento dell'importo assegnato in questi casi, tuttavia, è solitamente simile alla spiegazione fornita in merito ai danneggiamenti intenzionali o gravemente colposi: i danni più elevati assegnati dovrebbero compensare la vittima per il dolore presumibilmente maggiore che ha sofferto come conseguenza dell'inadempimento del danneggiante a compensare prontamente e adeguatamente il danno da lui causato.

La giurisprudenza olandese è in qualche modo simile alla giurisprudenza tedesca, poiché la Corte suprema olandese ha deciso che nella stima del risarcimento dei danni non patrimoniali in caso di lesioni fisiche dovrebbe essere presa in considerazione “la natura, la durata e l'intensità del dolore, la sofferenza e la privazione della gioia nella vita”<sup>288</sup>. Inoltre la soddisfazione della vittima è particolarmente rilevante nei casi di violenza, pertanto i danni non patrimoniali potrebbero avere anche un significato punitivo, poiché, come sottolineato da parte della dottrina, il confine tra soddisfazione e punizione è vago<sup>289</sup>. Altri sono più riluttanti dal momento che l'articolo 6:95 BW prevede che “il danno che deve essere risarcito sulla base di un obbligo legale di pagare un risarcimento consiste in danni materiali e altri danni, questi ultimi nella misura in cui la legge prevede questo diritto”<sup>290</sup>. Il termine "altri danni" è definito nell'articolo 6: 106 BW<sup>291</sup> ove si chiarisce che il danneggiato ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale in tre situazioni:

---

<sup>287</sup> BÜYÜKSAGIS, EBERT, FAIRGRIEVE, MEURKENS, QUARTA, *Punitive Damages in Europe* cit. nota 46.

<sup>288</sup> LINDENBERGH, *Smartengeld – tien jaar later*, 2008, Deventer, p. 7.

<sup>289</sup> LINDENBERGH, *Smartengeld* cit., p. 8.

<sup>290</sup> “De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.”

<sup>291</sup> “Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding: a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen; b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast; c. indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam. Het recht op een vergoeding, als in het vorige lid bedoeld, is niet vatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.”

- se il danneggiante ha inteso causare il danno,
- se il danneggiato ha subito lesioni personali o è stato offeso il suo onore o la sua reputazione,
- se il danno consiste nella offesa della memoria di una persona deceduta e viene inflitto al coniuge, al partner registrato o parente di sangue fino al secondo grado della persona deceduta, a condizione che se il defunto fosse stato vivo al momento del danno avrebbe avuto diritto al risarcimento dei danni al suo onore o alla sua reputazione.

Come si sarà notato, il risarcimento del danno non patrimoniale dipende dalla condotta intenzionale del danneggiante. Tra l'altro, l'uso dell'articolo 6:106 BW è esteso anche al caso in cui vi sia stata una violazione intenzionale di un obbligo contrattuale oltre che extracontrattuale pertanto questa disposizione è stata vista come una potenziale base per danni punitivi.

Nella quantificazione del risarcimento per danni non patrimoniali, il giudice può utilizzare il suo potere discrezionale e liquidare secondo equità, inoltre deve prendere come parametro i risarcimenti che sono stati concessi dai tribunali olandesi in situazioni analoghe e può anche considerare gli sviluppi negli ordinamenti stranieri, sebbene questi non possano essere decisivi<sup>292</sup>. Tutte le circostanze possono essere considerate, ad esempio la natura della responsabilità, la gravità della trasgressione, nonché la natura, la gravità, la durata e l'intensità del dolore e della sofferenza. Il potere discrezionale del giudice di prendere in considerazione la natura e la gravità della trasgressione potrebbe portare al riconoscimento di danni punitivi.

Come si vede, in diversi ordinamenti europei che non riconoscono apertamente i danni punitivi, assumono una certa rilevanza, ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale, elementi riguardanti il danneggiante come la gravità della condotta o l'intenzionalità. In tal modo si finisce per far entrare dalla finestra ciò che si era fatto uscire dalla porta: un risarcimento ultracompensativo con finalità punitive e deterrenti.

---

<sup>292</sup> HARTLIEF, *Schadevergoedingsrecht*, in SPIER (a cura di), *Verbintenissen uit de Wet en Schadevergoeding*, Deventer, 2012, p. 307.

### **XIII. Il superamento del dogma della monofunzionalità della responsabilità: tendenze europee**

Dall'analisi fin qui svolta si rinvengono diverse tipologie di *damages* alcune delle quali compensative ed altre non compensative. Il problema principale che si riscontra è legato al sovrapporsi di alcune tipologie di *damages* e al fatto che nei casi analizzati si diano nomi e funzioni diverse a situazioni che, con un gergo continentale, chiameremmo di responsabilità civile, affatto simili.

La stessa dottrina di Common Law infatti afferma: “*the single largest contributor to confusion in this area appears to be the lack of consistent terminology. Different authors, and indeed different judges, have differing views of the scope of compensatory damages*”<sup>293</sup>.

La prima considerazione che possiamo fare è che il sistema inglese è un sistema che si basa su una funzione principalmente compensativa del risarcimento del danno, cioè finalizzata a ripristinare lo *status quo ante* del danneggiato, ossia della vittima dell'illecito contrattuale (nella *law of obligation*) ed extracontrattuale (nella *tort law*). Il principio compensatorio dei *damages* corrisponde pertanto a quello che nel diritto italiano è la funzione reintegratoria/compensativa della responsabilità civile, che fino ad oggi giurisprudenza e dottrina hanno affermato essere la unica connotazione possibile del paradigma di responsabilità

L'analisi dei casi inglesi sopra svolta ha però dimostrato che vi è una serie di differenti tipologie di *damages* che si affiancano ai *compensatory damages*, ossia i *non-compensatory damages*.

A ben vedere un confronto tra tipologie di *damages* inglesi e i casi normativi italiani richiamati nel primo capitolo dimostra che, in realtà, entrambi gli ordinamenti conoscono modelli normativi di responsabilità che sono ben lungi dal soddisfare le istanze della funzione reintegratoria della responsabilità.

---

<sup>293</sup> KHOO, *Non-Compensation Damages for Breach of Contract: Far Reaching and Disruptive*, in 7 *Cambridge Student L. Rev.*, 2011, p. 21.

Se poi si amplia l'indagine al confronto con l'ordinamento francese si nota anche in questo caso una certa sintonia nel modo di ragionare, cioè la funzione punitiva - o comunque ultronea a quella meramente compensativa - non viene ritenuta incompatibile con l'ordinamento francese a patto che il risarcimento del danno sia proporzionale.

L'unico ordinamento, tra quelli analizzati, che invece non sembra voler concedere il minimo spazio a funzioni differenti rispetto a quella compensativa della responsabilità civile è l'ordinamento tedesco, anche se è necessario dar conto della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 2007<sup>294</sup> che ha ritenuto che la semplice possibilità della comminazione di un risarcimento punitivo di per sé non leda principi irrinunciabili di uno stato di diritto, se questo risarcimento non è sproporzionato.

Senza addentrarci in altri ordinamenti possiamo però dire che in questo senso si sono espressi il Tribunale Supremo spagnolo<sup>295</sup>, la Corte Suprema slovena<sup>296</sup>, dimostrando come la tendenza sia simile in tutti gli stati.

La conclusione è dunque che modelli compensatori e non compensatori (o reintegratori che dir si voglia) convivono - in Italia come in Inghilterra, negli ordinamenti di Civil Law come in quelli di Common Law - all'interno del paradigma di responsabilità civile, il quale pertanto non può vivere della sola funzione reintegratoria/compensativa.

Posta quindi la natura polifunzionale della responsabilità, si possono trovare delle convergenze anche nell'applicazione in concreto dei *non compensatory damages*. Infatti se senza ombra di dubbio negli ordinamenti di *Civil Law* l'irrogazione di danni ultracompensativi richiede una previsione normativa e il rispetto del principio di

---

<sup>294</sup> Corte costituzionale federale tedesca, 24 gennaio 2007, in JZ (Juristen Zeitung), 2007, n. 1046. In argomento v. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *Studium iuris*, 2017, p. 317 ss. e FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018 p. 276 ss.

<sup>295</sup> *Sala de lo Civil*, con decisione del 13 novembre 2001, causa 20139/ 1999, [www.poderjudicial.es/search](http://www.poderjudicial.es/search). La sentenza in questione è commentata da CORDERO ALVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjerasy danos punitivos*, in *Ahlandi*, 2013, p. 241 ss. In questa sede il Tribunale Supremo spagnolo ha escluso l'incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico facendo perno sul fatto che i danni punitivi rispondono alla regola della residualità della tutela penale, principio proprio anche del sistema spagnolo. Inoltre, il supremo collegio ha osservato anche che nel caso di specie era stato rispettato il principio di proporzionalità.

<sup>296</sup> Corte suprema Slovenia, ord. 29 maggio 2013, in *Foro it.*, Rep, 2014, voce Diritto comparato, n. 402.

proporzionalità (anche perché il concetto di pena finisce per mutuare le garanzie proprie del sistema penale), nei sistemi di *Common Law* si è assistito ad una progressiva regolamentazione sia in termini di limitazione dei casi in cui i *punitive damages* sono irrogabili sia in termini di proporzione tra questi e i *compensatory damages*, basti ricordare per gli USA i casi *BMW* e *Hexxon* e per l'Inghilterra lo stesso caso *Rookes*.

Sarebbe quindi inesatto dire che gli ordinamenti di *Civil Law* si sono avvicinati a quelli di *Common Law* in tema di responsabilità civile, ma pare più appropriato dire che l'avvicinamento è stato reciproco.

D'altronde, l'introduzione di simili misure, come i danni punitivi, in ordinamenti improntati ad una netta distinzione tra diritto penale e diritto civile può esser letta come il riflesso positivo derivante dalla globalizzazione degli ordinamenti. In un'era in cui i modelli non solo giuridici, ma anche economici e sociali circolano ad una velocità sorprendente, risulta difficile comprendere come mai una tecnica risarcitoria quale quella rappresentata dai *punitive damages* dovrebbe essere rigettata da ordinamenti di tradizione non anglosassone.

È evidente, quindi, che negare il riconoscimento di una sentenza straniera solo perché il concetto di sanzione si pone al di là della funzione (che si presume) unicamente compensativa del rimedio aquiliano entra in rotta di collisione con l'apertura manifestata in senso contrario dal legislatore e, più in generale con il progressivo riconoscimento di tali strumenti nello spazio giuridico europeo<sup>297</sup>.

Su altro crinale, giova rammentare che la valenza polifunzionale della responsabilità civile emerge prepotentemente dal panorama legislativo degli stati europei e dell'Unione Europea che si è venuto componendo.

Si può quindi ritenere che tutti gli ordinamenti giuridici analizzati in un modo o nell'altro siano giunti a ritenere che considerare la responsabilità quale mero strumento di reintegrazione del patrimonio del danneggiato significhi annichilirne le potenzialità interpretative e che, quindi, la politica del diritto possa e debba invece

---

<sup>297</sup> RICCIARDI, *La funzione della responsabilità civile alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Cammino diritto*, 2018, rinvenibile su [https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/2930\\_4-2018.pdf](https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/2930_4-2018.pdf)

sfruttare maggiormente la responsabilità civile quale strumento non solo nell'ottica del sistema dei rimedi ma anche nell'ottica di organizzare la società.

Ogni modello normativo deve dunque essere calato dall'interprete in un contesto non più rigidamente ancorato al fardello della necessaria funzione compensatoria della responsabilità, ma in quello flessibile della strumentalità di quest'ultima agli obiettivi di politica legislativa che il legislatore si è predisposto.

E sarà proprio questo il modo di vedere le cose che si proporrà nel seguente capitolo.



## CAPITOLO III

### I. La crisi del modello compensativo della responsabilità civile

“Tutti i giuristi che abbiano avuto a che fare con la responsabilità civile conoscono già la risposta alla domanda se sia davvero solo la funzione compensativa a governare in toto e in chiave, per così dire, neutra la quantificazione del risarcimento come sistema di governo dei rapporti intersoggettivi e degli scambi tra privati o se, invece, come abbiamo già precedentemente evidenziato, la concretizzazione giudiziale del rimedio, realizzi un insieme di funzioni che rispecchia quello stesso insieme di ragioni che hanno portato prima all’individuazione e poi all’imputazione di una perdita economica come danno risarcibile.”<sup>298</sup>

Nel corso del primo capitolo abbiamo provato ad analizzare le possibili differenti funzioni che la responsabilità civile ha nel nostro ordinamento, partendo dalla ricognizione di norme indicative di una polifunzionalità della responsabilità ed arrivando all’arresto delle Sezioni Unite del luglio 2017, mentre nel corso del secondo capitolo abbiamo, con riferimento precipuo all’ordinamento inglese, rinvenuto ipotesi di *non compensatory damages* con particolare attenzione ai danni punitivi.

Come è emerso chiaramente da tale esposizione, l’analisi “funzionale” della responsabilità civile vive oggi di una costante contraddizione.

Da una parte, la dottrina e la giurisprudenza italiana e straniera sembrerebbero arroccate su una concezione generale monolitica di responsabilità intesa quale strumento di reintegrazione del patrimonio del soggetto che subisce un danno nel proprio *status quo ante* e come strumento di traslazione del danno dal soggetto che lo ha subito a quello che lo ha cagionato. In tale concezione lo spazio per funzioni differenti della responsabilità civile è relegato ad ipotesi eccezionali rispetto al paradigma generale della funzione reintegratoria.

Dall’altra, all’interno del nostro ordinamento giuridico, così come negli ordinamenti degli altri stati, assistiamo a una continua progressione di molteplici modelli di

---

<sup>298</sup> MONATERI, ARNONE, CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, in MONATERI (a cura di), *Trattato sulla responsabilità civile*, 2014, Torino, p. 57.

responsabilità che si discostano da quello con finalità reintegratorie e compensative, e assumono un ruolo diverso nel contesto dei rimedi di tutela civile dei diritti.

L'esigenza di tali modelli alternativi si è fatta strada per via legislativa in Italia, così come si è fatta strada per via giurisprudenziale in Inghilterra.

Infine, non può non rilevare la circostanza che l'introduzione di modelli di responsabilità peculiari che si discostino dal paradigma tradizionale di responsabilità, lungi dal costituire fenomeni isolati, sembrerebbero piuttosto rappresentare una scelta di politica legislativa ben consolidata nel panorama legislativo degli ultimi anni.

In altre parole, anche a fronte della commistione giuridica ingenerata da una molteplicità di normative di derivazione europea, il legislatore degli ultimi anni introduce sistematicamente modelli di responsabilità che si discostano dal paradigma reintegratorio.

Allora dovremmo ritenere che la funzione della responsabilità civile vada ricostruita diversamente rispetto alla visione tradizionale reintegratoria, perché altrimenti si dovrebbe ritenere che il legislatore, italiano e straniero, si stia muovendo in contrasto con la propria cultura giuridica architettando un sistema incoerente che affastella eccezioni su eccezioni.

Si pensi in particolare alle diverse normative di settore, dalla disciplina consumeristica all'intermediazione finanziaria, dalla responsabilità datoriale nei rapporti di lavoro alla tutela delle proprietà industriale, che tratteggiano un panorama diversificatissimo di modelli e di funzioni della responsabilità a tratti decisamente incompatibile con il dogma reintegratorio.

In questo capitolo ci occuperemo di analizzare i diversi modelli di responsabilità civile in chiave di controllo e di allocazione di incentivi al fine di dimostrare che il carattere reintegratorio non è connaturato al paradigma di responsabilità, ma, semmai, solo a quello di risarcimento del danno.

Affronteremo il problema dal punto di vista dei costi seguendo l'analisi svolta da Calabresi negli anni '70<sup>299</sup> consapevoli che, tutte le volte che si analizza un qualsiasi sistema di responsabilità civile, dobbiamo sempre riflettere sul costo della sua

---

<sup>299</sup> CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1970, Yale.

istituzione e del suo esercizio, oltre che sui vantaggi che speriamo di trarne; “costi e vantaggi che debbono poi essere messi a confronto con quelli degli altri sistemi. In breve, ci si deve sempre chiedere se il gioco vale la candela, non solo per verificare il costo della candela, ma anche per vedere se ci sono altri giochi con cui potersi divertire.”<sup>300</sup>

## II. L’analisi economica del diritto

Pare opportuno, in questa sede, porre delle brevi premesse di analisi economica del diritto al fine di poter cogliere meglio lo strumento con il quale si proverà a guardare alla responsabilità civile. Tale materia, pur avendo conosciuto periodi felici specialmente negli Stati Uniti, ha in realtà illustri padri italiani: Pietro Trimarchi<sup>301</sup> e Guido Calabresi<sup>302</sup>.

A dispetto, però, del riconoscimento della paternità nostrana, in Italia la Analisi Economica del Diritto non ha attecchito né tra i giuristi e né tra gli economisti. Questi ultimi troppo coinvolti nella ricerca macroeconomica calata nel solco della tradizione Keynesiana e i primi decisamente refrattari a stimoli apocrifi che spiegassero il fenomeno giuridico utilizzando curve della domanda e dell’offerta.

Mentre a ponente la *Economic Analysis of Law* si andava consolidando diventando, per certi versi, la base della formazione di giuristi ed economisti, in Italia si diffondeva la convinzione che si trattasse solo di una moda passeggera e che quando il pendolo avesse esaurito la sua oscillazione<sup>303</sup> la riflessione giuridica sarebbe tornata ai propri sedimenti dogmatici, indifferenti a tali approcci metodologici.

Se così è stato dal punto di vista dell’interesse degli interpreti, si deve rilevare come, invece, l’approccio del legislatore italiano ed europeo sembra utilizzare, consapevolmente o meno, gli strumenti dell’analisi economica del diritto, tanto da

---

<sup>300</sup> CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi Economico-Giuridica*, 1975, Milano, p. 45.

<sup>301</sup> TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961, Milano.

<sup>302</sup> CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis cit.*

<sup>303</sup> L’espressione è di COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, 2006, Bologna, p. 10.

costringere il giurista ad adoperarsi in un procedimento ermeneutico informato “alle convinzioni e alla idee”<sup>304</sup> ma che non obliteri che l’architettura dei rapporti giuridici tra privati è fornita dalla coerente relazione tra comportamenti che altro non sono che scelte.

Pertanto è tempo che il giurista smetta di concepire il diritto come un insieme di precetti accompagnati da una sanzione. Ma mutuando la visione dell’economista, dovrà considerarlo come un insieme di incentivi rivolti ai consociati. Così da guardare ai precetti giuridici come dei prezzi impliciti per i comportamenti degli individui, prezzi che solo se sufficientemente alti rendono più conveniente non intraprendere un determinato comportamento. In sostanza il giurista deve considerare che il soggetto possa comparare il prezzo della disobbedienza al precetto con possibili usi alternativi di quelle risorse.

Allo stesso modo l’economista deve abbandonare la propria deformazione tradizionale che lo porta a ragionare esclusivamente per modelli. Certamente i modelli servono a ridurre le complessità ma talvolta tale riduzione si trasforma in riduzionismo che comporta stravolgimenti tanto forzati della realtà da chiudersi con dimostrazioni ineccepibili di quanto si sapeva da sempre.

Iniziamo col dire che un approccio basato sull’analisi economica del diritto trova il proprio fondamento nella teoria microeconomica, cioè come lo studio dell’allocazione di risorse scarse tra scopi alternativi posta in essere da singoli individui o da piccoli gruppi<sup>305</sup>.

Per ovvie ragioni di economicità della trattazione non è possibile in questa sede addentrarsi nello studio della microeconomia, ma basterà aver chiara una premessa e tre concetti fondamentali. La premessa è che il modello microeconomico si basa sulla considerazione che l’individuo sia razionale cioè in grado di classificare le alternative in base alla misura in cui esse soddisfano i suoi bisogni. I tre concetti fondamentali sono: massimizzazione, equilibrio ed efficienza. Con il primo si intende si intende dire che l’individuo, dato un vincolo di bilancio, sceglierà la combinazione di

---

<sup>304</sup> ZAGREBELKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, 2009, Torino, p. 20.

<sup>305</sup> COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole cit.*, p. 25.

alternative tali da fornirgli la migliore soddisfazione, detto in termini economici, cercherà di massimizzare la propria funzione di utilità.

Il secondo concetto- l'equilibrio - indica una situazione che non si modifica se non interferiscono forze esterne. Secondo gli economisti la interazione tra la ricerca della massimizzazione dei vari individui o gruppi porta, ad un certo punto, ad un equilibrio.

Il terzo concetto - l'efficienza - è quella situazione che si verifica quando non è possibile a parità di risorse produrre un risultato migliore né è possibile produrre il medesimo risultato sfruttando meno risorse<sup>306</sup>.

Altro concetto che è necessario introdurre è quello del c.d. *costo opportunità*. Infatti dal momento che in microeconomia si studia il processo di allocazione di risorse scarse tra fini alternativi, è necessario ragionare in termini di costo economico di un'alternativa alla quale si è rinunciato<sup>307</sup>.

È necessario chiarire che in questa prima parte del capitolo si considererà il modello dato dalla microeconomia senza contestazioni sulle premesse. Cioè non si porrà in dubbio che l'agente del modello sia razionale, cioè sia in grado di dare un corretto valore alle alternative, né, per ora, si riterrà che potrebbero mancare molte delle informazioni necessarie al funzionamento del modello.

### **III. I limiti dell'approccio tradizionale**

La domanda che a questo punto è lecito porsi è: perché risulta necessario, o quantomeno utile, l'abbandono dell'approccio tradizionale della responsabilità civile? Perché quindi allontanarsi dalla tricotomia assodata del *neminem laedere* che presuppone che un soggetto con *colpa cagioni un danno*? Si dovrà quindi lasciare in disparte i concetti di colpevolezza, causalità e danno risarcibile?

---

<sup>306</sup> Si è consapevolmente generici in queste descrizioni per evitare l'appesantimento del testo.

<sup>307</sup> RUFFIN, GREGORY, *Principles of Microeconomics*, 1986, Glenview, p. 156, propone un esempio calzante: si supponga che un ricco parente ci regali una macchina il cui valore è 15.000 euro e che ci dica che possiamo vendere l'auto e tenerci il ricavato oppure tenerla e lui ci pagherebbe benzina, olio, manutenzione e assicurazione. In questo caso l'utilizzo dell'auto è gratis? Secondo la teoria del costo opportunità no. Infatti, si supponga che i 15.000 euro per i quali la macchina potrebbe essere venduta frutterebbero il 12% annuo in un libretto di risparmio dando interessi di 1.800 euro in un anno, e che usando l'auto per un anno il suo prezzo diminuirebbe sino a 11.000 euro, avremmo una perdita di 5.800 euro tenendo l'auto per un anno. Questa perdita consiste nel costo opportunità.

La realtà è che sempre di più l'approccio tradizionale disvela limiti che aprono a continue discipline speciali che portano a ritenere poco utile lo studio del problema da un punto di vista che, pur consolidato nel tempo, si sta marginalizzando.

Basti citare alcuni semplici esempi per comprendere come il sistema generale di cui all'art. 2043 c.c. non possa più soddisfare ampie aree della responsabilità civile. Ci si riferisce, per cominciare, alle ipotesi di responsabilità oggettiva, in cui secondo i dettami dell'art. 2043 c.c., non essendoci l'elemento della colpa, i costi dovrebbero essere lasciati dove cadono, cioè sulla vittima. Tuttavia vi è una pleora di norme nel nostro ordinamento (e sempre di più ve ne saranno) che trasferiscono i costi di un danno senza colpa dalla vittima al danneggiante.

Ancora si può citare - tra gli esempi di insufficienza della visione tradizione - il caso dei danni anonimi<sup>308</sup> in cui non sia identificabile il soggetto responsabile<sup>309</sup> e che pertanto richiedono di superare la necessità della colpa o finanche, in alcuni casi, il nesso di causalità. Si pensi, per chiarire meglio, all'ipotesi classica degli incidenti stradali anonimi in cui il colpevole fugge e non si riesce ad identificarlo. In queste ipotesi il legislatore ha istituito un fondo di solidarietà per le vittime<sup>310</sup> che pone rimedio al fatto che i meccanismi classici della responsabilità civile non avrebbero potuto fornire soluzioni. O si pensi ancora alla responsabilità del produttore per il danno dovuto a prodotti difettosi, danno anonimo inevitabile e fisiologicamente collegato allo sviluppo delle società industriali che appalesa con evidenza che l'interesse è quello di addossare sul responsabile dei danni, ossia il produttore, il rischio o comunque le «conseguenze del risarcimento»<sup>311</sup>. O ancora si può guardare alla disciplina di cui all'art. 2050 c.c. del codice civile sulle attività pericolose<sup>312</sup>.

Altro esempio tipico di insufficienza della teoria tradizionale si può rinvenire nelle ipotesi di responsabilità senza danno. «Supponiamo che un'impresa esponga 100 suoi dipendenti a un agente chimico, che, secondo gli esperti, è in grado di provocare un

---

<sup>308</sup> L'espressione "danno anonimo", è stata efficacemente coniata da JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, Paris, p. 7.

<sup>309</sup> TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961, Milano, p. 155.

<sup>310</sup> Legge 31 dicembre 1969, n. 990.

<sup>311</sup> FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, 1988, Padova, p. 284.

<sup>312</sup> Si veda un interessante caso di danno anonimo in Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 79, in *Foro it.*, I, 1992, p. 1347, con nota di PONZANELLI.

cancro al 15% dei soggetti esposti nel giro di vent'anni. In base all'approccio tradizionale le vittime non possono essere risarcite per la sola esposizione al rischio. La vittima deve aspettare che il danno si materializzi.”<sup>313</sup> In questo caso è la giurisprudenza che ha elaborato ormai da tempo<sup>314</sup> il criterio della risarcibilità della *chance* di subire un danno. Da ultimo ancora la cassazione si è espressa sostenendo che “*il danno patrimoniale da perdita di chance è un danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione “ex ante” da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale; l'accertamento e la liquidazione di tale perdita, necessariamente equitativa, sono devoluti al giudice di merito e sono insindacabili in sede di legittimità se adeguatamente motivati*”<sup>315</sup>. Pertanto anche l'elemento tradizionale del danno è posto in crisi in quanto si manifesta la necessità di risarcire anche mere possibilità che un danno si concretizzi. E certo non si può, per forzare la realtà ai propri dogmi, finire per dire che il danno consista nella possibilità dello stesso.

Ulteriore ipotesi di dimostrazione del superamento della teoria classica del *neminem laedere* sta nella ricognizione di ciò di cui ci si è occupati nei capitoli precedenti, cioè dei danni punitivi o comunque non compensativi. Non ha senso ripetersi in questa sede, ma basti sintetizzare il concetto che tale forma di responsabilità è aliena dalla visione reintegratoria dell'art. 2043 c.c. e che si muove su criteri che postulano comunque delle scelte efficienti dei trasgressori.

In poche parole, ciò che si tenta di dire è che la visione tradizionale della responsabilità civile basata sulla esistenza di norme che se violate possono produrre un danno a qualcuno e che tale danno venga poi sopportato da colui che lo ha provocato, suggerisce uno schema semplice: compensare le vittime per i danni sofferti<sup>316</sup>. Tuttavia tale nitido ritratto della responsabilità civile è stato offuscato da

---

<sup>313</sup> L'esempio di responsabilità senza danno è di COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole cit.*, p. 200.

<sup>314</sup> Il primo caso può essere identificato in Cass. Sez. Un., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, I, 1986, p. 385, con nota di PRINCIGALLI.

<sup>315</sup> Cass. 12 febbraio 2015, in *www.leggiditalia.it*.

<sup>316</sup> Talvolta si dice che ciò corrisponda all'ideale della giustizia correttiva.

un numero sempre maggiori di eccezioni tanto da non essere più adeguato alla realtà dei rapporti sociali ed economici del nostro tempo.

L'analisi economica del diritto si pone invece da un punto di vista diverso, invece che guardare al danno che la vittima subisce e tentare di compensarlo, ritiene che la responsabilità abbia la funzione di indurre i decisori a considerare i danni che i loro atti, o le loro omissioni, possono cagionare ad altri. In breve, tramite la responsabilità civile, si finirà per portare tali danni, chiamati dagli economisti "costi esterni", all'interno, cioè come costi che sopporta chi agisce. Lo scopo della responsabilità è quindi internalizzare il costo degli incidenti portando gli individui ad un livello di precauzione che minimizzi il costo sociale degli illeciti.

In ultima analisi si può dire che il sistema tradizionale è volto a ristabilire la distribuzione di benessere che preesisteva alla lesione, mentre l'analisi economica si indirizza a disincentivare quegli atti che cagionino un danno superiore all'utilità.

#### **IV. Il costo sociale degli incidenti**

Nell'analisi economica del diritto la funzione della responsabilità civile diventa quindi la minimizzazione del costo sociale degli incidenti<sup>317</sup>. È bene precisare che gli incidenti non dolosi causano tre tipi di costi alla società: precauzione, danno e costi transattivi.

Secondo Calabresi la funzione di riduzione dei costi può essere scissa in tre sottocategorie: la prima consiste nella riduzione del numero e della gravità dei sinistri; la seconda consiste nella riduzione del costo che gli incidenti causano alla società; la terza consiste nel ridurre i costi di esercizio del sistema di responsabilità stessa.

In termini diversi si potrebbe dire che il compito del giurista sia quello di combinare nel miglior modo possibile i vari tipi di riduzione dei costi, tenendo conto del costo che la riduzione stessa sempre comporta. Per fare un esempio pratico: per

---

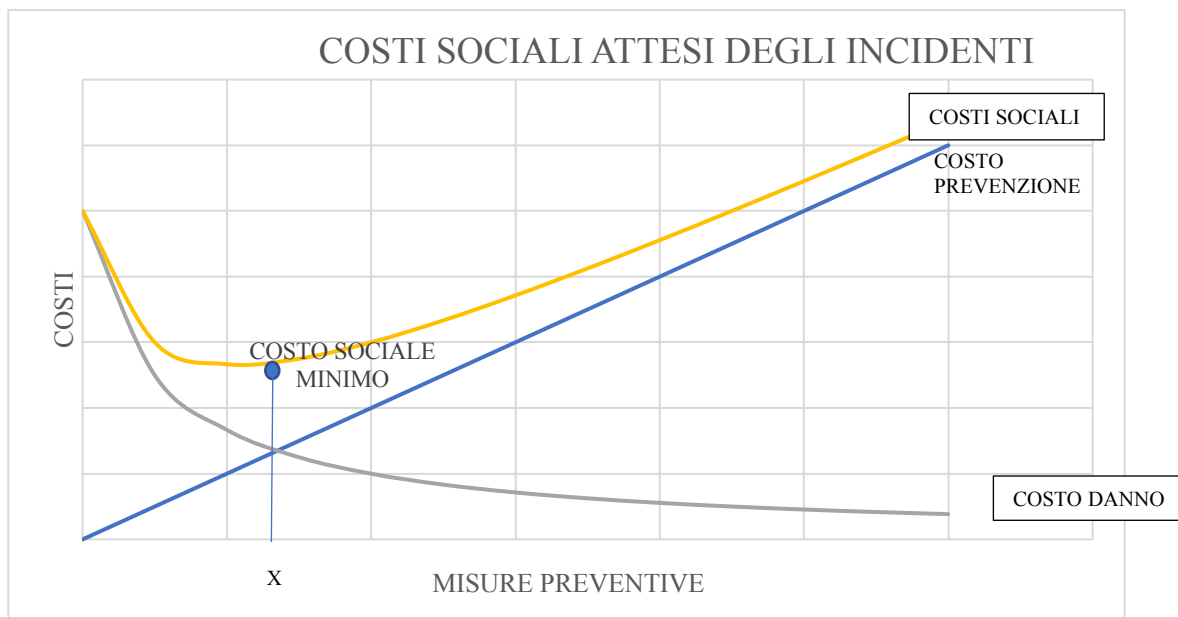
<sup>317</sup> In realtà per CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile.cit.*, p. 47, la prima funzione della responsabilità civile è la giustizia. Nell'opera di CALABRESI, la giustizia viene considerata come limite alla funzione di riduzione dei costi (che è la funzione secondaria). Cioè la giustizia diviene la prova decisiva che ogni sistema di responsabilità civile deve superare.

ridurre il numero e la gravità dei sinistri da circolazione di autoveicoli si potrebbe imporre un limite di velocità più basso, ma questo avrebbe un costo in termini di tempo, oppure si potrebbe giungere addirittura a vietare la vendita e l'utilizzo degli autoveicoli, ciò annullerebbe gli incidenti causati da autoveicoli ma genererebbe un costo eccessivo in altri ambiti (chiuderebbero le fabbriche che producono autoveicoli, diverrebbe molto difficile spostarsi ecc.).

Come detto, adottare misure preventive comporta un costo, ed è intuitivo dire che i costi di prevenzione aumentano con l'aumentare delle misure di prevenzione. Se per semplicità diciamo che tali costi aumentino in modo proporzionale alle misure di prevenzione stesse, potremmo raffigurare tale funzione con una retta con pendenza positiva con alle ascisse la quantità di misure di prevenzione e con alle ordinate il costo, nel grafico dei costi sociali attesi degli incidenti è la retta chiamata "Costo prevenzione".

La probabilità di un incidente è invece una funzione decrescente del livello di prevenzione del danneggiante potenziale, quindi all'aumentare della prevenzione (asse delle ascisse) abbiamo un calare non proporzionale della probabilità che qualcuno sia danneggiato, quindi minori costi esterni (asse delle ordinate). Tale linea è rappresentata nel grafico con il nome "Costo danno". Nel grafico abbiamo disegnato una linea convessa perché sembra ragionevole ritenere che un piccolo aumento delle prevenzioni riduca di molto i costi esterni quando il livello preventivo è basso, mentre un incremento di prevenzione quando il livello è già alto produca una piccola riduzione dei costi esterni.

Se combiniamo ora le due linee, cioè i costi in termini di prevenzione del danneggiante potenziale, con i costi esterni degli incidenti attesi, otteniamo i costi sociali attesi degli incidenti, che altro non sono che la somma dei due costi. La curva che chiameremo "costi sociali" ha una forma ad U e consiste nella somma dei costi delle due linee "costo danno" e "Costo prevenzione".



Si può notare nel grafico che per minimizzare i costi sociali attesi si dovrebbe usare misure di prevenzione fino al punto “X” dell’asse delle ascisse, una misura maggiore (o minore) di prevenzione farebbe aumentare i costi sociali.

Secondo la teoria dell’analisi economica del diritto, lo scopo della responsabilità civile è spingere gli agenti al livello di prevenzione ottimale rappresentato nel grafico dalla quantità “X” di misure di prevenzione. Con tale livello di prevenzione otteniamo la minimizzazione dei costi sociali attesi.

L’obiettivo di questo capitolo è capire come il diritto possa ottenere questo risultato.

## V. La colpa nel sistema della responsabilità secondo l’Analisi Economica

Se, come abbiamo mostrato, la decisione che comporta il costo sociale più basso consiste nello spingere il danneggiante potenziale a investire la quantità “X” di sicurezza, la domanda da porsi è come fare dal punto di vista giuridico.

Per un giurista la risposta, banalmente, potrebbe rinvenirsi in una norma che imponga il livello “X” di precauzione. In realtà anche in termini economici la scelta sarebbe la più corretta.

Dal punto di vista dell’analisi economica del diritto dovremmo introdurre il concetto di colpa intesa in senso oggettivo, cioè come quantità di diligenza/precauzione

inferiore allo standard di diligenza/precauzione richiesta. Se fissassimo tale standard al livello di precauzione “X” si dovrebbe ritenere che il danneggiante che ha investito in precauzione un livello inferiore di “X” sia in colpa e pertanto, in caso di incidente dovrà ripagare l’intero costo del danno arrecato al danneggiato. Se invece il danneggiante avesse investito in precauzione un livello pari o maggiore a “X” lo stesso non avrebbe colpa e quindi non dovrebbe pagare nulla al danneggiato, che sopporterebbe interamente il peso del danno.

Evitando di introdurre formule che appesantirebbero il ragionamento, si può comunque dimostrare anche solo graficamente che la decisione più conveniente per il danneggiante sarebbe proprio investire la quantità “X” di prevenzione, infatti quando il livello di prevenzione è inferiore il danneggiante deve aspettarsi di pagare, oltre al costo della quantità di prevenzione che ha adottato, anche il costo del danno, quindi graficamente si muoverebbe sulla linea chiamate “costo danno”, che per quantità inferiori a “X” è ben maggiore della linea chiamata “costo prevenzione”.

È evidente, e non necessita di approfondimenti, il ragionamento opposto: al danneggiante non converrebbe usare maggiore prevenzione di “X”, in quanto oltre il valore di “X” lui non sarebbe comunque considerato in colpa e quindi non dovrebbe risarcire in ogni caso il danneggiante. Pertanto un agente razionale adotterà le misure appena sufficienti a soddisfare lo standard legale onde sfuggire alla responsabilità.

Quindi il tratto distintivo della responsabilità per colpa è l’esistenza di un livello che esonera dalla responsabilità, cioè l’esistenza di un livello di prevenzione che esonera dal risarcimento del danno. Il perché di tale regola dal punto di vista giuridico è che “se taluno è stato diligente la sua azione non può essere biasimevole, e quindi egli non può essere tenuto a risarcire la vittima. La risposta in termini economici è diversa ma egualmente persuasiva: la ragione dell’esistenza di un livello di diligenza che esonera il danneggiante è quella di indurre le vittime ad essere diligenti.”<sup>318</sup> Il perché di questa affermazione è abbastanza intuitivo: se infatti la vittima non sopportasse mai il peso dell’incidente, qualunque fosse il livello di diligenza del danneggiante, questa sarebbe spinta a non investire in prevenzione a sua volta. Se dovessimo fare un esempio

---

<sup>318</sup> COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole cit.*, p. 210.

pratico del perché non sia auspicabile far ricadere l'onere economico sempre sul danneggiante, potremmo prendere ad esempio un pedone che deve attraversare la strada. Nessun pedone si fermerebbe a guardare la strada prima di attraversare se l'eventuale danno subito fosse sempre a carico dell'automobilista. Invece, la consapevolezza del fatto che il pedone stesso, se l'automobilista (danneggiante) avesse tenuto la necessaria diligenza, in caso di incidente, sopporterebbe il costo dello stesso, spinge il pedone (vittima) a prestare a sua volta una certa diligenza<sup>319</sup>.

Date queste premesse, possiamo concludere che il sistema della responsabilità per colpa spinge sia i danneggianti che le vittime a impiegare un livello ottimale di prevenzione tale da minimizzare il costo sociale atteso degli incidenti.

A questo punto quindi si potrebbe sostenere che il sistema di responsabilità per colpa sia il sistema più efficiente. In realtà lo è solo nei casi in cui sia la vittima che il danneggiante possano fare qualcosa per impedire il danno, cioè quando esista la possibilità di una prevenzione bilaterale. Il che, anche dal punto di vista giuridico appare corretto, in quanto sarà necessario guardare alla colpevolezza solo in situazioni in cui all'agente possa rimproverarsi una diligenza inferiore a un certo standard, nel caso in cui non vi siano standard di diligenza richiesti oppure non vi sia la possibilità per gli attori di modificare il proprio livello di prevenzione, non avrà senso utilizzare un sistema di responsabilità basato sulla colpa<sup>320</sup>.

## **VI. (segue) La responsabilità oggettiva**

L'alternativa alla responsabilità per colpa è costituita dalla responsabilità oggettiva, nella quale il danneggiante dovrà risarcire il danno indipendentemente dal proprio livello di diligenza, o, in termini economici, dal livello dei suoi investimenti in prevenzione.

---

<sup>319</sup> Non ci si dilungherà sulla dimostrazione grafica e matematica di tale affermazione, che risulta intuitiva anche senza necessità di esplicitarne il grafico. Basti dire che la vittima sarà spinta ad un livello efficiente di prevenzione che minimizza il costo sociale dell'incidente.

<sup>320</sup> Queste affermazioni risultano corrette per qualunque tipologia di sistema per colpa: sia un sistema che consideri solo la colpa del danneggiante, sia un sistema che consideri la colpa di entrambi i soggetti, danneggiante e vittima (tramite prevalenza o tramite concorso).

La domanda che ci si deve porre è se un sistema che non ammette che alcun livello di prevenzione possa salvare il danneggiante dalla responsabilità sia un sistema efficiente.

Tornando alla rappresentazione grafica della curva dei costi sociali attesi degli incidenti possiamo affermare che il danneggiante si muoverà in ogni caso sulla linea che abbiamo chiamato dei “Costi sociali” che rappresenta la sommatoria dei costi di prevenzione e dei costi del danno. Infatti, nella responsabilità oggettiva, non vi sono livelli di prevenzione per i quali non si risponde del danno. Pertanto il danneggiante che sostenga un qualunque costo di prevenzione, sopporterà anche il costo del danno, e quindi, sommandosi i due costi, si posizionerà sulla curva del “costo sociale”.

Ciò precisato risulta evidente che la quantità di misure di prevenzione che il danneggiante adotterà saranno quelle per le quali è minimizzato il costo sociale, il che corrisponde al livello “X”, esattamente come nella responsabilità per colpa.

La posizione in cui si colloca il danneggiante risulta essere la più conveniente per lui e la più efficiente dal punto di vista sociale. Ciò potrebbe indurre a ritenere equivalenti, dal punto di vista economica, i sistemi di responsabilità oggettiva e quelli per colpa, in quanto il danneggiante potenziale si comporterà nello stesso modo, investendo la quantità “X” di prevenzione.

In realtà i due sistemi pongono rilevanti differenze dal punto di vista della vittima del danno, infatti, se nel caso della responsabilità oggettiva la vittima si trova in ogni caso indennizzata, indipendentemente dal proprio livello di prevenzione e da quello del danneggiante, nel caso di responsabilità per colpa, la vittima sopporterà il costo del danno in tutti i casi in cui il danneggiante abbia investito una quantità di prevenzione uguale o superiore a “X”.

Risulta evidente, quindi, che nel caso della responsabilità per colpa, come detto, la vittima adotterà anche delle misure di autoprevenzione in quanto, a seconda del comportamento del danneggiante, potrebbe essere costretta a sopportare il danno, mentre in caso di responsabilità oggettiva la vittima sarà esonerata in ogni caso dal sopportare il danno e quindi non avrà alcuna convenienza ad adottare misure di autoprotezione.

La responsabilità oggettiva quindi, non inducendo la vittima ad alcuna misura preventiva, risulta un sistema efficiente laddove una sola parte abbia la capacità o la tecnologia per ridurre l'occorrenza o la gravità degli incidenti.<sup>321</sup> Il che comporta anche, ovviamente, che sia identificabile *ex ante* chi sia il danneggiante o la vittima potenziale.

Inoltre è necessario che per la vittima sia indifferente subire un incidente ed essere risarcita o non subire un incidente<sup>322</sup>. Il che comporta, da un lato, che il danno sia indennizzabile economicamente e, dall'altro, che i giudici non concedano risarcimenti troppo elevati o insufficienti. Quando queste condizioni si realizzano si dice che siamo di fronte ad un risarcimento perfetto.

Pertanto porre l'intera responsabilità a carico del danneggiante potenziale risulta uno strumento efficiente a minimizzare i costi sociali degli incidenti quando la tecnologia di prevenzione è unilaterale, il risarcimento per la vittima è perfetto ed è chiaro *ex ante* chi è il danneggiante potenziale e chi il danneggiato<sup>323</sup>.

Si badi che l'utilizzo di una forma di responsabilità oggettiva in casi in cui la prevenzione è bilaterale produce un'evidente inefficienza. Infatti, se è pur vero che il danneggiante si comporterà nello stesso modo, impiegando la stessa quantità di prevenzione, il danneggiato, invece, non avrà alcuna convenienza ad adottare misure di autoprevenzione in quanto verrà risarcito in ogni caso.

Il caso opposto, ovvero quello in cui pur essendoci una tecnologia che permette una prevenzione unilaterale si decide per un sistema di responsabilità per colpa, produce meno problemi. Infatti se il danneggiante impiegherà, come spiegato, la stessa quantità di prevenzione, il danneggiato non potrà impiegare prevenzione, in quanto la tecnologia è unilaterale. Venendo ad un esempio chiarificatore: è evidente che la responsabilità per un incidente aereo dovrebbe essere oggettiva, in quanto la tecnologia è unilaterale. Ma se pur il legislatore stabilisse che la responsabilità del vettore aereo è per colpa, ciò non cambierebbe il comportamento né del danneggiante,

---

<sup>321</sup> Basti fare l'esempio di un incidente aereo: i danneggianti potenziali sono il costruttore dell'aereo, il manutentore, i controllori del traffico aereo, il pilota ecc., tutti soggetti in grado di adottare misure per ridurre l'occorrenza o la gravità dell'incidente, mentre le vittime, i passeggeri, non possono fare alcunché per evitare l'incidente, pertanto sarebbe assurdo onerarli di un dovere di prevenzione.

<sup>322</sup> Si pensi al caso dei danni alla persona nei quali non è sempre riparabile il danno.

<sup>323</sup> COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole cit.*, p. 215.

che in ogni caso utilizzerà la stessa prevenzione, né del danneggiato che non potrebbe in ogni caso adottare alcuna misura preventiva<sup>324</sup>.

## VII. La regola di Hand

Le discussioni circa la responsabilità per colpa presuppongono che venga individuato lo standard di livello di prevenzione tale da evitare il risarcimento del danno a carico del danneggiante. Tale livello, come detto, coincide con un livello efficiente di prevenzione.

Ovviamente nei testi legislativi o nella prassi giurisprudenziale tale standard non è identificato in modo specifico, ma con formule flessibili (come è normale che sia), quali i riferimenti alla “diligenza del buon padre di famiglia” o alla “diligenza da valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”, formule che spetta al giudice riempire di significato.

Un caso che ha tentato di stabilire un criterio per identificare un livello efficiente di standard di prevenzione è *United States v. Carroll Towing Co*<sup>325</sup>.

Il caso riguarda il naufragio della chiatta Anna C avvenuto il 4 gennaio 1944 nel porto di New York. La Pennsylvania Railroad Company noleggiava la chiatta Anna C dalla Conners Marine Company. Tale chiatta era carica di farina di proprietà degli Stati Uniti. Prima dell'incidente, l'Anna C era ormeggiata al molo 52 sul fiume North insieme a diverse altre chiatte. Le chiatte erano legate una all'altra da ormeggi e solo una di queste era legata al molo. Il giorno dell'incidente, il rimorchiatore Carroll fu inviato a rimuovere una chiatta dal molo pubblico. Nel processo di rimozione della chiatta, venne rotto l'ormeggio che legava tra loro le chiatte e queste si dispersero. Anna C entrò in collisione con un'altra nave e affondò. Gli Stati Uniti, affittuari della Anna C, hanno citato la Carroll Towing Co., proprietaria della Carroll per ottenere un

---

<sup>324</sup> Ciò è vero se non vi fossero costi amministrativi da sostenere. In realtà un processo in cui si renda necessaria la dimostrazione della colpa avrebbe senz'altro dei costi maggiori di un processo per responsabilità oggettiva.

<sup>325</sup> 159 F.2.d 169 (2nd Cir. 1947).

risarcimento<sup>326</sup>. Carroll eccepì che l'incidente era dovuto all'inserviente della chiatta Anna C. che non si trovava a bordo quando il rimorchiatore aveva effettuato l'operazione.

Il giudice di quel caso, Learned Hand, si trovò quindi a dover decidere quale fosse in concreto lo standard di prevenzione richiesto, cioè se la prevenzione tale da escludere la colpa avrebbe dovuto imporre all'inserviente della chiatta di trovarsi a bordo della stessa.

Il giudice Hand elaborò una sorta di formula dipendente da tre variabili:

*“Since there are occasions when every vessel will break from her moorings, and since, if she does, she becomes a menace to those about her; the owner’s duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) The probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions. Possibly it serves to bring this notion into relief to state it in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether  $B < PL$ . ”*<sup>327</sup>

Quindi il giudice individua tre variabili che rappresentano la funzione della responsabilità nel caso di specie: 1) la probabilità del rilascio del battello (P); 2) la gravità del danno susseguente (L); 3) l'onere delle precauzioni atte ad evitarlo (B). La responsabilità sussiste nel caso in cui B sia minore di L moltiplicato per P, cioè  $B < LP$ . Come è ovvio, con tale modello, si riconosceva l'esistenza di colpa in capo all'agente solo nella misura in cui fosse risultato che il danno subito dall'attore era grave, che vi erano ampie probabilità dell'evento e che costasse poco prevenirlo. Era tuttavia sufficiente dare prova della inferiorità del sacrificio sopportato dalla vittima, in confronto al sacrificio in astratto sopportato dal convenuto per prevenire l'evento, per escludere il risarcimento<sup>328</sup>. Di qui la conclusione che la funzione dominante della responsabilità non coincideva con il più ampio risarcimento delle vittime, ma piuttosto con l'assicurare in prospettiva economica il livello ottimale di incidenti e di misure di

---

<sup>326</sup> FELDMAN, KIM, *The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered*, in *American Law and Economics Review*, 7, 2005, p. 523.

<sup>327</sup> 159 F.2.d 169 (2nd Cir. 1947).

<sup>328</sup> ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, 2010, Assago, p. 178.

prevenzione. In definitiva, i danni erano accollati al convenuto “a seconda dei risultati della valutazione del costo dell’incidente”<sup>329</sup>.

Tale approccio rende evidente, come fa notare Posner, che la responsabilità non sia affatto informata a postulati etici, ma invece spetti al sistema economico stabilire quali siano i livelli sopportabili di incidenti e gli standard di sicurezza esigibili<sup>330</sup>.

Il giudice, applicando la formula di Hand, dovrà chiedersi nel caso di un incidente, se un’ulteriore prevenzione sarebbe stata giustificata in termini di costi. In caso di risposta positiva vuol dire che il danneggiante non ha raggiunto lo standard normativo ed è quindi responsabile.

La regola di Hand non ha solo applicazione giurisprudenziale, ma può essere utilizzata dal legislatore per redigere regolamenti o leggi che specifichino uno standard normativo equivalente al livello efficiente di prevenzione. Perché il legislatore possa operare correttamente dovrebbe sapere se un lieve incremento di prevenzione abbia un costo maggiore o minore della conseguente riduzione dei costi attesi degli incidenti. È evidente che è necessario un cospicuo patrimonio di informazioni per poter fare un’analisi costi-benefici che permetta di operare scelte efficienti. Pertanto è fondamentale capire chi si trovi in una condizione migliore per avere tali informazioni tra il giudice, il legislatore, l’autorità amministrativa ecc... A seconda della risposta a tale domanda possiamo sapere quale sia la migliore formulazione della norma: una norma che introduca criteri elastici come “la diligenza del buon padre di famiglia” da colmare di significato ad opera del giudice, oppure una norma specifica, come un limite di velocità in una determinata strada, ove lo standard di diligenza è predeterminato a monte.

Nella realtà, però, le regole legali sono spesso vaghe e di incerta applicazione. Ciò comporta che i soggetti agiscano in un clima di incertezza e tale condizione potrebbe comportare delle modifiche alle misure di prevenzione che gli agenti adottano.

---

<sup>329</sup> Tali rilievi critici sono di CALABRESI, HIRSCHOFF, *Toward a test for Strict Liability in Torts*, in *Yale Law Journal*, 1972, p. 1055.

<sup>330</sup> POSNER, *A Theory of Negligence*, in *J. Leg. Studies*, 1972, p. 35.

Si faccia il caso in cui il giudice commetta errori casuali<sup>331</sup> nel fissare lo standard legale di diligenza o nel confrontare il livello di precauzione del danneggiante con lo standard legale, oppure che il danneggiante commetta errori nel prevedere lo standard legale: se i danneggianti non sanno con certezza se l'adozione di un certo livello di prevenzione porterà il giudice a condannarli o meno, gli stessi saranno spinti a approntare misure di prevenzione superiori al livello standard. Ciò si spiega perché se il giudice riterrà che le precauzioni erano superiori agli standard i danneggianti avranno preso precauzioni non necessarie, il cui costo è modesto. Se accade il contrario, cioè il giudice ritiene che le precauzioni siano inferiori agli standard, i danneggianti verranno condannati a risarcire l'intero danno, con evidenti costi elevati.

### **VIII. Applicazioni pratiche nella giurisprudenza italiana**

In tale paragrafo proveremo a verificare un'applicazione delle regole dell'analisi economica del diritto da parte dei giudici italiani, ed in particolare della regola di Hand.

Si tratta di una sentenza del Tribunale di Monza del 2016<sup>332</sup>. Il caso riguarda un privato che agiva nei confronti di un ente locale ex art. 2051 c.c., al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti alla propria autovettura che si trovava in un parcheggio comunale ed era stata colpita dal crollo di un albero che aveva una "carie" al suo interno, e cioè era malato "e quindi meno robusto e più esposto a rischio di caduta".

La domanda veniva rigettata sulla base della seguente motivazione. La norma di cui all'art. 2051 c.c. non dovrebbe intendersi come una regola di responsabilità oggettiva, giacché rientrano nella nozione di fortuito "anomalie estranee alla sfera di custodia sulla cosa". Per tale motivo, secondo il giudice, la fattispecie in argomento copre regole di responsabilità per colpa presunta, in relazione alle quali, per imputare in capo al danneggiante l'obbligazione risarcitoria, sarebbe necessario rispondere alla

---

<sup>331</sup> Per casuali intendiamo che la probabilità di errori per eccesso è esattamente uguale alla probabilità di errori per difetto, sicché l'errore medio è pari a 0.

<sup>332</sup> Trib. Monza, 17 marzo 2016, in *Danno e Resp.*, 10, 2016, p. 1012.

seguinte domanda: "quale misura di diligenza è chiesta al custode per prevenire o eliminare pericoli occasionati dalla cosa?".

Il secondo passaggio della motivazione concerne allora l'individuazione dello standard di diligenza richiesto. L'Autorità giudicante ritiene che la patologia - e di conseguenza il crollo - dell'arbusto fosse un evento astrattamente prevedibile, ma in concreto costoso da accertare. Si richiamano pertanto le regole dell'Analisi Economica del Diritto, secondo cui, nell'ottica di comparazione tra costi e benefici, non è opportuno adottare quel livello di cautele, il cui costo è eccessivo se raffrontato all'entità del danno. In tale ipotesi, (se vi fosse una regola di responsabilità oggettiva) il danneggiante preferirebbe eventualmente corrispondere il risarcimento, anziché assumere quelle cautele (costose) volte a rimuovere, o quantomeno ridurre, le probabilità di incidente.

Alla luce di tale premessa metodologica, il giudice ammette di non avere gli strumenti per conoscere il livello efficiente di cautele da richiedere al danneggiante ma ritiene che "dato l'elevato presumibile costo di interventi d'indagine su tutti gli alberi, il Comune si asterrrebbe comunque dal porre in essere una simile condotta, preferendo risarcire il danno (confidando sulla minor occorrenza degli incidenti rispetto al caso delle insidie stradali, e sulla minor entità del danno)".

Preliminarmente occorre dare atto del fatto che il giudice che ha emesso tale sentenza dà esplicitamente conto del voler utilizzare i criteri dell'analisi economica del diritto, il che non è così frequente nella giurisprudenza nostrana<sup>333</sup>.

Lasciando in disparte per un attimo la questione relativa alla natura della responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, cioè se sia un'ipotesi di colpa presunta o di responsabilità oggettiva, è interessante analizzare la seconda parte del percorso logico seguito dal giudice che utilizza la regola di Hand.

Tribunale di Monza si interroga in relazione alla sussistenza di un livello efficiente di precauzioni. Infatti, non sarebbe ragionevole pretendere dai consociati l'adozione del livello massimo di tutele al fine di eliminare ogni possibile probabilità di danno. Come anticipato nei paragrafi precedenti, l'obiettivo da perseguire è quello di minimizzare i

---

<sup>333</sup> In realtà la giurisprudenza fa utilizzo dell'analisi economica del diritto, ma senza esplicitarlo e spesso utilizzando impropriamente gli strumenti di tale materia.

costi sociali che altro non sono che la somma tra costi di precauzione e danno atteso. L'adozione di un ulteriore livello di precauzioni, pur riducendo le probabilità dell'evento dannoso, al contempo fa aumentare il costo; sicché, secondo la regola di Hand, conviene adottare un ulteriore livello di precauzioni fintantoché il suo costo marginale sia inferiore o uguale alla riduzione del danno atteso<sup>334</sup>.

È questo un aspetto che il Tribunale di Monza correttamente sottolinea laddove afferma che molto probabilmente vi è un livello di precauzioni eccessivamente costoso che il Comune, agendo razionalmente, non deciderebbe di adottare, preferendo subire l'incremento del costo atteso.<sup>335</sup>

La sentenza, ad uno sguardo poco attento, sembrerebbe utilizzare correttamente gli strumenti dell'analisi economica del diritto, ma in realtà dimentica di verificare un presupposto fondamentale. Infatti il giudice ritiene che la responsabilità *ex art. 2051 c.c.* sia un'ipotesi di responsabilità per colpa (sia pure presunta) e che quindi, individuato lo standard di diligenza richiesto, si debba assolvere l'ente locale nel caso in cui il livello di prevenzione concretamente posto in essere fosse stato uguale o superiore allo standard legale. Sia chiaro che l'ente locale, anche in un'ipotesi di responsabilità oggettiva, avrebbe utilizzato la stessa quantità di misure di prevenzione. Non è però corretto addossare il costo del danno sul danneggiato in un'ipotesi come questa in quanto non vi è la possibilità di prevenzione bilaterale, poiché il danneggiato non ha alcun mezzo per evitare la caduta di un albero malato. Nelle ipotesi in cui solo una delle parti abbia la possibilità di approntare misure di prevenzione (ipotesi di c.d. prevenzione unilaterale), la responsabilità dovrà sempre essere oggettiva.

## **IX. La responsabilità in ambito contrattuale: l'*efficient breach***

Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto è di fondamentale importanza il ruolo del contratto, inteso come vincolo giuridico ad adempiere che porta ad un costo

---

<sup>334</sup> LANDES, POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, Harvard, in particolare nei Cap. III e IV.

<sup>335</sup> Per un'analisi completa della sentenza del Tribunale di Monza si veda BAFFI, NARDI, *L'analisi economica del diritto e la giurisprudenza - Il commento*, in *Danno e Resp.*, 10, 2016, p. 1012.

in caso di inadempimento. Infatti in tutte le ipotesi di scambi differiti nel tempo, il trascorrere del tempo stesso fra lo scambio delle promesse e la loro esecuzione crea incertezze e rischi che porterebbero notevoli ostacoli agli scambi. La possibilità di far valere una promessa in giudizio, invece, incoraggia lo scambio e la cooperazione tra gli individui<sup>336</sup>.

La dimostrazione di quanto affermato si comprende facilmente tramite una situazione di c.d. *agency game*, in cui il primo giocatore mette a disposizione un bene di un certo valore al secondo giocatore, il quale può decidere se cooperare con il primo o appropriarsi del bene. La cooperazione è produttiva cioè crea un surplus che viene poi ridistribuito equamente tra i giocatori. L'appropriazione è, invece, redistributiva, cioè va a vantaggio del secondo giocatore e a danno del primo.

Graficamente possiamo rappresentare questa situazione con una tabella che rappresenta le alternative dei giocatori in caso di mancanza di un contratto. I numeri indicano la differenza di ricchezza dei giocatori prima e dopo il gioco. Il primo giocatore, che ha la prima mossa, decide se fare o no un investimento di 1. Se non lo fa il gioco finisce e nessun giocatore riceve alcunché.

Se invece l'investimento viene fatto, il secondo giocatore decide se cooperare o appropriarsi dell'investimento del primo giocatore.

Come anticipato la cooperazione è produttiva, cioè crea un surplus. Pertanto cooperando si crea un guadagno totale di 1, che, come detto, va diviso equamente tra entrambi i giocatori<sup>337</sup> con un guadagno di 0,5 a testa.

Se invece il secondo giocatore si appropria dell'investimento del primo senza cooperare vi è un effetto redistributivo, ma non si crea ricchezza. Pertanto il primo giocatore perde 1 e il secondo guadagna 1.

---

<sup>336</sup> Si badi che è interesse di entrambe le parti che i contratti siano azionabili in giudizio: il compratore perché ciò comporta un incentivo all'adempimento del venditore e una tutela in caso di inadempimento, il venditore perché è l'unico modo di indurre il compratore all'acquisto.

<sup>337</sup> Il primo giocatore recupera il proprio investimento di 1 e guadagna 0,5 e il secondo giocatore guadagna 0,5.

*Agency game senza contratto*

		SECONDO GIOCATORE	
		cooperazione	appropriazione
PRIMO GIOCATORE	investe	0,5	-1,0
	non investe	0	0

La mossa migliore in queste condizioni è non investire. Infatti se il primo giocatore investisse 1, il secondo giocatore avrà convenienza ad appropriarsi dell'investimento e a non cooperare<sup>338</sup>. Il primo giocatore, se il secondo si appropria del suo investimento, perde 1, pertanto la scelta che farà sarà non investire.

Le cose cambiano radicalmente se, invece, le parti si sono vincolate all'adempimento tramite un contratto azionabile in giudizio.

Poniamo che in caso di adempimento del contratto le condizioni siano le medesime che si sarebbero verificate in caso di cooperazione spontanea, cioè un guadagno di 0,5 a testa, mentre in caso di inadempimento da parte del secondo giocatore, questi dovrà risarcire il danno al primo giocatore, danno costituito dall'investimento fatto di 1 e dal guadagno mancato di 0,5.

Pertanto il primo giocatore che ha investito 1 avrà un guadagno netto di 0,5 indipendentemente da ciò che fa il secondo giocatore. Infatti se il secondo giocatore si appropria dell'investimento del primo, il primo perde 1, ma a seguito dell'azione giudiziaria viene risarcito di 1,5 e pertanto ha un guadagno netto di 0,5.

L'è evidente quindi che la scelta più conveniente per il primo giocatore è investire.

Per il secondo giocatore la scelta è tra adempiere e non adempiere e pagare un risarcimento.

Nel caso in cui il secondo giocatore adempia avrà un guadagno netto di 0,5, mentre in caso di inadempimento si impossesserà del bene del primo giocatore del valore di 1, ma sarà poi costretto a risarcire i danni subiti dal primo giocatore per il valore di 1,5, pertanto avrà una perdita di 0,5.

Quindi la scelta più conveniente per il secondo giocatore è la cooperazione.

---

<sup>338</sup> Tale scelta, nella Teoria dei Giochi è detta "scelta dominante".

*Agency game con contratto*

		SECONDO GIOCATORE	
		adempimento	inadempimento
PRIMO GIOCATORE	investe	0,5	0,5
	non investe	0	0

La scelta più razionale per entrambi i giocatori, nel caso in cui vi sia un contratto, è di essere adempienti.

In realtà l'adempimento è la scelta migliore anche dal punto di vista sociale in quanto è la più efficiente perché massimizza i guadagni. Per dimostrarlo basta sommare i guadagni individuali dei due giocatori: la somma dà 1 quando il primo giocatore investe e il secondo coopera, mentre dà 0 in tutti gli altri casi.

Ciò dimostra che il contratto è stato lo strumento per trasformare un gioco con soluzione inefficiente in un gioco con soluzione efficiente<sup>339</sup>.

Per introdurre il concetto di *efficient breach* è necessario utilizzare lo strumento del c.d. costo-opportunità<sup>340</sup>.

Se abbiamo posto che il risarcimento del danno è pari al danno subito dal promissario, il promittente adempierà la propria promessa quando i costi per l'adempimento sono minori dei benefici che il promissario ha dall'adempimento<sup>341</sup>. Più elevato è il costo della responsabilità, più è forte l'incentivo ad adempiere.

Il problema che però è necessario considerare è che talvolta l'adempimento da parte del promittente ha un costo in termini di costo opportunità, ciò accade quando le risorse che il promittente dovrebbe usare per adempiere potrebbero essere usate in modo più proficuo. Si pensi al caso in cui Tizio venda un quadro a Caio per il prezzo di 100, ma prima della consegna Sempronio offra a Tizio il prezzo di 150 per il medesimo quadro. Il costo opportunità dell'adempimento è di 50. Se il risarcimento

---

<sup>339</sup> Gli esempi e le tabelle sono di COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole cit.*, p. 134.

<sup>340</sup> Si veda nota 10 di questo capitolo.

<sup>341</sup> Il promittente adempierà se i propri costi di adempimento sono minori dei costi dell'inadempimento. I costi dell'inadempimento, come detto, sono uguali al risarcimento di ciò che ha perso il promissario. Ciò che perde il promissario è equivalente a ciò che guadagnerebbe in caso di adempimento, quindi, per la proprietà transitiva, il promittente adempierà quando i costi di adempimento sono inferiori ai benefici che l'adempimento porta al promissario.

fosse fissato a 120, per Tizio la scelta più efficiente sarebbe non adempiere. E si badi che tale scelta per Caio non sarebbe differente rispetto all'adempimento di Tizio. Infatti se per Tizio il risarcimento del danno da pagare sarà parametrato al beneficio perso da Caio è evidente che per Caio è indifferente ottenere l'adempimento vero e proprio o il beneficio che avrebbe ottenuto con l'adempimento.

Pertanto una persona razionale - qualora i costi vengano riportati alla sfera da cui promanano e non vi siano ostacoli all'attuazione di determinati comportamenti - recherà pregiudizio alla controparte solo nel caso in cui "il beneficio che ne ricava sia abbastanza ampio da consentirle di pagare un adeguato risarcimento e tenere qualcosa per sé".

Nei contratti di durata, fenomeni di inadempimento efficiente si possono presentare frequentemente. Quando due parti concludono un contratto, sono entrambe mosse dalla convinzione che tale accordo garantirà loro un profitto. "La cruda realtà degli scambi commerciali mostra, però, come - anche al di là delle ipotesi in cui si verificano vizi della volontà come errore, dolo e violenza - le aspettative possano andare deluse. Basti pensare al caso in cui si materializzi un mutamento delle circostanze inizialmente favorevoli o anche all'ipotesi di preventivo errore nel calcolo delle aspettative di guadagno prefigurate da una delle due parti: ecco che il contratto, inizialmente vantaggioso, diviene - per uno dei paciscenti - *unprofitable*. Quale dei due interessi dovrà essere soddisfatto? Quello della parte che realizzerebbe comunque un guadagno oppure quello della *reluctant party*, il promissario che non vorrebbe adempiere un contratto ormai divenuto svantaggioso?<sup>342</sup>".

Si potrebbe rispondere agevolmente a questi quesiti utilizzando la teoria economica testé citata sostenendo che se il risarcimento del danno da inadempimento porta il soggetto adempiente in una situazione identica a quella che si sarebbe verificata in caso di adempimento della controparte, la soluzione più razionale è che il promittente sia inadempiente. Infatti questo determinerebbe un guadagno per il promittente e una situazione immutata per il promissario.

---

<sup>342</sup> P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 6, p. 10717.

La linearità teorica del ragionamento non può però oscurare il fatto che, aderendo a quest'impostazione, vengono messi in discussione la certezza e la stabilità degli scambi economici. “Constatazione inquietante, cui si aggiungono altri dubbi, di carattere più marcatamente morale: come impedire il propagarsi di *bad behaviours*? In quale maniera potrà essere disincentivata la tendenza - tra i “contraenti razionali” - a non adempiere in forza di un più allettante vantaggio? Potrà davvero affermarsi il principio che la realizzazione dell'efficienza economica - ovvero della più proficua allocazione delle risorse - permette di sacrificare la buona fede e la fiducia nell'adempimento dell'*injured party*?<sup>343</sup>”

Si badi che la soluzione è vantaggiosa per la parte inadempiente solo perché abbiamo posto che il risarcimento del danno sia pari al beneficio che la parte adempiente avrebbe avuto in caso di adempimento. Se invece il risarcimento fosse, come ipotizzato nei primi due capitoli di questo lavoro, ultracompensativo, si otterrebbero risultati diversi.

Si pensi al caso *Attorney General v. Blake*<sup>344</sup> già citato nel capitolo II, in cui la House of Lords ha condannato Blake al pagamento di *restitutionary damages* pari al profitto ottenuto con l'inadempimento. O si pensi al caso dell'art. 125 del codice della proprietà industriale, già citato nel capitolo I, che permette al titolare del diritto leso di ottenere la restituzione di tutto l'utile percepito dal soggetto contraffattore (la c.d. retroversione degli utili).

Ciò ci riporta alle prime pagine di questo lavoro, ove si anticipava che le conclusioni avrebbero lasciato insoddisfatto l'economista tradizionale che vede nell'efficienza il fine ultimo di ogni cosa. Infatti l'introduzione nei modelli dell'agente razionale di fini diversi dall'efficienza, o i dubbi circa l'effettiva razionalità dei comportamenti, così come i dubbi sulla reale intercambiabilità di beni che si collocano sulla medesima curva di indifferenza, ci conduce a due possibili prospettive. La prima - quella ortodossa all'analisi economica del diritto - secondo la quale il mondo in cui viviamo è irrazionale; e la seconda - quella che proveremo a delineare ora - secondo la quale

---

<sup>343</sup> <sup>343</sup> P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale cit.*, p. 10717.

<sup>344</sup> [2000] 4 All ER 385.

l'analisi economica del diritto è solo uno degli strumenti che si possono utilizzare per leggere la società.

## **X. Dall'analisi economica del diritto alla *Law and Economics***

A questo punto della trattazione è opportuno introdurre un'importante distinzione tra analisi economica del diritto (*Economic Analysis of Law* o *EAL*) e *Law and Economics*.

Se si dovesse tracciare un percorso evolutivo che ha portato molti giuristi a divincolarsi dalle briglie del metodo strettamente giuridico si dovrebbe principiare dalla dottrina dell'utilitarismo di Bentham<sup>345</sup> che ha sempre inteso il diritto come mezzo di trasformazione della società ed il giurista come promotore di riforme, e si dovrebbe poi passare per Roscoe Pound<sup>346</sup> e per Arthur Corbin<sup>347</sup>, che per modificare il diritto cercavano un fulcro esterno al diritto stesso nelle scienze sociali.

Tali impostazioni hanno portato a guardare al sistema di regole con lo sguardo della teoria economica fino al punto di ridiscutere e porre in dubbio la razionalità dei sistemi giuridici quando questi non si piegavano alle dottrine economiche. L'espressione massima di tale impostazione si deve a Posner<sup>348</sup>, che pare sia stato anche colui che ha coniato il termine "Analisi Economica del Diritto".

A giudizio di chi scrive, però, nonostante i contributi di *Economic Analysis of Law* siano stati determinanti per svincolare il giurista dalle maglie del metodo giuridico tradizionale, l'approdo estremo cui sono giunti non è soddisfacente. In quanto spodestata la tirannia del dover essere di Kelseniana memoria hanno finito per sostituire un tiranno con un altro, elevando l'efficienza, con le sue regole e i suoi canoni, a novella divinità indiscussa del sistema.

---

<sup>345</sup> BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, 1998, Torino. L'opera originaria, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, è del 1798.

<sup>346</sup> ROSCOE POUND, *The scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in *24 Harv. L. Rev.*, 1911, p. 591.

<sup>347</sup> Sebbene CORBIN, nella lettera di dimissioni dalla Yale Law School sembra rinnegare gli scritti precedenti e mettere in guardia dall'abbandonarsi a scienze estragiuridiche. Tale lettera si trova nell'appendice di CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics cit.*

<sup>348</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1973, Boston.

L' *EAL* analizza il mondo del diritto dal punto di vista della teoria economica e, come risultato di questa analisi, conferma, pone in dubbio e, spesso, cerca di riformare la realtà giuridica. “In effetti agisce sul fulcro archimedeo sul quale posizionare una leva; una leva che permette allo studioso, quando l'operazione sottesa è portata avanti in maniera adeguata, di argomentare in favore di un cambiamento del sistema giuridico. Nella sua versione più aggressiva e riformista, se rinviene che il sistema giuridico non sia adatto, ne dichiara l'irrazionalità<sup>349</sup>”, magari utilizzando l'espressione di Bentham “insensatezza sui trampoli”<sup>350</sup>.

La *Law and Economics*, invece, accetta il mondo per come il giurista lo descrive e tenta di verificare se la teoria economica può spiegare quel mondo. Qualora ciò non sia possibile, anziché liquidare quel mondo come irrazionale, pone due domande: se c'è qualcosa che ha indotto l'osservatore a interpretare la realtà scorrettamente rispetto a quella che è<sup>351</sup>; e, in un secondo momento, se è possibile potenziare la teoria economica in modo da consentirle di spiegare il mondo per quello che è<sup>352</sup>.

I limiti dell'analisi economica del diritto condotta in funzione della teoria economica pura sono legati all'esistenza di uno scenario più complesso rispetto a quello descritto dai modelli economici, caratterizzato dalla presenza di beni che per diversi ordini di ragioni si collocano al di fuori delle logiche economiche e del mercato (*merit goods*), dal fondamentale ruolo svolto dalle pulsioni altruistiche che caratterizzano l'agire delle persone<sup>353</sup>, infine da valori, gusti, ideali, e propensioni che, seppur non coincidenti con quelle di un individuo pienamente razionale sono alla base delle azioni di una moltitudine di persone<sup>354</sup>.

---

<sup>349</sup> CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics - Saggi per una rimediazione ed un ricordo*, 2018, Milano, p. 8.

<sup>350</sup> MILL, *Bentham*, in *Mill on Bentham and Coleridge*, 1980, London, p. 59.

<sup>351</sup> Questa prima domanda è quella che si pongono CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *85 Harv. L. Rev.*, 1972, p. 1089.

<sup>352</sup> Questa seconda domanda è il cuore della distinzione tra *EAL* e *Law and Economics*, la prima tenta di adattare il mondo alle proprie regole, la seconda tenta di trovare nuove regole per spiegare il mondo.

<sup>353</sup> Si pensi in particolare al dibattito italiano sulle imprese sociali in AN. FUSARO, *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella Law & Economics*, in *Dibattito a più voci intorno al libro di Guido Calabresi «The Future of Law & Economics»*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 57.

<sup>354</sup> AL MUREDEN, *Il futuro del Law and Economics nel pensiero di Guido Calabresi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 3, p. 778.

In poche parole, l'evoluzione dell'analisi economica del diritto che la *Law and Economics* suggerisce, consiste nell'incrementare lo studio dei fenomeni con altre scienze, ed in particolare con la psicologia al fine di spiegare il senso di azioni alle quali la teoria economica tradizionale non riusciva a fornire una giustificazione<sup>355</sup>.

Un esempio calzante di tale necessità di ampliare i confini dell'*EAL* è descritto da Calabresi e Bobbitt nel loro saggio *Tragic Choices*<sup>356</sup>. In quel testo si parla di "sufficienza paradossale" consistente nel paradosso della volontà di una società di spendere molto di più per salvare una sola persona da un imminente e drammatico pericolo di vita che non per evitare incidenti ricorrenti in cui perdono la vita un maggior numero di persone<sup>357</sup>. Tali scelte paradossali, se ragionassimo in termini economici puri verrebbero catalogate come irrazionali, ma prendere tali scelte permette alla società di affermare il valore dell'"inestimabilità della vita".

Pertanto la nuova prospettiva che la *Law and Economics* propone sta in questo: mentre nell'analisi economica del diritto l'economia domina ed il diritto è il suo oggetto di analisi critica, nel metodo della *Law and Economics* la relazione è biunivoca ma paritaria. La teoria economica esamina il diritto, ma non di rado questo esame conduce a modifiche della teoria economica stessa invece che modifiche del sistema giuridico<sup>358</sup>.

Il giurista, allora, ha un ruolo centrale in questa relazione biunivoca sottesa al metodo del *Law and Economics* in quanto il diritto e gli istituti giuridici sono l'oggetto di quel metodo di ricerca. Ciò posto, per una corretta disamina dei principi che ispirano il *Law and Economics* non si può che guardare al più grande interprete di tale metodo: Guido Calabresi.

## **XI. Il pensiero di Calabresi: dalla Cattedrale ad oggi**

---

<sup>355</sup> Il riferimento in questo caso è all'economia comportamentale.

<sup>356</sup> CALABRESI, BOBBITT, *Tragic Choices*, 1978, New York, p. 134.

<sup>357</sup> I riferimenti sono alla volontà della società di salvare un velivolo gonfiabile naufragato o un ostaggio, oppure la volontà di una compagnia mineraria di pagare somme spropositate per salvare pochi minatori intrappolati, ma non di spendere relativamente meno per salvare un numero maggiore di vite attraverso migliori misure di sicurezza.

<sup>358</sup> CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics cit.*, p. 14.

Nel 1972 Calabresi e Melamed pubblicavano sulla *Harvard Law Review* un saggio rispetto al quale, tutt'oggi, l'interesse non è mai scemato<sup>359</sup>. In questo scritto gli Autori distinguono tra situazioni in cui i diritti sono tutelati in forma specifica o reale (*Property Rules*) e situazioni in cui i diritti sono tutelati solamente per equivalente (*Liability Rules*). Nel primo caso l'unico modo per acquistare il diritto da parte di un terzo è tramite il consenso del titolare. Nel caso di diritti tutelati da *Liability Rules*, il terzo potrebbe appropriarsi del diritto senza il consenso del titolare pagando una somma stabilita dalla collettività, o meglio stabilita dal giudice o fissata dalla legge<sup>360</sup>. Calabresi e Melamed, al fine di capire quale delle due regole sia più efficiente, distinguono in base alla grandezza dei costi di transazione. Nel caso di costi di transazione bassi, la regola più efficiente è la *Property Rules*, che impone il consenso del titolare del diritto, in quanto non c'è il rischio che uno scambio efficiente non possa avvenire a causa dei costi di transazione. Nel caso, invece, di alti costi di transazione, la regola più efficiente è quella che consente al terzo di prendere il diritto anche senza il consenso del titolare pagando il prezzo stabilito dalla collettività a patto che tale costo sia equivalente a quanto il titolare del diritto valuta il proprio diritto. Tale tesi, come si intuisce, presupponendo che la somma che il terzo deve pagare in caso di *Liability Rule* sia uguale al valore che il titolare dà al proprio diritto, denota una funzione compensativa della responsabilità civile. Calabresi, nel corso dei propri studi, si allontanerà da questa concezione osservando che nella realtà del diritto si verifica spesso che la somma che un soggetto deve pagare per potersi appropriare di un diritto altrui è spesso maggiore del valore che il titolare attribuisce a quel diritto, oppure molto minore di quel valore<sup>361</sup>.

Pertanto l'Autore osserva che le modalità di tutela dei diritti sono molto più variegate nella realtà di quanto invece si possa ipotizzare in un modello. Per esempio, se un diritto è tutelato solo per equivalente, cioè con una *Liability Rule*, ma il prezzo dell'impossessamento del diritto è così elevato da rendere in concreto impossibile al

---

<sup>359</sup> CALABRESI, MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, 85, 6, p. 1089 e ss..

<sup>360</sup> Si veda AFFERNI, *Dibattito a più voci intorno al libro di Guido Calabresi «The Future of Law and Economics» - Calabresi, Il Diritto e L'Economia: Ritorno al futuro*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2017, p. 39.

<sup>361</sup> CALABRESI, *A Broader View of The Cathedral: The Significance of The Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, in *Law and Contemporary Problems*, 2014, p. 1.

terzo di appropriarsene, ci troveremo, di fatto, innanzi ad una tutela reale, cioè ad una *Property Rule*. Se invece, nel caso opposto, la tutela per equivalente fosse rappresentata da un prezzo molto basso, significherebbe che la legge sta applicando una politica di favore all'attività espropriativa del diritto.

Per fare un esempio di entrambi i casi basti pensare ai danni punitivi, nel caso di costo maggiore per l'appropriazione rispetto al valore che l'originario titolare dà al diritto, oppure al caso delle espropriazioni per pubblica utilità, in cui il costo per l'appropriazione è inferiore al valore del bene<sup>362</sup>.

Calabresi, dimostra in queste riflessioni la differenza tra Analisi Economica del Diritto e *Law and Economics*, infatti l'*EAL* avrebbe liquidato come irrazionali sia i danni punitivi che le espropriazioni in quanto non rispondenti al modello razionale, mentre per il metodo basato sulla *Law and Economics* non si può bollare come inefficiente e quindi sbagliata la regola giuridica che non risponda al modello, ma si deve arricchire il modello con un nuovo livello di complessità che gli consenta di spiegare la varietà del diritto che si è presentata.

È evidente a questo punto ciò che sin dal primo capitolo di questo lavoro si tenta di argomentare, cioè che la responsabilità civile non trova piena ragione in sé stessa, ma necessariamente ricerca i propri fini in altro da sé. Abbiamo analizzato in modo diacronico e sincronico le funzioni che la responsabilità civile può avere, in Italia e in altri ordinamenti, principiando dalla funzione compensativa, passando per quella deterrente e punitiva, fino a quella ordinatoria della società. Tale analisi ha, però, sempre lasciato motivi di insoddisfazione che originano nella difficoltà di accettare il fatto che il sistema del diritto rifiuta gli assoluti. Pertanto si dovrebbe accettare un sistema "relativo e umano" che costruisca "un tempio di pace su fondamenta, rese quanto più stabili possibile da un netto bilanciamento di interessi, basato su uno studio quanto più attento e completo possibile all'esperienza umana. Regole e principi, sia che li si chiami politici, economici, etici o giuridici, sono il risultato di questo bilanciamento di interessi. Sono le fragili regole operative della vita, che non devono

---

<sup>362</sup> Si fa riferimento alla normativa italiana sulle espropriazioni originaria, si veda CAPUTO, *Occupazione acquisitiva non oltre la minima entità del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 338.

essere disprezzate perché non assolute. Sono tutto ciò che abbiamo per guidare i nostri passi sulla via di un futuro sconosciuto.<sup>363</sup>»

## **XII. *Merit goods*, beneficenza e altruismo e rilevanza di gusti e valori**

Dalle premesse appena citate si avvia l'analisi di Calabresi che abbraccia sei diverse aree di indagine, i cui confini e la cui rilevanza giuridica non sono semplici da individuare per il giurista europeo tradizionale. In ciò troviamo una conferma della sua tesi, che si affida al relativismo critico nel senso che per comprendere la realtà giuridica in termini di utilità si deve tener conto (i) degli effetti interpersonali dell'utilità, (ii) dell'allocazione dei beni e dei costi in mercati non organizzati e in strutture non tradizionali, (iii) della tensione di beni e costi secondo il *desideratum* o i *desiderata*, che si esprimono in modo analogo all'andamento dei mercati, (iv) del rapporto tra ordine giuridico e mercato, (v) dei giudizi di valore sottesi a molte analisi economiche, (vi) dell'attitudine dell'analisi economica ad orientare gli interpreti in ordine alla desiderabilità di una più ampia varietà di *gusti e valori*.<sup>364</sup>

Tutte queste aree di indagine dimostrano l'eccessiva semplificazione che la *reductio ad unum*, che l'Analisi Economica del diritto propone in chiave di esclusiva valutazione dell'efficienza delle scelte, comporta.

Per l'economicità della trattazione raggrupperemo le sei aree di indagine in tre settori essenziali: l'allocazione dei beni denominati «*merit goods*», la beneficenza e l'altruismo, la rilevanza di gusti e valori<sup>365</sup>.

Calabresi individua due categorie di *Merit Goods*: i beni che molti non vogliono abbiano alcun prezzo e quindi non siano mercificati e i beni la cui allocazione è determinata dalla prevalente distribuzione delle ricchezze.

Per quanto attiene alla prima categoria di *merit goods* si tratta di beni ai quali assegnare un prezzo di mercato è di per sé un costo. La vita ne è l'esempio

---

<sup>363</sup> Tratto dalla Lettera di Pensionamento di Arthur Corbin al corpo docente della Yale Law School.

<sup>364</sup> ALPA, *Il futuro di Law and Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contratto e impr.*, 3, 2016, p. 597.

<sup>365</sup> Tale divisione in macroaree è di CALABRESI stesso che suddivide così il proprio libro *Il futuro del Law and Economics*, cit.

paradigmatico, ma vi sono numerosi altri beni che costituiscono “perle di inestimabile valore” in quanto la società ritiene odioso darvi un prezzo. Tali beni in realtà vengono comunque scambiati con altri *desiderata* (denaro, convenienza, altri grandi ideali ecc...) <sup>366</sup> e ciò crea un compromesso difficile da gestire. La verità è che anche tali beni non hanno un valore assoluto, cioè indipendente da altro, ma dare a questi beni un valore ha a sua volta un costo.

Talvolta il costo della determinazione di un prezzo è così elevato da risultare irragionevole, e in tali casi l’analisi economica prevede un’assegnazione autoritativa. In altre parole: se ciò che la società non vuole è dare un prezzo e mercificare tali beni idealizzati, allora si prenderanno decisioni su questi beni a livello collettivo imponendone il rispetto mediante un precetto autoritativo. A ben vedere, però, anche il ricorrere a meccanismi autoritativi può essere “doloroso” per la società: “se non vogliamo dare un prezzo alle nostre vite (e non lo vogliamo), non vogliamo neppure che il governo ci dica che alcune vite, in alcune circostanze, non meritano di essere salvate. La mercificazione di alcuni beni è assai costosa; ma altrettanto può dirsi per l’alternativa senza prezzo, l’autoritatività!” <sup>367</sup>.

La seconda categoria di *merit goods* è costituita da quei beni per i quali non si ritiene deprecabile la fissazione di un prezzo, quanto piuttosto che la loro allocazione dipenda da una distribuzione altamente iniqua della ricchezza <sup>368</sup>.

Il risultato di questo ragionamento, in linea con il relativismo che l’approccio del *Law and Economics* propone, sta nell’evitare per questi beni un approccio basato su strutture di puro mercato o di pura autoritatività e, invece, ricorrere a versioni modificate di entrambe, in quanto sia dare un prezzo ai *merit goods* sia regolarli autoritativamente produce un costo morale per la società.

Nell’ambito della responsabilità civile è spesso adottato questo approccio misto. Si prenda ad esempio la circolazione delle auto: viene consentito ad una persona di

---

<sup>366</sup> Basti pensare che se la vita avesse un valore assoluto non sarebbe permesso circolare con degli autoveicoli, in quanto la circolazione stessa potrebbe mettere in pericolo la vita dei pedoni o di altri autisti. In realtà quindi il valore del bene “vita” non è assoluto.

<sup>367</sup> CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics cit.*, p. 43.

<sup>368</sup> Si pensi per esempio alla vendita di organi. Se lo scambio di tali beni fosse lasciato al libero mercato solo i ricchi li acquisterebbero e solo i poveri li venderebbero. Ciò che per la società risulta intollerabile è che la distribuzione di questo genere di beni sia collegata alla ricchezza.

guidare se è maggiorenne e se è in grado di pagare per il rischio di incidenti (sottoponendolo all'obbligo di dotarsi di un'assicurazione), ma gli proibiamo di guidare se è minorenne oppure se ha assunto bevande alcoliche. In termini economici possiamo quindi dire che utilizziamo un approccio di mercato per allocare i rischi tradizionali collegati alla guida ma introduciamo alcuni divieti di natura autoritativa per escludere alcune categorie di guidatori particolarmente rischiose.

Anche il mercato dell'altruismo e della beneficenza è un mercato improprio e imperfetto. Infatti sia le regole che si applicano al mercato puro sia, al contrario, un sistema rigido di prescrizioni, possono essere controproducenti. Beneficenza e altruismo non sono un bene in sé, ma un complesso di interrelazioni che consente di capire quando è utile mantenere in vita una struttura composta di una forma giuridica persistente anche se costosa piuttosto che non demolirla in ossequio ad un liberismo che rischia di reprimere i beni che vuol proteggere e rendere efficienti<sup>369</sup>. Calabresi ritiene che l'altruismo non costituisca un singolo bene ma un complesso di diversi beni che desideriamo.

L'altruismo e i valori affini appartengono alla sfera privata o alla sfera pubblica, e sono beni sostitutivi di azioni normalmente affidate alla sfera pubblica. Per incentivare questo mercato vi sono molti mezzi. Anche i più impensati, come l'appartenenza ad un *milieu* sociale in cui la beneficenza è considerata inerente allo status<sup>370</sup>.

Calabresi, prendendo le mosse dalle indagini più recenti in campo economico, osserva che il favore dell'utenza verso gli enti non profit non deriva né dal prezzo né dalla qualità dei servizi, giacché gli stessi non hanno né qualità migliore, né prezzo inferiore a quelli della concorrenza for profit. La spiegazione del successo del *non profit* sarebbe, piuttosto, da ricercare nella circostanza che questo settore soddisfa meglio il desiderio dell'utente di beneficenza, cioè di un bene che non può essere valutato secondo la logica di mercato, ma solo di appagamento dell'utente<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> ALPA, *Il futuro di Law and Economics: le proposte di Guido Calabresi cit.*

<sup>370</sup> È accaduto alle famiglie possidenti di Minneapolis che per tradizione destinano il 5% dell'utile delle loro società alle iniziative benefiche, e richiedono - una curiosa forma di imperativo - ai nuovi ricchi di seguire il loro esempio se vogliono essere accettati in società.

<sup>371</sup> COPECCHI, *Riflessioni a margine della lettura di «The future of Law & Economics»*, in *Contratto e impr.*, 1, 2017, p. 67.

C'è quindi un complesso di incentivi che aiutano a capire come correggere il modello del mercato puro.

Ad esito di un discorso complesso, tutto interno al dibattito sul dono, l'altruismo e i mercati paralleli, Calabresi giunge a queste conclusioni: vi sono beni e costi la cui incentivazione mediante i meccanismi del mercato puro può essere controproducente; è tuttavia utile esaminare i modelli di mercato e i modelli di regole impositive per capire come funzionano questi beni; i beni spesso debbono essere considerati come beni in sé ma anche come fini.

Calabresi rileva poi come l'EAL finisca spesso per ignorare o ritenere inesistenti i gusti e i valori degli agenti. O meglio, spesso gli economisti tendono a ignorare solo alcuni tra i gusti e i valori degli agenti. Talvolta alcuni gusti o valori non vengono considerati nei modelli in quanto renderebbero il modello eccessivamente difficile o addirittura impossibile. Ma ciò non significa che la loro esclusione non comporti dei costi. E l'entità di tali costi dipende dalla domanda posta, dalla questione analizzata, perciò le esclusioni possono essere sensate o non sensate. Pertanto Calabresi sottolinea che non si possa dire in assoluto se sia corretto o meno valutare i valori e i gusti, in quanto si dovrebbe valutare i costi che tale esclusione determina e confrontarli con i costi che introdurre tali elementi nel modello comporterebbe. Invece, troppo spesso, la mancata considerazione di gusti e valori è inconsapevole, pertanto determinati comportamenti degli agenti finiscono per essere catalogati come irrazionali o inspiegabili, quando in realtà ci troviamo in un contesto in cui sarebbe stato fondamentale considerare gusti e valori.

Come è facile notare la *Law and Economics* non fugge le difficoltà che la realtà propone all'interprete ma tenta di cercare nuovi strumenti per comprendere e spiegare quella realtà.

### **XIII. Le conclusioni di Calabresi**

Calabresi conclude il suo ragionamento tentando di dimostrare che l'economia possa avere un ruolo nel comunicare ai legislatori quali gusti e valori siano più auspicabili di altri. Il giurista-economista dovrebbe cercare di individuare cosa una certa società ritiene fondamentale per poi ricavare di conseguenza i valori originari e i valori sussidiari in una prospettiva *de iure condendo*.

Si badi che in realtà, il giurista, quantomeno, questo lavoro lo ha sempre fatto. Si tratta di ciò che comunemente definiamo politica del diritto e *“che il giurista, anche quando si occupi di un tema apparentemente soltanto specialistico, e quindi strettamente tecnico-giuridico, faccia sempre - lo sappia o non lo sappia; lo voglia o non lo voglia - politica del diritto è, quantomeno oggi, constatazione pressoché banale, oltremodo ripetuta e come tale, appunto perché semplicemente ricognitiva di uno stato di cose, non dovrebbe in alcun modo destare reazioni critiche, o addirittura sorpresa”*<sup>372</sup>.

L'innovazione nel pensiero di Calabresi sta quindi nel ricercare un metodo scientifico attraverso il quale si possa promuovere la massimizzazione dei valori fondamentali calcolando i benefici e i costi delle strutture giuridiche necessarie per sostenerli<sup>373</sup>.

L'Autore auspica addirittura un passo ulteriore: che l'economista, o almeno il giurista-economista, sia disposto a dire apertamente quali siano i valori fondamentali meritevoli.

Non è questa la sede per entrare nel dibattito formatosi su queste rivoluzionarie conclusioni di Calabresi<sup>374</sup>, basti dire che già negli anni '70 le teorie di Calabresi sembravano azzardate e che, successivamente, chiunque si sia accostato allo studio della responsabilità civile vi si è dovuto confrontare.

Ma ciò che in questo lavoro ci interessa è il ruolo che la responsabilità civile gioca in queste teorie.

Le norme sulla responsabilità consentono alla persona che desidera appropriarsi del diritto altrui di ottenerlo pagando un prezzo fissato collettivamente, anche se il titolare

---

<sup>372</sup> GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale cit.*, p. 10.

<sup>373</sup> CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics*, cit. p. 195.

<sup>374</sup> Moltissime riviste giuridiche di tutto il mondo hanno pubblicato commenti e critiche al saggio di CALABRESI, ma la rivista che ha dato il maggior spazio a questo tema è *Jerusalem Review of Legal Studies*, che ha pubblicato il *Book Symposium on Guido Calabresi's The Future of Law and Economics*, nel vol. 16 del 2017.

non acconsente allo scambio<sup>375</sup>. Calabresi suggerisce che il regime di responsabilità civile è un esempio paradigmatico di miscela tra un approccio di mercato e un approccio autoritativo, che manifesta una "società mista" la cui ideologia "non è né libertaria né collettivista". Sostiene, poi, che mentre l'ipotesi comune nella letteratura economica è che il prezzo della responsabilità tenda a imitare il libero prezzo di mercato, una rapida occhiata al mondo reale attuale rivela che questa ipotesi è semplicemente falsa.

In alcune aree della legge sulla responsabilità civile, i danni accertati sono inferiori al loro valore di mercato. Vi sono esempi evidenti circa la negazione di danni fantasiosi o di limitazioni alla concessione di danni puramente emotivi o puramente economici. In effetti, tali regole possono talvolta trovare spiegazioni "market-mimicking"<sup>376</sup> ma Calabresi sostiene che queste spiegazioni, per quanto degne possano essere, "non sono mai sembrate del tutto soddisfacenti". Ci sono aree in cui la politica mira a rendere più facile di quanto sarebbe altrimenti in un mercato libero spostare i diritti o impegnarsi in attività che si traducono in spostamenti di diritto. In altri contesti, invece, i danni accertati sono superiori al valore di mercato, ed è il caso dei danni ultracompensativi. In questi contesti, la comunità politica cerca di impedire che il diritto venga violato facilmente.

Così, Calabresi conclude che le regole di responsabilità si presentano in varie forme; il mix esatto tra mercato modificato e metodi autoritativi, che determina il prezzo della regola di responsabilità, è dipendente dal contesto e sensibile a un ampio insieme di obiettivi e valori collettivi<sup>377</sup>.

E sono queste le conclusioni cui pare si possa giungere: la responsabilità civile è uno strumento di politica del diritto, scevro da qualunque fondamento endogeno, che viene utilizzato per raggiungere fini esterni ad esso. Ciò posto, per Calabresi, questi fini

---

<sup>375</sup> Questa è la classica definizione di *liability rule* secondo la teoria economica.

<sup>376</sup> Ossia condotte che i privati solitamente adotterebbero anche in assenza di norme di legge che le impongano.

<sup>377</sup> MALCAI, *The Alternative Futures of Law and Economics: Comments on Guido Calabresi's The Future of Law and Economics*, in *Jerusalem Review of Legal Studies*, 16, 2017, p. 83.

consistono nella massimizzazione dei valori fondamentali della società, valori che il giurista-economista dovrebbe aiutare ad identificare.

#### **XIV. Le critiche alla teoria di Calabresi**

La versione in lingua originale del testo di Calabresi<sup>378</sup> è stata pubblicata nel 2016 e da allora ha suscitato un dibattito fervente in tutto il mondo.

In Italia, i numerosi commenti<sup>379</sup> al testo di Calabresi raramente sono entrati nel merito della seconda parte del libro, concentrandosi per lo più sulla distinzione tra *Analisi Economica del Diritto* e *Law and Economics* contenuta nei primi capitoli del libro. Il che potrebbe spiegarsi con l'esigenza avvertita dalla dottrina giuridica italiana di utilizzare nuovi strumenti per comprendere il diritto e la società ma, contemporaneamente, con la diffidenza verso l'uso concreto di questi strumenti.

Ciò che per certi versi è una novità nell'approccio allo studio del diritto per il giurista tradizionale attiene a quegli "elementi materiali ma non solo materiali, anche psicologici, ma diciamo pure, in senso più largo, esistenziali, insomma ogni elemento che, in quanto esistente poiché insito nella persona, non può essere cancellato dal diritto, o meglio dalla 'giuridicità', solo perché al momento manca una fattispecie cui ricondurlo" che rientrano nella teoria della centralità della dimensione fattuale di Grondona<sup>380</sup>. È evidente che il "fatto", inteso come la realtà, è l'elemento dominante dello studio della *Law and Economics*, e questo è un elemento senz'altro innovativo per il giurista italiano che tradizionalmente guarda alla fattualità come ad un qualcosa da imbrigliare in un sistema di norme positive.

I commenti suscitati in ambienti già sufficientemente avvezzi all'utilizzo degli strumenti economici nell'analisi del diritto - cioè fuori dall'Italia - invece si sono

---

<sup>378</sup> CALBRESI, *The Future of Law and Economics: Essay in Reform and Recollection*, 2016, London.

<sup>379</sup> AFFERNI, *Dibattito a più voci intorno al libro di Guido Calabresi «The Future of Law and Economics» cit.*; CAPECCHI, *Riflessioni a margine della lettura di «the future of law & economics»*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2017, p. 67; AL MUREDEN, *Il futuro del Law and Economics nel pensiero di Guido Calabresi cit.*; CHIASSONI, *La terra promessa del professor Calabresi*, in *Contratto e Impr.*, 3, 2016, p. 608; ALPA, *Il futuro di Law and Economics cit.*; GRONDONA, *La lezione metodologica di Guido Calabresi*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2017, p. 48.

<sup>380</sup> GRONDONA, *La lezione metodologica di Guido Calabresi, cit. e La libertà civile tra libertà individuale e responsabilità sociale cit.* p. 39.

concentrati maggiormente sulla seconda parte del libro e non hanno risparmiato serrate critiche allo stesso.

La critica principale sta proprio nell'idea fondamentale di Calabresi, cioè la sua contrarietà alla semplificazione che i modelli dell'EAL forniscono. E probabilmente la caratteristica metodologica più importante della teoria economica è la dipendenza da gravi semplificazioni, idealizzazioni e assunzioni irrealistiche, a volte persino assurde. Ad esempio, i modelli economici tradizionali cercano di dimostrare che cosa otterrà un equilibrio economico. Ma nessuna economia reale è mai stata in equilibrio competitivo, e i sistemi economici complessi sono in genere lontani dall'equilibrio.

Ciò detto, i critici di Calabresi sostengono che gli economisti si attengono alla loro metodologia problematica non per pigrizia ma perché non c'è modo di descrivere le realtà economiche come problemi matematici che hanno soluzioni analitiche senza semplificare e astrarre decisamente dalle complicazioni della vita reale. Inoltre, quando i modelli diventano troppo complicati, spesso non riescono a darci nuove intuizioni e non ci insegnano nulla che non conosciamo già: ci lasciano con le ipotesi complesse (e realistiche) che originariamente abbiamo inserito come input. Questo è lo svantaggio della proposta di Calabresi secondo i suoi critici. La convinzione che quasi ogni problema pratico complesso - non importa quanto siano complicati i fatti, quanti valori debbano essere presi in considerazione, quanto enorme sia il numero dei loro possibili pesi relativi, ecc. - possa essere condotto a un modello risulta ottimista. Anche se si potesse sviluppare un tale modello, è difficile che possa fornire una visione teorica o una guida pratica utile. Il grado di complessità e l'enorme numero di parametri e variabili potrebbero ridurre a zero il potere esplicativo dello stesso<sup>381</sup>.

---

<sup>381</sup> MALCAI, *The Alternative Futures of Law and Economics: Comments on Guido Calabresi's The Future of Law and Economics cit.*

## CONCLUSIONI

La conclusione del ragionamento che abbiamo tentato di delineare risiede nella necessità di ripensare profondamente il paradigma della responsabilità civile come strumento di organizzazione della società.

L'idea che, invece, la responsabilità si ponga come mero strumento di compensazione dei danni subiti finisce non solo ad annichilirne le possibilità - privandosi di un utile strumento di politica legislativa - ma anche, come abbiamo provato ad argomentare nel primo capitolo, a contraddire l'impianto normativo che sempre di più si sta delineando nel corso degli ultimi anni.

Assunta dunque la consapevolezza, anche tramite l'analisi comparatistica svolta nel secondo capitolo, che i modelli normativi della responsabilità siano eterogenei sarà necessario riconoscere la polivalenza della funzione della responsabilità stessa, che proprio per la sua versatilità si presta ad essere un ottimo strumento di organizzazione della realtà.

Che la responsabilità civile, nella incredibile crescita avuta negli ultimi cinquant'anni, non presentasse solo una funzione riparatoria era, però, un dato sufficientemente condiviso all'interno della dottrina, anche quella più digiuna di analisi economica del diritto: quest'ultima infatti è stata sicuramente la scuola di pensiero che in modo maggiore ha considerato, quasi con insistenza, il danneggiante nella sua continua esplorazione di rimedi, sostanziali e processuali, volti a rendere la responsabilità civile più efficiente e socialmente equa<sup>382</sup>.

Stabilito, dunque, che la funzione della responsabilità può essere anche punitiva e deterrente, oltre che compensativa, e che anche dal punto di vista dell'efficienza e dell'equità sociale è auspicabile che il risarcimento possa essere diverso (e anche maggiore) rispetto al danno, resta una questione fondamentale su cui interrogarsi:

---

<sup>382</sup> PONZANELLI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. It.*, 10, 2018, p. 2274.

esiste lo spazio, nel nostro ordinamento, per poter immaginare un generale potere di condanna a risarcimenti punitivi in capo ai giudici?

Sul punto abbiamo visto che l'orientamento maggioritario ritiene che il principio centrale accolto nel sistema italiano sia quello dell'integrale riparazione, che non lascia spazio a punizioni del danneggiante o ad atecniche forme di ingiustificato arricchimento a favore del danneggiato. Un risarcimento punitivo non sarebbe quindi parte della tradizione giuridica continentale non tanto perché ciò significherebbe una non consentita invasione di rimedi penalistici nel territorio del diritto civile, quanto perché nel diritto civile il limite dell'integrale riparazione, che pure non gode di alcuna garanzia costituzionale, non può essere superato dal giudice ma unicamente dal legislatore. Il quale, in considerazione degli interessi pubblici presenti, può aumentare il livello del risarcimento, come anche diminuire il livello del risarcimento come è successo nel settore della r.c. auto e della r.c. medica.<sup>383</sup>

Chi ritiene, viceversa, che vi sia un generale potere in capo ai giudici di irrogare condanne a danni punitivi, sostiene che questi entrino a far parte del risarcimento sotto le mentite spoglie del danno non patrimoniale. Abbiamo visto, nel secondo capitolo di questo lavoro, che tale modo di vedere le cose è comune alla dottrina di diversi ordinamenti europei che, sulla carta, non consentirebbero i danni punitivi.

Le Sezioni Unite<sup>384</sup>, a dire il vero, hanno esplicitamente escluso che vi sia un potere generale di irrogazioni di danni punitivi affermando che pur avendo la responsabilità civile una funzione anche punitiva e deterrente *“ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. Ogni imposizione di prestazione personale esige una «intermediazione legislativa», in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario”*.

---

<sup>383</sup> PONZANELLI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite* cit.

<sup>384</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit.

Eppure, nonostante il richiamo alla tipicità, questa pronuncia ha indotto parte della dottrina a ritenere che ormai l'argine del principio "compensazionista" sia stato rotto e che quindi presto le acque dilagheranno in terreni inesplorati della responsabilità civile.

Ciò nonostante in un ordinamento di *Civil law* è necessario un appiglio normativo in quanto "se il giudice fa vivere il diritto della responsabilità - ma su binari che è il Codice civile a disegnare - l'indagine sulla sua funzione sanzionatoria deve muovere, ancora, dalle regole codicistiche, cogliendo in esse quegli ulteriori spazi [e ce ne sono molti, tra le clausole generali che popolano questa disciplina] sufficienti, ma necessari, per valorizzarne la sostenibilità, senza lasciarsi andare: i) a ingenui appelli al legislatore, che sanno di antico ma che un'analisi più serena svela come superflui; e ii) ad atteggiamenti severamente preoccupati in ordine al rischio di un'imprevedibile deriva giurisprudenziale, che sanno di appello decisamente tardivo: fin dai primi anni settanta - e fortunatamente - l'attivismo incessante dei giudici, stimolati da una dottrina decisamente illuminata, ha contribuito a cambiare il volto della responsabilità civile, senza che la certezza del diritto ne abbia ricavato contraccolpi insopportabili, ma anzi attuando, per quanto tardivamente, il quadro dei diritti costituzionali."<sup>385</sup>

Tale referente normativo è individuato nell'art. 2059 c.c. che, pur nel suo contenuto scarno, ha permesso una tutela sostanzialmente atipica<sup>386</sup> di tutti i valori della persona costituzionalmente rilevanti. La quantificazione del danno non patrimoniale poi finisce per essere parametrata alla gravità del fatto oltre che all'importanza del diritto violato. A questo punto abbiamo notato come, in diversi ordinamenti continentali compreso quello italiano, i giudici valorizzino la condotta del danneggiante per poter determinare la gravità del fatto. La dottrina più tradizionale (*rectius* tradizionalista) giustifica questa valorizzazione della condotta con la presunta maggiore sofferenza provocata alla vittima a causa della grave colpa del trasgressore. Si sostiene, in particolare, che l'equivalenza tra dolo e colpa ai fini del livello del risarcimento

---

<sup>385</sup> BENEDETTI, *Sanzionare compensando?* cit.

<sup>386</sup> Si usa volontariamente l'espressione "sostanzialmente atipica" aderendo alle teorie che negano che i diritti costituzionalmente garantiti siano un *numerus clausus*.

rimanga, in assenza di una contraria intermediazione legislativa, un principio cardine del nostro sistema che non permetterebbe una parametrizzazione legata alla gravità della colpa.

A ben vedere, però, vi sono delle norme del sistema che smentiscono questo assioma: il comma 1 dell'art. 1227 c.c. e il comma 2 dell'art. 2055 c.c.. Entrambe le norme, infatti, parametrano il *quantum* del risarcimento alla gravità della colpa.

Fino ad oggi, la dottrina maggioritaria ha ritenuto queste norme come eccezioni alla regola generale dell'irrilevanza della gravità della colpa che predica che una volta raggiunto il grado di colpa necessario all'integrazione dell'illecito il danno vada risarcito integralmente.

Se però, come sostenuto dalle Sezioni Unite, la funzione della responsabilità può essere anche punitiva, è evidente che non si possa prescindere dalla gravità della colpa. In tale nuova prospettiva l'art. 1227, comma 1 e l'art. 2055, comma 2, diventano norme indicatrici di un principio generale di rilevanza del grado di colpa. Insieme a tali norme, in questa nuova prospettiva sanzionatoria del risarcimento del danno, il giudice potrà utilizzare i parametri indicati dall'art. 133 c.p. per valorizzare appieno la condotta del danneggiante.

Pertanto è opinione di chi scrive, che i danni punitivi possano fare ingresso nel nostro ordinamento, anche senza necessità di una norma specifica che li preveda, attraverso l'art. 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 133 c.p., valorizzando la condotta del danneggiante ed in particolare la gravità della colpa sulla base di un (nuovo) principio generale ricavabile dagli art. 1227, comma 1 e 2055, comma 2 del codice civile.

L'opportunità e la desiderabilità dell'utilizzo di questo strumento potrà essere valutata sulla base delle teorie proprie della *Law and Economics*.

A questo punto diventerà fondamentale integrare lo studio tradizionale del diritto con la teoria economica al fine di condurre il giurista al di là di quelle Colonne d'Ercole che la tradizione ha eretto per farlo navigare nell'oceano della complessità che la realtà propone. Superate le paure che la novità suscita, si potrà costruire un sistema di regole aderente con gli obiettivi che la società si pone.

Una sfida senz'altro impegnativa, ma che vale la pena di affrontare!





## BIBLIOGRAFIA

AFFERNI, *Dibattito a più voci intorno al libro di Guido Calabresi «The Future of Law and Economics» - Calabresi, Il Diritto e L'Economia: Ritorno al futuro*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2017, p. 39;

AL MUREDEN, *Il futuro del Law and Economics nel pensiero di Guido Calabresi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 3, p. 778;

AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. comm.*, 2018, 6, p. 995;

ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, in *Resp. civ. e prev.*, II, 2004, p. 538;

ALBANESE, *Non tutto ciò che è « virtuale » è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2012, p. 551;

ALESSI, *«Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2014, 4, p. 1141;

ALPA, BESSONE, *I fatti illeciti*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIV, 1999, Torino;

ALPA, *La responsabilità civile, parte generale*, in *Nuova Giurisprudenza di diritto civile e commerciale* (ALPA, BRECCIA, BONILINI, CARINCI, CONFORTINI, IANNARELLI, SESTA, COTTINO, CAGNASSO a cura di), 2010, Assago (MI), p. 159 e ss.;

ALPA, *Il futuro di Law and Economics: le proposte di Guido Calabresi*, in *Contratto e impr.*, 3, 2016, p. 597;

ALPA, *Responsabilità civile e danno*, 1992, Bologna;

ANNUNZIATA, *La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunta*, 2008, Padova;

ANTONINI, *Commento art. 23 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), 2006, Torino, v. 1, p. 484;

ATIYAH, *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, in *94 Law Quart. Rev.*, 1978, p. 216;

- BAFFI, NARDI, *L'analisi economica del diritto e la giurisprudenza - Il commento*, in *Danno e Resp.*, 10, 2016, p. 1012;
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1964, Milano;
- BARATELLA, *Le pene private*, 2006, Milano;
- BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, 2012, Napoli;
- BARBIERATO, *Risarcimento del danno e funzione deterrente*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1176;
- BARBUTO, *Il risarcimento dei danni da contraffazione di brevetto e la restituzione degli utili*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, I, p. 173;
- BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità civile e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e Impr.*, 2008, p. 120 e ss.;
- BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 5, 2012, p. 541 e ss.;
- BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 102;
- BARNES, LYNN, *Economic Analysis of Tort Law*, 1992, St. Paul;
- BEEVER, *The Structure of Aggravated and Exemplary Damages*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, 2003, p. 92;
- BELL, BOYRON, WHITTAKER, *Principles of French Law*, 2007, Oxford;
- BELLINI, *Delicta e crimina nel sistema quiritario*, 2012, Padova;
- BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, 2008, Milano;
- BENATTI, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corriere Giur.*, 2012, II, p. 263;
- BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contratto e impr.*, 4, 2017, p. 1129;
- BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 1, p. 222;
- BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, 1998, Torino;

- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, 1953, Milano;
- BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, p. 1979, Bologna – Roma, 181 e ss.;
- BIANCA, *Diritto civile, V La responsabilità*, 2012, Milano;
- BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, 1957, Milano;
- BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, 1, p. 6;
- BORGHETTI, *Punitive Damages in France*, in KOZIOL e WILCOX (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, 2009, Berlino;
- BOWLES, *Diritto e economia*, (trad. it. a cura di ALPA), 1985, Bologna;
- BREDA, *La corte costituzionale salva l'art. 96, comma 3, c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva*, in *Danno e Resp.*, 4, 2017, p. 409;
- 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. 479;
- BROWN, *Liquidated damages and Penalty*, in *10 Jurid. Rev.*, 1898, p. 78;
- BUNGERT, *Enforcing U.S. Excessive and Punitive Damages Awards in Germany*, in *27 Int'l L.*, 1993, p. 1075;
- BURROWS, *Reforming Exemplary Damages: Expansion or Abolition?*, 2009, Oxford;
- BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 e ss.;
- BUSNELLI, PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 2013, Torino;
- BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 643;
- BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 97 e ss.;
- BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi", un "punto a capo"*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 3035;

BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. Civ.*, 1977, p. 748;

BÜYÜKSAGIS, EBERT, FAIRGRIEVE, MEURKENS, QUARTA, *Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism*, in *European Business Law Rev.*, 27, 2016, p. 137;

CALABRESI, *A Broader View of The Cathedral: The Significance of The Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, in *Law and Contemporary Problems*, 2014, p. 1;

CALABRESI, BOBBITT, *Tragic Choices*, 1978, New York, p. 134;

CALABRESI, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven*, in *University of Chicago Law Review*, 1975, p. 43;

CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi Economico-Giuridica*, 1975, Milano, p. 45;

CALABRESI, HIRSCHOFF, *Toward a test for Strict Liability in Torts*, in *Yale Law Journal*, 1972, p. 1055;

CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics - Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, 2018, Milano;

CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *85 Harv. L. Rev.*, 1972, p. 1089;

CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1970, Yale;

CAMPEIS, DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 771;

CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 1949, Milano;

CANE, *The Anatomy of Tort Law*, 1997, Oxford;

CAPECCHI, *Riflessioni a margine della lettura di «the future of law & economics»*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2017, p. 67;

CAPUTO, *Occupazione acquisitiva non oltre la minima entità del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 338;

CARINCI, MISCIONE, *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33, 2012;

CARINGELLA, BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, VI, 2016, Roma;

CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 744;

CARRA', *Percorsi evolutivi della funzione della responsabilità datoriale nell'ambito del sistema della responsabilità civile italiano*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2015, p. 1711;

CARRARO, *Recensione a Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 189;

CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, 1995, Parigi;

CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, 2008, Milano;

CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e Resp.*, 2019, 1, 15.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2006, Milano;

CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55;

CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 30.

CASTRONOVO, *sub art. 1176*, in *Commentario al codice civile*, diretto da CENDON, IV, 1991, Torino;

CELLI, *Towards a Risk Contribution Approach to Tortfeasor Identification and Multiple Causation Cases*, in *New York University Law Review*, 65, 1990, p. 635;

CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, p. 149;

CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *Lavoro nella Giur.*, 2, 2019, p. 153.

CHIASSONI, *La terra promessa del professor Calabresi*, in *Contratto e Impr.*, 3, 2016, p. 608;

CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, 1966, Padova;

CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrechts tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, p. 1;

CONSOLO, BARONE, *Postilla minima di messa a giorno*, in accompagnamento alla nota di BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. it.*, 6, 2017, p. 1358;

COOTER, *Torts as the Unions of Liberty and Efficiency: An Essay on Causation*, in *Chicago-Kent Law Review*, 63, 1987, p. 522;

COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, 2006, Bologna;

COPECCHI, *Riflessioni a margine della lettura di «The future of Law & Economics»*, in *Contratto e impr.*, 1, 2017, p. 67.

COPPO, *The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma*, in *3 Italian L.J.*, 2017, p. 593;

CORBIN, *Lettera di pensionamento dalla Yale Law School* in CALABRESI, *Il futuro del Law and Economics cit.*;

CORDERO ALVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y danos punitivos*, in *Ahlandi*, 2013, p. 241 ss.;

COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: un argine costituzionale ai danni punitivi, Danno e resp.*, 1997, p. 298;

COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrim.*, 1988, p. 484 e ss.;

CRASWELL, *Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, in *60 U. Chi. L. Rev.*, 1993, p. 1;

DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, 2018, Torino;

DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al Codice Civile*, SCIALOJA, BRANCA (a cura di), 1988, Bologna;

DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, II, p. 289 e ss.;

DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 4, p. 1309.

DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva - principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. It.*, 2017, 8-9, p. 1787;

DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 e ss.;

EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, 2004, Tubinga;

- FALERI, *Il principio di necessaria giustificazione del licenziamento e il limite dell'ordine pubblico all'applicabilità della legge straniera per i rapporti svolti all'estero*, in RIDL, III, 2013, p. 569;
- FAROLFI, *L'art. 709 ter: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 609 e ss.;
- FELDMAN, KIM, *The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered*, in *American Law and Economics Review*, 7, 2005, p. 523;
- FELDTHUSEN, *Punitive Damages in Canada: Can the Coffee Ever Be Too Hot?*, in *17 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 1995, p.793;
- FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2018 p. 276 ss.;
- FERRUCCIO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e Diritto*, 2010, 11, p. 1057;
- FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, 4, p. 294;
- FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, 1988, Padova;
- FRANZONI, *Fatti Illeciti, Artt. 2043, 2056 – 2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2004, p. 663 e ss.;
- FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy*, in *18 Journal of Legal Studies*, 1989;
- FUSARO AN., *Le organizzazioni a scopo non lucrativo nella Law & Economics*, in *Dibattito a più voci intorno al libro di Guido Calabresi «The Future of Law & Economics»*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 57;
- GALGANO, *Pene private e responsabilità civile*, 1996, Milano;
- GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, 1996, Milano;
- GALLO, *Introduzione al diritto comparato, III, Analisi economica del diritto*, 1998, Torino;
- GANNAGE, *Nominal Damages for Breach of Contract in Canada*, in *69 Advocate*, 2011, p. 833;
- GIUGLIANO, *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 1, p. 243;

- GOETZ, SCOTT, *Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach*, in *Colum. L. Rev.*, 77, 1977, p. 554 e ss.;
- GRONDONA, *La libertà civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, 2017, Napoli;
- GRONDONA, *La lezione metodologica di Guido Calabresi*, in *Contratto e Impr.*, 1, 2017, p. 48;
- GUERNELLI, *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 3, p. 215;
- GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, in *AIDA*, 2000, p. 174 ss.;
- HAMSON, *A Note on Rookes v. Barnard*, in *Cambridge L.J.*, 1961, p. 189;
- HARTLIEF, *Schadevergoedingsrecht*, in SPIER (a cura di), *Verbintenissen uit de Wet en Schadevergoeding*, Deventer, 2012;
- HOLMES, LASKI, *The Holmes-Laski letters*, 1953, I, Cambridge, p. 249;
- JAFFEY, *Restitutionary Damages and Disgorgement*, in 3 *RLR*, 1995, p. 30;
- JAFFEY, *The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, in 61 *Mod. L. Rev.*, 1998, p. 860;
- JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen 1867, ora in *Vermischte Schriften*, Leipzig, 1879, (trad. It., Napoli, 1990, 38).
- JONES, *Broome v. Cassell & Co. Ltd.*, in 19 *McGill L. J.*, 1973, p. 121;
- JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, Paris, p. 7;
- KHOO, *Non-Compensation Damages for Breach of Contract: Far Reaching and Disruptive*, in 7 *Cambridge Student L. Rev.*, 2011, p. 21;
- LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709 ter, cod. proc. civ., i danni punitivi approdano in famiglia? Famiglia e Diritto*, 2008, p. 60 ss.;
- LANDES, POSNER, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, Cambridge;
- LE TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, 2012, Parigi;
- LINDENBERGH, *Smartengeld – tien jaar later*, 2008, Deventer;

LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 247;

MALCAI, *The Alternative Futures of Law and Economics: Comments on Guido Calabresi's The Future of Law and Economics*, in *Jerusalem Review of Legal Studies*, 16, 2017, p. 83;

MANTUSCHI, *L'attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *A.D.L.*, 6, 2007, p. 1188;

MATTEI, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 603;

MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, 1987, Milano;

MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 e ss.;

MCGREGOR, *McGregor on damages*, 2004, London;

MENGONI, voce «*Responsabilità contrattuale*», in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, Milano, p.1072;

MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, V, 1948, Milano;

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 1958, Milano;

MICHELMAN, *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law*, in *80 Harv. L. R.*, 1967, p. 1165;

MILL, *Bentham*, in *Mill on Bentham and Coleridge*, 1980, London;

MONATERI, ARNONE, CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, in MONATERI (a cura di), *Trattato sulla responsabilità civile*, 2014, Torino;

MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite*, in *Danno e Resp.*, 8-9, 2016, p. 827;

MONATERI, *La responsabilità civile*, 1998, Torino;

MONATERI, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ. Una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 325;

MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1836;

MORGAN, *Reflections Reflection on Reforming Punitive Damages in English law*, in MEURKENS, NORDIN (a cura di), *The power of punitive damages Is the Europe missing out?*, 2012 Antwerp, p. 193-194;

NICOLO', *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1953, Bologna-Roma;

NOTE, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in *70 Harv. L. Rev.*, 1957, p. 519;

OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 981;

OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di Borsi*, 1955, Padova;

PALMER, *Implications of the New Rule against Penalties*, in *47 Victoria U. Wellington L. Rev.*, 2016, p. 305;

PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e Resp.*, 2007, p. 1125,

PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, 2005, Trento;

PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazioni del "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, p. 341;

PARDOLESI P., *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro it.*, I, 2011, p. 3073;

PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, 2012, Bari;

PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 669 e ss.;

PARDOLESI R., ARCURI, voce «Analisi economica del diritto», in *Enc. dir.*, VI, 2002, Milano;

PARDOLESI R., TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003;

PASQUALETTO, *Effetti dell'inadempimento nel diritto inglese*, in *NGCC*, 4, 2017, p. 525;

PATTI S., DALLE MONACHE, *Responsabilità civile: danno non patrimoniale*, 2010, Milano.

- PEARCE, HALSON, *Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 2008, p. 73;
- PIGOU, *The economics of welfare*, IV ed., 1932, London;
- PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461;
- PONZANELLI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. It.*, 10, 2018, p. 2274.
- PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, *Foro it.*, 1996, IV, p. 42;
- PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, *Foro it.*, 2003, IV, p. 356;
- PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e Resp.*, 2012, p. 608;
- PONZANELLI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle sezioni unite - possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi*, in *Danno e Resp.*, 8-9, 2016, p. 827;
- PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, BUSSANI (a cura di), 2006, Napoli;
- PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, 1996, Bologna;
- PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *NGCC*, 10, 2017, p. 1413;
- PONZANELLI, voce «Pena privata», in *Enc. giur.*, XXII, 1990, Milano;
- POSNER, *A Theory of Negligence*, in *J. Leg. Studies*, 1972, p. 35;
- POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1973, Boston;
- POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, in *50 Stan. L. Rev.*, 1998, p. 1551;
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Responsabilità civile e sicurezza sociale*, 1992, Napoli;
- QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2019, 1, p. 88.

RICCIARDI, *La funzione della responsabilità civile alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Cammino diritto*, 2018, rinvenibile su [https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/2930\\_4-2018.pdf](https://www.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/2930_4-2018.pdf);

RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, 1964, Milano;

ROMANATO, *Danno, arricchimento ingiustificato, arricchimento ingiusto nell'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2013, p. 23;

ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2011, Torino;

ROSCOE POUND, *The scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in *24 Harv. L. Rev.*, 1911, p. 591;

ROUHETTE, *The Availability of Punitive Damages in Europe: Growing Trend or Nonexistent Concept?*, in *Defense Counsel Journal*, 74, 2007, p. 320;

RUBINO, *La responsabilità patrimoniale e il pegno*, 1952, Torino;

RUFFIN, GREGORY, *Principles of Microeconomics*, 1986, Glenview;

SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, 1959, Torino;

SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, 1985, Napoli;

SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 123 e ss.;

SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, p. 1187;

SALVI, voce «Risarcimento del danno» in *Enc. dir.*, XL, 1989, Milano, p. 1087;

SARAVALLE, *I "punitive damages" nelle sentenze delle corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, p. 867;

SBISA', *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?* in *Resp. Civ.*, 1977, p. 723;

SCARPA, *Le sanzioni pecuniarie civile introdotte dal D.lgs. 7/2016*, in *Immobili e proprietà*, 6, 2018, p. 379;

SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3 comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.*, I, 2010, p. 2237;

SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Nss. D.I.*, XV, 1968, p. 635;

- SEBERT, *Punitive and nonpecuniary damages in actions based upon contract: towards achieving the objective of full compensation*, in *UCLA Law Rev.*, 1986, p. 1565;
- SERIO, *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 2, p. 327;
- SHAVELL, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, in *Journal of Legal Studies*, 1980, 9, p. 463;
- SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, Cambridge;
- SIRENA, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, 2011, Milano.
- SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65 e ss.;
- SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? la sentenza Exxon Shipping co. v. Baker (in margine a u.s. supreme court, 25 giugno 2008)*, in *Int'l Lis*, 2008, 3-4, p. 166;
- SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 423;
- SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 149 e ss.;
- STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947;
- STOLL, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, PATTI (a cura di), 2002, Milano;
- SULLIVAN, *Punitive Damages in the Law of Contract: the Reality and the Illusion of Legal Change*, in *61 Minn. L. Rev.*, 1977, p. 214;
- SUNSTEIN, *Behavioral Analysis of Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 64, 1997, p. 1175;
- SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, 2000, Cambridge;
- SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, in *American Law & Economics Review*, 1999, 1, p. 115;
- SWANTON, MCDONALD, *Commentary on the Report of the English Law Commission on Aggravated, Restitutionary and Exemplary Damages*, in *7 Torts Law Journal*, 1999, p. 184;

- TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof (e non solo?)*, in *Studium iuris*, 2017, p. 317 ss.;
- TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2007, Milano;
- TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961, Milano;
- TRIMARCHI, *Causalità e danno*, 1967, Milano;
- TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, 2010, Milano;
- TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 563 ss.;
- VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, 2012, Torino, p. 60;
- VISCONTI, *Processo civile - «la corte costituzionale e l'art. 96, comma 3°, cod. proc. civ.»*, in *NGCC*, 12, 2016, p. 1642;
- WESTER-OUISSE, THIEDE, *Punitive Damages in France: A New Deal*, in *3 JETL*, 2012, p. 115;
- WIDMER, *A civil Lawyer's Introduction to Anglo-American Law: Torts*, 2008, Berne;
- WINFIELD, JOLOWICZ, ROGERS, *Winfield and Jolowicz on tort*, 1998, London;
- WHITCOMB, *Externalities and welfare*, 1972, New York - London;
- YORIO, *In defense of money damages for breach of contract*, in *Colum. L. Rev.*, 82, 1982, p. 1365 ss.;
- ZAGREBELKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, 2009, Torino;
- ZATTI, FUSARO, *Diritto privato*, 2017, Assago (MI).

