



I *PUNITIVE DAMAGES* TRA DIRITTO INTERNO E COMPARATO: LA NUOVA PROSPETTIVA GIURISPRUDENZIALE DOPO LE SS.UU. N. 16601/2017*

ANGELO MAIETTA - CORRADO PROCACCINI

Sommario: 1. Sanzioni civili e pene private nel diritto interno. – 2. La clausola penale. – 3. Gli altri istituti “sanzionatori” nell’ordinamento interno. – 4. La responsabilità aquiliana. – 4.1. I *punitive damages*: la prospettiva giurisprudenziale.

1. Scopo del presente contributo è di condurre una analisi sintetica ma mirata sul tema delle funzioni delle sanzioni civili, anche alla luce dell’evoluzione che nel corso degli anni ha interessato il sistema, nonché in riferimento alle recenti aperture della giurisprudenza di legittimità rispetto all’ammissibilità nel nostro ordinamento, pur entro determinati limiti, di forme di responsabilità “punitiva”.

La disamina della natura funzionale delle sanzioni civili non può prescindere in ogni caso da una preliminare distinzione relativamente ai tipi di sanzione che è possibile rinvenire nel nostro ordinamento civilistico. Al riguardo, appare utile richiamare la tradizionale distinzione di massima operata dalla dottrina¹, seppure in maniera non sempre concorde nei concetti, tra pene private e sanzioni civili in generale.

In particolare, secondo l’interpretazione più comune che qui si condivide, le pene private rappresentano una peculiare categoria del più ampio *genus* delle sanzioni civili, avendo come caratteristica principale quella di consistere in misure sanzionatorie comminate da o per iniziativa di un privato nei confronti di un altro privato². Da tale definizione generale, è immediatamente percepibile come una delle principali problematiche connesse alle pene private riguarda la loro riconducibilità ad una potestà punitiva in capo ai privati, nonché la giustificabilità ed i limiti di tale potestà. In realtà, l’apparente contraddizione rispetto al principio dell’affidamento esclusivo del potere di irrogare sanzioni allo Stato, trova soluzione nel diverso principio dell’autonomia privata che può tradursi in alcuni casi in un potere di autotutela, il quale comunque non si pone e non può porsi come norma di carattere generale. Da un’analisi generale del sistema delle pene private, non può infatti non emergere che quelle sanzioni comminabili direttamente dai privati senza l’intervento del giudice non sono che una ridotta minoranza, tale da configurarle quali eccezioni nell’ambito del sistema della giustizia statale e da non smentire, anzi implicitamente confermare, la regola della titolarità della potestà punitiva generale in capo allo Stato. Non solo, dunque, non sembra che

* Il presente lavoro, pur se unitamente pensato, va nelle sue parti così attribuito: A. Maietta, paragrafi 1, 4 e 4.1; C. Procaccini, paragrafi 2 e 3.

¹ Cfr., tra gli altri, M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006; F.D. BUSNELLI- G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*; V. ZENO ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell’ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai punitive damages di “common law”*, in *Giur. It.*, 1985, IV, p. 12 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

² M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. XIII.



il sistema delle pene private entri in conflitto con quello della giustizia statale, ma può senz'altro ritenersi che esso trovi la propria giustificazione nei principi dell'autonomia privata ed in quello dell'effettività della tutela giurisdizionale, apparendo funzionale all'esigenza di una tutela più diretta ed immediata nei casi di sanzioni irraggiungibili direttamente dalle parti del rapporto.

Più incerta appare invece la classificazione delle pene private in base al criterio della fonte da cui promanano³, secondo la quale le pene di carattere giudiziale andrebbero distinte da quelle legali e da quelle negoziali⁴. A tale classificazione, che pure risulta utile nel comprendere come molteplici siano le fonti suscettibili di prevedere pene private, è stato obiettato che la prospettata distinzione, pur ammissibile in astratto, risulta di difficile riscontrabilità in concreto, atteso che in quasi tutti i casi vi è un concorso tra fonti alla base della previsione delle pene private che non ne permette la riferibilità esclusiva ad una sola di esse. Generalmente le pene private vengono considerate quali sanzioni aventi per lo più funzione deterrente, rispondendo all'esigenza di prevenire il compimento di atti illeciti, sia nell'ambito dei contratti che in quello extracontrattuale. Tuttavia questa non è l'unica funzione che è possibile ricollegare alle pene private, essendo anzi possibile parlare di natura polifunzionale delle stesse, secondo una caratteristica che è dato riscontrare innanzitutto nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale, la quale, anche per effetto dell'influenza degli ordinamenti stranieri e della giurisprudenza di legittimità, sta progressivamente discostandosi dalla configurazione originaria quale rimedio di carattere strettamente compensativo, per assumere sempre più spesso anche altre funzioni tra cui quella sanzionatorio-deterrente.

2. Nell'ambito delle pene private, un esempio di coesistenza tra funzione compensativo-risarcitoria e funzione deterrente è rappresentato dalla clausola penale, regolata dagli artt. 1382-1384 c.c. La clausola penale è essenzialmente uno strumento riconducibile alla categoria delle pene private di fonte negoziale: sebbene, infatti, in dottrina si sia dubitato della sua semplice accessorietà rispetto al contratto in cui è inserita⁵, non sembra invece potersi porre in discussione la sua natura negoziale, che subordina l'esistenza e l'operatività della clausola stessa all'accordo delle parti, non essendo configurabile una clausola penale operante *ex lege* o non espressamente approvata dalla parte nei cui confronti viene invocata. La peculiarità più rilevante della clausola penale ai fini del tema del presente contributo è data senz'altro dalla sua indipendenza rispetto al danno. In virtù del disposto degli artt. 1382 e 1383 c.c., infatti, la penale risulta dovuta a prescindere dal danno che il creditore della prestazione possa aver subito dall'inadempimento della controparte contrattuale. Tale peculiarità connota senz'altro la clausola penale quale pena privata avente prevalentemente funzione sanzionatorio-deterrente, in quanto l'essere svincolata rispetto al danno ed alla sua prova le conferisce una finalità destinata essenzialmente alla prevenzione dell'inadempimento della parte nei cui confronti essa è stata stipulata. La giurisprudenza

³ M.G. BARATELLA, *ibid.*

⁴ G. PONZANELLI, *Voce Pena Privata*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1, p. 2 ss.

⁵ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 213. Secondo l'Autore la nullità della clausola penale determinerebbe quella dell'intero contratto laddove essa risultasse avere carattere essenziale nell'ambito della stipulazione dello stesso.



della S.C.⁶ nega tuttavia la funzione sanzionatoria e deterrente della clausola penale, optando per una qualificazione della stessa unicamente in termini compensativi, sulla base del rilievo del riconoscimento normativo in capo al Giudice del potere riduttivo della clausola stessa; tuttavia, pare potersi obiettare a tale orientamento che il potere riduttivo riconosciuto al giudice, come si dirà meglio più avanti, non implica necessariamente l'esclusione di una funzione sanzionatoria della clausola penale, ma soltanto la necessità di una sua riconduzione ad equità, il che ben può conciliarsi con finalità di carattere sanzionatorio, come l'esperienza degli ordinamenti di *common law* in materia di *punitive damages* dimostra⁷. Il contenuto della clausola penale consiste solitamente in una prestazione pecuniaria, anche se la norma codicistica parla di "prestazione in genere", ben potendosi ammettere dunque la pattuizione di una prestazione diversa per il caso dell'inadempimento o del ritardo. Ad ogni modo, non sembra che sotto il profilo della funzione svolta dalla clausola penale, possa rilevare la diversa natura della prestazione dedotta nella clausola, mentre essa può assumere rilievo nel caso di prestazione non pecuniaria ai fini della predetta riduzione ex art. 1384 c.c. che il Giudice può disporre laddove ritenga eccessivamente onerosa la prestazione convenuta: se, infatti, in caso di prestazione pecuniaria l'eccessiva onerosità risulta di regola immediatamente percepibile ed accertabile, non altrettanto può dirsi in caso di prestazione non pecuniaria, laddove la ricorrenza dei presupposti per l'esercizio del potere riduttivo richiederà con ogni probabilità un'indagine più approfondita che tenga conto dell'equilibrio complessivo del rapporto contrattuale. Proprio la norma sul potere riduttivo del Giudice può essere letta, tuttavia, come un contro-bilanciamento del principio dell'indipendenza della clausola rispetto al danno. Attraverso la previsione di tale potere in capo al Giudice

⁶ Cass. n.1183/2007, in cui si legge che la clausola penale "assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o sconfinamento dell'autonomia provata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta.

Quindi, se la somma prevista a titolo di penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno subito e da una rigida correlazione con la sua entità, è in ogni caso da escludere che la clausola di cui all'art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all'istituto dei *punitive damages* proprio del diritto nordamericano, istituto che non solo si collega, appunto per la sua funzione, alla condotta dell'autore dell'illecito e non al tipo di lesione del danneggiato, ma si caratterizza per un'ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito".

⁷ La preoccupazione di porre un limite alla discrezionalità delle Corti e di evitare condanne dall'ammontare eccessivo è stata da sempre avvertita sia nel Regno Unito che, anche se in misura minore, negli Stati Uniti, imponendo spesso orientamenti applicativi di carattere restrittivo. Al riguardo si veda P. GALLO, *pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 48 ss.; E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense ed inglese in materia di punitive damages: i casi TXO production corporation v. alliance resources corporation e AB v. south west water services ltd*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 81 ss. In particolare nel Regno Unito, a partire dalla sentenza *Rookes vs Barnard* (1964), si è circoscritta la possibilità di condannare alla corresponsione dei *punitive damages* ai soli casi di: 1) atti arbitrari ed incostituzionali posti in essere dalla pubblica amministrazione; 2) profitto ottenuto dal danneggiante in conseguenza dell'illecito in misura superiore rispetto al danno provocato; 3) altre fattispecie contemplate espressamente dalla legge. In parte diversa la situazione negli Stati Uniti, dove, a partire da un pronunciamento della Corte Suprema del 1851, [Day v. Woodworth, 54 U.S. 363, 371 (1851) in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/363/case.html>] che pure imponeva di procedere alla condanna ai *punitive damages* avendo riguardo alla gravità della condotta ed al patrimonio del danneggiante, il ricorso all'istituto in questione è stato molto più ampio. Cfr LH HOFFMANN, '*Rookes v. Barnard*' (1965), regarding *punitive damages*, 81 LQR 116; F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008; M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. 201 ss.



sembra infatti che il legislatore abbia voluto evitare l'utilizzo indiscriminato della clausola penale in chiave ultra-compensativa, cui si sarebbe dato adito in assenza di tale controllo equitativo affidato al Giudice dalla norma richiamata. Tale aspetto assume rilevanza ai fini della questione dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di figure di danno ultra-compensative, quali i *punitive damages*; senza voler infatti anticipare i termini della problematica che sarà più avanti esaminata, sembra opportuno fin d'ora osservare che mentre la previsione di rimedi svincolati dal danno, quale la clausola penale, potrebbe essere ritenuto quale indice di una compatibilità con il nostro ordinamento, in linea di principio, anche di strumenti di tutela ultra-compensativi quali i *punitive damages* di matrice anglosassone, il riconoscimento di un potere riduttivo in capo al giudice in materia di clausola penale sembra invece espressione di una concezione in termini essenzialmente compensativi delle sanzioni civili, ivi compresa la clausola penale, in quanto l'interesse alla prestazione cui rapportare l'eccessiva onerosità ai fini del potere riduttivo ex art. 1384 c.c. in molti casi non può che essere riferito al danno, segnatamente quello da lucro cessante, ed in ogni caso rappresenta un limite espresso alla sanzionabilità dell'inadempimento in sé. È bene, tuttavia, por mente al fatto che la riduzione equitativa della clausola penale rappresenta l'effetto di un potere attribuito al giudice e non già un obbligo di legge: da ciò consegue che ogni valutazione riguardo all'eccessiva onerosità anche in rapporto all'interesse del creditore alla prestazione, viene affidata allo stesso giudice e non è predeterminata dalla legge, ben potendosi ammettere dunque la fissazione di una clausola penale ultracompensativa, la quale non venga ritenuta iniqua in sede di giudizio.

Accanto alla funzione sanzionatorio-deterrente di cui si è appena parlato, vi è anche una funzione risarcitoria che la clausola penale assolve ai sensi del primo comma dell'art. 1382 c.c., il quale espressamente le attribuisce la finalità di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, a meno che le parti contraenti non abbiano pattuito la risarcibilità del danno ulteriore. Tuttavia si tratta di una funzione risarcitoria *sui generis*, in quanto operante anch'essa indipendentemente dalla prova del danno e consistente propriamente nella predeterminazione forfettaria della misura del risarcimento che la parte che subisce l'inadempimento può richiedere, in assenza di una clausola che stabilisca la risarcibilità del danno ulteriore. Tale funzione non mira dunque al risarcimento del danno effettivo, ma ad una compensazione forfettaria della lesione dell'interesse alla prestazione da parte del soggetto che subisce l'inadempimento, anche laddove non si verifichi effettivamente alcun danno. Dall'esame della disciplina della clausola penale sembra infatti doversi ricavare la distinzione, insita nella norma, tra la lesione dell'interesse alla prestazione ed il danno derivante dall'inadempimento; mentre il danno consiste infatti in una diminuzione patrimoniale o in un mancato guadagno, l'interesse alla prestazione indica un concetto diverso, che è in parte legato al danno, soprattutto nella forma del lucro cessante, ma non necessariamente dipende da esso, inteso nel senso di perdita patrimoniale, essendo piuttosto correlato ad ogni utilità, purché di natura patrimoniale⁸, perseguita attraverso la stipulazione del contratto e la cui lesione attraverso l'inadempimento non sempre è suscettibile di tradursi in un danno tradizionalmente inteso. La funzione in parola sembra dunque avere la finalità di realizzare una compensazione indipendente ed alternativa rispetto al risarcimento del danno

⁸ Cass. n. 11710/02 e n. 11115/91, secondo cui non rilevano ai fini dell'esercizio del potere riduttivo da parte del giudice gli scopi ulteriori, di natura non patrimoniale, perseguiti dal creditore.



ed al tempo stesso di sanzionare l'inadempimento di per sé, quale violazione del principio generale del “*pacta sunt servanda*” e dell'affidamento nella possibilità di conseguire un'utilità attraverso l'adempimento della prestazione convenuta. Tale forma di compensazione tuttavia non è rimessa interamente alla volontà delle parti, stante il suddetto potere di riduzione da parte del Giudice ex art. 1384 c.c., che trova applicazione sia all'ipotesi di cui al primo che a quella di cui al secondo comma dell'art. 1382 c.c., con ogni conseguenza, di cui si è già detto, riguardo al riferimento al danno, segnatamente del lucro cessante, quale parametro del controllo di equità, che implica in ogni caso un giudizio *ex ante*, riferito al momento della stipulazione del contratto e non a quello del verificarsi dell'inadempimento.

Per tali motivi, la clausola penale è una sanzione che sfugge ad un inquadramento univoco sotto il profilo della funzione svolta⁹, potendo ritenersi quale sanzione dalla natura mista o bivalente, la quale, a seconda dei casi, si concreta in una funzione compensativa che può concorrere col risarcimento nel caso di pattuizione della risarcibilità del danno ulteriore o sostituirsi ad esso in mancanza della predetta pattuizione, ovvero in una funzione meramente sanzionatorio-deterrente, del tutto alternativa al risarcimento del danno ed indipendente da quest'ultimo. Sembra infatti non del tutto condivisibile ed in linea con il dettato normativo, la tesi, pur apprezzabile sotto altri profili¹⁰, che, distinguendo, tra clausola penale pura e clausola penale non pura, attribuisce a quest'ultima una funzione al tempo stesso risarcitoria e sanzionatoria: tali funzioni, in base all'esplicito dettato normativo, sono infatti alternative ed insuscettibili di operare contemporaneamente nello stesso caso concreto¹¹.

3. Oltre alla clausola penale il nostro ordinamento conosce numerosi altri istituti sanzionatori la cui funzione risulta svincolata dalla riparazione del danno: tra questi istituti, i principali, che si intende delineare sommariamente, possono essere considerati i seguenti: 1) interessi moratori; 2) sanzioni endoassocitative; 3) indennizzo ex art. 938 c.c., in materia di accessione invertita; 4) responsabilità aggravata per lite temeraria ex art. 96 c.p.c., c. 3; 5) provvedimenti ex art. 709 *ter* c.p.c.

Gli interessi moratori rappresentano un istituto previsto dall'art. 1224 c.c., la cui operatività, come noto, interviene per effetto della mora del debitore nell'ambito delle obbligazioni aventi natura pecuniaria. Gli interessi moratori si distinguono, quanto alla fonte, in interessi legali ed interessi convenzionali. Entrambi i tipi di interessi moratori sono per espressa previsione normativa, svincolati dal danno; tuttavia mentre per gli interessi legali ne è stabilita la debenza anche nel caso in cui il creditore non abbia sofferto alcun danno, per gli interessi convenzionali è previsto che la fissazione della loro misura escluda il risarcimento del danno ulteriore per il creditore. Inoltre gli interessi legali possono concorrere con il risarcimento del danno ulteriore patito dal creditore. In realtà la funzione propria degli interessi moratori si atteggia in maniera differente a seconda dei casi concreti: se infatti

⁹ M. FRANZONI, *La clausola penale*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, III/II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 673; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 89 ss., in cui si sostiene la duplice funzione della clausola penale, risarcitoria e sanzionatoria. Dello stesso avviso S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. Al cod. civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999, p. 149 ss.

¹⁰ V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1960, p. 68.

¹¹ M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. 40



non appare lecito dubitare della loro natura essenzialmente sanzionatoria nel caso di assenza di danno in capo al creditore, tale funzione va esclusa nel caso sussista un danno di entità maggiore e rispetto al quale la corresponsione degli interessi, insieme al danno ulteriore, non può che svolgere una funzione riparatoria e propriamente risarcitoria. In realtà la funzione sanzionatoria degli interessi legali viene in ogni caso negata da una parte della dottrina¹² che osserva come nell'ambito dell'economia capitalistica di mercato il danaro è un bene che produce ricchezza di per sé e la cui indisponibilità per un determinato lasso di tempo è circostanza in grado di per sé di arrecare un danno al prestatore. In tale prospettiva, gli interessi moratori altro non sarebbero che un rimedio risarcitorio. Tuttavia, pare potersi obiettare a tale tesi che la funzione risarcitoria degli interessi è realizzata non tanto dagli interessi moratori, quanto dagli interessi compensativi e dagli interessi corrispettivi, che rappresentano al riguardo rimedi specifici anche legati al predetto tipo di perdita.

Le sanzioni endoassociative rappresentano una tipologia di sanzioni, annoverabili tra le pene private, le quali rivestono notevole rilevanza nell'ambito del fenomeno associativo. Tali sanzioni sono espressione del generale principio dell'autonomia privata e dell'autotutela e risultano finalizzate al corretto funzionamento delle associazioni. Esse possono avere un contenuto esclusivamente patrimoniale o legato alla persistenza del rapporto tra l'associazione e l'associato, essendo preclusa la possibilità, in base ai principi generali dell'ordinamento, di comminare sanzioni di carattere morale¹³. La funzione sanzionatoria e deterrente di tali misure poste in essere dall'associazione emerge oltre che dal *nomen* delle stesse, dalla loro indipendenza rispetto ad un danno patito dall'associazione. Esse risultano infatti irrogabili in virtù della sola trasgressione delle regole dell'associazione, solitamente codificate nello statuto ed anche qualora in concreto non derivi alcun danno all'associazione. In realtà la circostanza della trasgressione alla regola codificata è oggetto di una presunzione di lesività per l'associazione, la cui prova contraria tuttavia non esclude la sanzione per l'associato trasgressore, sebbene possa assumere rilevanza ai fini della tipizzazione astratta delle condotte sanzionabili all'interno dello statuto anche attraverso sue modifiche.

La norma di cui all'art. 938 c.c., contempla invece una sanzione prevista in riferimento alla fattispecie dell'accessione invertita, in virtù del quale il costruttore di un'opera che occupi in buona fede una porzione del fondo attiguo può essere riconosciuto proprietario dell'opera e della porzione di fondo occupato, se il proprietario di quest'ultimo non si oppone entro tre mesi. Tuttavia la norma in questione assume rilievo ai fini del tema del presente lavoro per l'espressa previsione a carico dell'occupante del pagamento di una somma pari al doppio del valore della parte di fondo occupata oltre al risarcimento del danno¹⁴. Ta-

¹² M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. 45; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1999, p. 50.

¹³ E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 511 ss.; F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e Impr.*, 2001, II, p. 500.

¹⁴ Secondo Cass. 3706/2013 "L'indennità dovuta dal costruttore al proprietario del suolo, nell'ipotesi di accessione invertita di cui all'art. 938 c.c., pari al doppio del valore della superficie occupata è oggetto di un debito di valore, mirando non solo a ricostituire il patrimonio del proprietario, ma anche a ricompensarlo dei potenziali incrementi di valore non documentabili, con la conseguenza che il giudice, nel liquidare detta indennità, deve riconoscere sulla relativa somma, anche d'ufficio, gli interessi compensativi, a far data dalla domanda".



le previsioni presenta delle peculiarità che rendono la norma in cui è contenuta un caso particolare. Non vi è dubbio infatti che il pagamento di una somma pari al doppio del valore della parte di fondo occupata abbia natura eminentemente sanzionatoria, configurandosi quale somma posta a carico del costruttore occupante, al quale tuttavia è riconosciuto il diritto di conseguire la proprietà della parte di fondo occupata. In questo caso va notata la funzione peculiare di tale pagamento, quale sanzione ulteriore e concorrente rispetto al risarcimento del danno. Non è possibile infatti ricorrere agli schemi tradizionali per inquadrare giuridicamente tale obbligo imposto al costruttore occupante, sebbene la giurisprudenza di legittimità¹⁵ lo qualifichi espressamente quale obbligo indennitario, nonostante la sua cumulabilità con il risarcimento del danno. La tradizionale distinzione tra indennizzo e risarcimento non consentirebbe infatti di ritenere applicabili ad un medesimo fatto entrambi i rimedi cumulativamente: pur tra diffuse incertezze definitorie, infatti, secondo la tesi comunemente accolta, l'indennizzo è rimedio previsto in caso di danno prodotto in conseguenza di un atto lecito, mentre il risarcimento del danno è strumento che interviene necessariamente in presenza di un illecito. Nel caso della norma di cui all'art. 938 c.c., risulta quindi chiaro che l'occupazione posta in essere dal costruttore confinante non possa qualificarsi quale atto illecito ed atto lecito allo stesso tempo, nonostante il riferimento della norma alla buona fede faccia propendere per una valutazione normativa di liceità della condotta,¹⁶ sebbene lesiva. Assumendo quale lecita la condotta in esame non troverebbe tuttavia giustificazione in base ai principi generali dell'ordinamento la previsione dell'obbligo di risarcire il danno. Per tale motivo appare preferibile leggere la norma di cui all'art. 938 c.c., quale disposizione contenente una sanzione speciale a fronte di un atto lesivo, costituita da un abbinamento di rimedi esperibili cumulativamente in caso di danni arrecati al proprietario del fondo confinante e nell'ipotesi di attribuzione al costruttore occupante della proprietà della parte di fondo occupato. Tra questi due rimedi non è dato dubitare della natura eminentemente sanzionatoria dell'obbligo del pagamento del doppio del valore del suolo occupato, che ricorre del tutto indipendentemente dall'esistenza e dall'entità del danno. La giurisprudenza, tuttavia ha individuato nell'obbligo in questione un debito di valore comprensivo anche degli interessi compensativi, volto a ricompensare il proprietario anche dei potenziali incrementi di valore non documentabili¹⁷. Tale aspetto sembra però incidere unicamente sul *quantum* dell'obbligazione indennitaria senza alterarne la natura di sanzione aggiuntiva al risarcimento del danno.

La condanna per lite temeraria comminabile ex art. 96 c.p.c., c. 3 costituisce invece una sanzione prevista per la condotta processuale di una parte in un giudizio civile. Anche tale tipo di sanzione è autonoma rispetto all'eventuale danno patito e mira a punire e prevenire le condotte processuali contrarie a buona fede. Il dettato della art. 96 in questione stabilisce la soggezione alla condanna al pagamento di una somma *ad hoc* per la parte che abbia agito o resistito in giudizio con malafede. La norma viene ritenuta applicabile in via

¹⁵ Cass. Civ. *ibid.*

¹⁶ Di parere diverso in dottrina, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, Parte terza, Situazioni reali di godimento, n. 25, Modi di acquisto della proprietà a titolo originario*, VI ed., Napoli, 2007 p. 183, in cui si legge che in materia di accessione invertita “prevale l'interesse reputato più meritevole, pur tutelandosi la situazione del proprietario del fondo attribuendogli il diritto di opporsi e di chiedere, comunque il risarcimento dell'eventuale danno subito (giacché l'acquisto della proprietà da parte dell'occupante ha pur sempre origine in un atto illecito)”.

¹⁷ Cass. n. 3706/13.



estensiva non solo ai casi di manifesta infondatezza delle pretese fatte valere e di condotte dilatorie, ma anche a tutte le ipotesi di abuso di processo. Al contrario dei primi due commi, che disciplinano ipotesi di sanzione vincolate ad un danno effettivamente patito ad alla sua prova, il terzo comma della norma in questione prevede invece il pagamento di una somma di denaro liquidabile equitativamente in capo alla parte soccombente autrice di comportamenti contrari a buona fede. La natura eminentemente sanzionatoria della norma è volta, secondo la giurisprudenza di merito, a scoraggiare l'abuso di processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia deflazionando il contenzioso ingiustificato¹⁸; pertanto essa si iscrive senz'altro nell'ambito delle sanzioni civili di origine extracontrattuale applicabili all'ambito della condotta delle parti all'interno del processo civile. Anzi la giurisprudenza di merito è arrivata ad affermarne la natura di danno punitivo funzionale all'esigenza di preservare la funzionalità del sistema giudiziario¹⁹ e, come tale, di rimedio del tutto svincolato dalla necessità di un danno sofferto dalla controparte vittoriosa in giudizio. La richiamata ricostruzione concettuale dell'istituto risulta sicuramente condivisibile, in considerazione del fatto che l'oggetto della sanzione in questione è espressamente rappresentato dalla condotta tenuta dalla parte soccombente e condannata alle refusioni delle spese del giudizio, per cui l'unico presupposto da accertare ai fini della comminazione della sanzione in questione, oltre alla condotta abusiva, appare essere, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza espressasi in materia, dalla malafede della parte condannata. Inoltre, la medesima giurisprudenza di merito ha affermato come non sussistano in linea generale parametri costituzionali che impediscano l'applicabilità nel nostro ordinamento di danni punitivi come quello in questione, secondo un orientamento fatto proprio anche dalle SS.UU. recentemente in materia di riconoscimento di sentenze straniere (*cf. infra*).

Infine, una fattispecie la cui natura risulta assai dibattuta è quella rappresentata dalla norma di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., il quale prevede una serie di sanzioni a carico del genitore inadempiente nell'ambito delle controversie insorte in merito all'esercizio della responsabilità genitoriale. La norma affida al giudice il potere di adottare tutti i provvedimenti più opportuni nell'interesse del minore ed allo stesso tempo di sanzionare la condotta contraria agli obblighi genitoriali o pregiudizievole per l'interesse del minore. Le sanzioni comminabili dal giudice sono: 1) l'ammonizione del genitore inadempiente; 2) il risarcimento a carico di un genitore nei confronti del minore; 3) il risarcimento a carico di un genitore nei confronti dell'altro; 4) pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra i 75 ed i 5.000,00 euro a favore della Cassa delle ammende. Sul carattere punitivo o meno di tali sanzioni, si registrano orientamenti giurisprudenziali assai discordi, poiché mentre parte della giurisprudenza di merito è incline ad inquadrare il risarcimento nei confronti del minore nell'alveo dei danni punitivi²⁰, un'altra parte della stessa nega tale natura, affermando il carattere esclusivamente compensativo del risarcimento in questione²¹, con la conseguenza che esso risulterà dovuto soltanto in presenza di un danno provato e non come semplice effetto della condotta non conforme posta in essere dal genitore. In realtà, a ben vedere le

¹⁸ Trib. Reggio Emilia 25-9-2012, n.11742, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7868.pdf>.

¹⁹ Trib. Piacenza, 15-11-2011 in <https://www.personaedanno.it/articolo/trib-piacenza-15-novembre-2011-n-8552011-g-morlini-responsabilita-processuale-ex-art-96-cpc>.

²⁰ Trib. Novara, 21-7-11, n.613; Trib. Novara, 20-5-11 n. 428.

²¹ App. Catania, 21-04-09.



sanzioni previste ai n. 2 e 3 della norma in questione sembrano delineare una fattispecie in cui il danno viene ritenuto *ex lege in re ipsa*, a causa della condotta contraria ai doveri genitoriali, con la conseguenza che la condotta si presumerà lesiva in presenza di un grave inadempimento e graverà sul soggetto sanzionato la dimostrazione dell'eventuale assenza di danno come causa di esclusione dell'obbligo risarcitorio. Si tratta di un'ipotesi che si colloca dunque a metà strada tra le fattispecie di danni punitivi e quella di danni compensativi poiché in un primo tempo essa si atteggia quale fonte di una sanzione derivante dalla mera realizzazione della condotta consistente in un grave inadempimento; in sede di successiva verifica giudiziale essa può acquisire invece un carattere compensativo necessariamente correlato ad un danno, consentendo al soggetto sanzionato, attraverso le ordinarie impugnazioni, e sulla base di un'inversione dell'onere della prova, di dimostrare l'assenza di pregiudizio in concreto e di ottenere la revisione del provvedimento sanzionatorio. In caso di mancata prova sull'assenza del danno verrebbe comunque confermata la natura prettamente sanzionatoria della misura.

Quelli appena esaminati sono solo alcuni esempi di pene private rinvenibili nel nostro ordinamento, selezionati per le sole finalità sintetiche del presente contributo; tuttavia è bene fare menzione della presenza di altri importanti rimedi che riproducono lo stesso paradigma cui sono riconducibili quelli espressamente trattati e che, sempre a titolo meramente esemplificativo, possono essere individuati nella riparazione pecuniaria di cui alla l. n. 8 febbraio 1948 n. 47 (art.12) sulla diffamazione a mezzo stampa e nelle pene giudiziali per l'inottemperanza di un provvedimento giudiziale di inibitoria per la violazione di diritti di marchio e brevetto 8 (art. 124 d.lgs. 30/2005) o del diritto d'autore (art. 163 l. n. 633/41).

4. Nell'ambito delle sanzioni civili, la responsabilità extracontrattuale o aquiliana riveste sicuramente un ruolo di primaria importanza, costituendo la principale delle sanzioni generalmente non derivanti da inadempimento. Il complesso delle norme sulla responsabilità extracontrattuale costituisce anzi un sistema a sé stante, dotato di una propria autonomia sia per quanto riguarda le fonti regolatrici, non solo di natura codicistica, che per quanto attiene al contenuto delle stesse. Tale sistema della responsabilità civile rimane tuttora ancorato, nonostante le molteplici influenze da parte degli ordinamenti stranieri, al principio della centralità del danno quale presupposto per l'applicabilità del risarcimento e degli altri rimedi. Sia che intenda ottenere la reintegrazione in forma specifica che la tutela per equivalente di natura risarcitoria, il creditore risulta, infatti, legittimato ad agire unicamente in presenza di un danno sofferto in conseguenza della condotta antigiuridica di un terzo ed esclusivamente entro i limiti di tale danno. In ciò il sistema della responsabilità civile, quale sanzione apprestata dall'ordinamento civilistico nei confronti di una condotta *contra jus*, si differenzia dal sistema di sanzioni previsto in altri settori dell'ordinamento, quale quello delle sanzioni amministrative, che risultano applicabili indipendentemente da un danno patito dalla pubblica amministrazione ed hanno quale unico presupposto oggettivo quello della commissione di un illecito di carattere amministrativo. Tale carattere incentrato sul danno trova la sua spiegazione fondamentalmente nel dettato letterale dell'art. 2043 c.c., che espressamente subordina l'obbligo di risarcimento all'esistenza di un "danno ingiusto". Come noto, la previsione normativa in questione è tale da escludere il diritto al risarcimento



del danno non solo qualora non sussista o non sia provata l'esistenza di un danno, ma anche quando questo, pur dimostrato, non rappresenti la conseguenza della lesione di un bene ritenuto meritevole di tutela da parte dell'ordinamento²². Il disposto normativo in questione comporta, dunque, in linea di principio, l'inammissibilità nel nostro ordinamento di rimedi, quali i *punitive damages* di origine anglosassone²³, aventi natura ultra-compensativa e miranti a far conseguire al danneggiato un'utilità in misura superiore al danno effettivamente patito²⁴. In tal senso la norma sull'illecito aquiliano costituisce un espresso limite al risarcimento quale conseguenza giuridica di un illecito, espressione del principio generale del divieto per chiunque di trarre profitto da un fatto antiggiuridico.

Tuttavia anche nell'ambito del sistema fondato sull'art. 2043 c.c. e s.s. non sono assenti criteri di riconoscimento del diritto al risarcimento che prescindono dalla funzione compensativa per inquadrarsi piuttosto nell'ottica di una finalità di carattere sanzionatorio. Basti pensare alla categoria del danno non patrimoniale²⁵, che oggi è ritenuto risarcibile ogniqualevolta si sia in presenza di una lesione che pregiudichi un aspetto integrante una manifestazione rilevante della persona e, come tale, tutelato dall'ordinamento, anche alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 2043 c.c. e 2059 c.c. Il danno non patrimoniale è infatti istituito che mira a porre rimedio alla lesione di beni di per sé insuscettibili di valutazione economica e come tali non valutabili in termini legati ad una logica strettamente ed esclusivamente compensativa, se non in misura meramente convenzionale²⁶. Secondo un'opinione diffusa in dottrina sarebbe anzi improprio parlare di funzione risarcitoria o riparatoria della responsabilità per danno non patrimoniale, dovendo invece riferirsi ad una funzione di tipo "satisfattiva", che può concorrere con una funzione di tipo afflittivo²⁷. Il criterio di valutazione ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale non appare infatti legato esclusivamente all'individuazione dell'entità del danno cagionato, il quale, come recentemente affermato dalla S.C.²⁸, non può che avere carattere soggettivo e personale, ma anche alla determinazione della gravità dell'offesa arrecata, avuto riguardo sia al rango del bene aggredito che alla condotta del soggetto responsabile. Da tale

²² Cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Milano, 2013, p. 860; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile, Parte Quinta, Responsabilità civile e illecito*, VI ed. Napoli, 2007, p. 668 in cui si legge che "il requisito dell'ingiustizia del danno esprime l'esigenza di limitare la risarcibilità al danno conseguenza della lesione dell'altrui situazione giuridicamente tutelata: l'ingiustizia della lesione è un *prius* logico rispetto all'ingiustizia del danno". Si vedano altresì: S. RODOTÀ *il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 183 ss.; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966; P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss.

²³ Si vedano le belle pagine di G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, II, 32.

²⁴ A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 894.

²⁵ M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. 93 ss.

²⁶ P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali, La responsabilità civile*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto italiano nella giurisprudenza*, Torino, 2012, p. 321; cfr. anche F. BUSNELLI, *Tanto tuonò, che... non piove. Le Sezioni Unite sigillano il "sistema"*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 1206 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 246. In particolare P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 316, richiamando E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 350, sottolinea come in materia di danni non patrimoniali "il vantaggio attribuito alla vittima non potrà essere omogeneo al danno subito, risultando semmai proporzionale ad esso, in virtù di una valutazione indiretta".

²⁷ P. ZIVIZ, *op. cit.*, p. 316 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

²⁸ Cass. civ., sez. III, 21/09/2017, n. 21939; Cass. civ., 13 dicembre 2012, n. 22909.



punto di vista il libero e prudente apprezzamento del giudice²⁹ assume un ruolo chiave, non solo perché chiamato a sopperire all'assenza di parametri oggettivi per stabilire l'entità del danno, in particolare quello morale ed esistenziale, ma anche perché diretto a valutare la gravità della condotta antigiuridica in relazione sia agli elementi oggettivi che a quelli soggettivi.

Lo stesso sviluppo dell'esegesi giurisprudenziale della disciplina del danno non patrimoniale dimostra, infatti, la sempre più marcata focalizzazione dell'attenzione sulla gravità della condotta con riferimento sia alla natura del bene leso che all'intensità del dolo e alla gravità della colpa del responsabile³⁰. Se dapprima, infatti, sulla base del dettato dell'art. 2059 c.c. il danno morale veniva ritenuto risarcibile unicamente in presenza di un fatto di reato, successivamente tale limitazione è stata superata per dare rilievo, alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata della predetta norma, ad ogni illecito lesivo di un bene rilevante della persona. Sulla base di tale dato positivo che tuttora caratterizza l'applicazione dell'istituto del danno non patrimoniale, non appare corretto ritenere estranea alla responsabilità extracontrattuale la funzione sanzionatoria e quindi la logica che sorregge istituti di tradizione straniera quali i *punitive damages* che su essa si basano, ma, per altro verso, il problema circa l'ammissibilità di tale figura nel nostro ordinamento sembra riferibile al diverso aspetto dell'ultra-compensazione³¹, che risulta intrinseco alla stessa, sebbene oggetto di critiche anche negli ordinamenti nativi. È tuttavia un dato di fatto emergente negli ultimi tempi, che la funzione deterrente della responsabilità civile conosca attualmente un momento di seria crisi, determinatasi in parallelo all'espandersi della sfera di operatività della responsabilità oggettiva la quale, svincolando dalla colpa l'insorgere della responsabilità civile, ha inevitabilmente creato uno stato di incertezza circa la conoscibilità *a priori* delle condotte soggette a sanzione. Come insegna la dottrina penalistica³², infatti, il presupposto per lo svolgimento di una efficace funzione general-preventiva del sistema della responsabilità è dato dalla possibilità in capo ai consociati di conoscere preventivamente quali sono le condotte suscettibili di sanzione, determinandosi al contrario una contrazione della libertà d'azione individuale incompatibile con i principi dello stato di diritto. È stato dunque giustamente rilevato come l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità oggettiva, sebbene motivato da un intento protettivo rispetto ad attività dannose, possa costituire un freno allo sviluppo delle attività industriali, quale effetto di una controproducente accentuazione della funzione deterrente della responsabilità civile³³.

²⁹ Cass. civ., 4 aprile 2013 n. 8213, secondo cui la liquidazione del danno morale è in ogni caso rimessa alla “*valutazione equitativa del giudice*”.

³⁰ Cfr. Cass. civ., n. 1126/2015, secondo cui, in tema di danni non patrimoniali la “*gravità dell'offesa*” rappresenta un “*requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno*”.

³¹ F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 4, 2016, p. 1159 ss.

³² G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, V ed. 2007, p. 631. Gli Autori ricordano che secondo il principio affermato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 364/88 e 1085/88, “se il soggetto è punibile anche in assenza di dolo o di colpa, la possibilità di incorrere in una sanzione penale finisce col dipendere anche da fattori da parte sua incontrollabili, con la conseguenza che egli non è in grado di programmare la sua vita in modo da sfuggire al rischio di accidentali condanne”. Un analogo discorso sembra senz'altro riferibile, pur con i dovuti distinguo, alla responsabilità oggettiva in campo civile.

³³ Tale preoccupazione è stata avvertita soprattutto negli ordinamenti di *common law*, in cui è stato rilevato che la coesistenza di responsabilità oggettiva e *punitive damages* in alcuni settori, quali quello della *product liability*, ac-



4.1. I *punitive damages* costituiscono un istituto ordinariamente previsto ed applicato nei sistemi anglosassoni ed in particolare quello americano³⁴, quale rimedio alla commissione di un illecito civile. Tale istituto consiste sostanzialmente nella regola che sancisce il diritto del soggetto danneggiato a vedersi corrisposta una somma eccedente l'ammontare del danno patito in ragione della necessità di perseguire finalità ulteriori rispetto alla riparazione del danno cagionato e individuate nella punizione e nella prevenzione di condotte illecite. Si tratta, dunque, di un rimedio dalla chiara funzione sanzionatoria, il quale, mira in buona sostanza ad evitare il compiersi di condotte antigiuridiche dotate di un particolare disvalore, secondo un criterio prescindente dal danno cagionato. Non tutti gli atti fonte di responsabilità negli ordinamenti anglosassoni sono infatti sottoposti al regime dei *punitive damages*, ma soltanto quelli in cui si ravvisa un particolare disvalore, costituito dall'elemento della *malice*³⁵, termine che in inglese identifica una serie di comportamenti malevoli che vanno dalla malafede all'intento fraudolento al dolo in senso stretto, o da quello della *gross negligence*, corrispondente alla colpa grave. L'esigenza preventivo-sanzionatoria delle condotte più gravi rischia tuttavia di porsi in conflitto con quella legata allo sviluppo dell'industria soprattutto nell'ambito delle attività intrinsecamente pericolose. Per questo, negli stessi ordinamenti anglosassoni che hanno visto per tradizione l'applicazione in via ordinaria dei *punitive damages* è da tempo in atto un dibattito volto a mettere in discussione l'opportunità delle condanne ai *punitive damages* di notevole entità soprattutto nell'ambito della *mass tort litigation*. Non mancano, tuttavia, nella letteratura anglosassone interpretazioni dell'istituto in questione in chiave diversa rispetto al dichiarato intento punitivo che il nome stesso inequivocabilmente evoca: si tratta delle teorie che leggono il sistema della responsabilità alla luce dei principi dell'analisi economica del diritto³⁶: secondo tali teorie, che forniscono una giustificazione socio-economica dell'istituto dei *punitive damages*, la funzione propria dei *punitive damages* non sarebbe tanto quella di punire l'autore di un illecito, quanto quella di riallocare integralmente i costi sociali dell'illecito, facendoli ricadere sul danneggiante sulla base dell'assunto per il quale tali costi di norma eccedono il danno patito dai singoli.

La compatibilità di tale istituto con l'ordinamento italiano è stata per lungo tempo del tutto negata, anche in forza della giurisprudenza costituzionale e di quella di legittimità che negli anni passati hanno evidenziato la sostanziale contrarietà di tale strumento rispetto ai principi generali della responsabilità civile vigenti nel nostro paese. Secondo l'orientamento

crece notevolmente gli oneri di prevenzione in capo agli imprenditori, con effetti potenzialmente dissuasivi circa l'esercizio di attività di impresa. Cfr. D.G. OWEN, *Defectiveness restated: exploding the strict product liability myth*, in 3 U. III, Rev., 1996, p. 743. Tra gli Autori italiani si veda P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 153.

³⁴ G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435 ss.; G. PONZANELLI, "Punitive damages" e "due process clause": l'intervento della Corte suprema USA, in *Foro it.*, IV, 1991, p. 235 ss.

³⁵ J.T. WALSH, *Evil that men do: Malice and punitive damages, the*, in *Missouri Law Review*, volume 51, issue 3, summer 1986, p. 6 ss.

³⁶ Si vedano a titolo esemplificativo: R. D. COOTER, *Economic analysis of punitive damages*, 56 S. Cal. L. Rev. 79 (1982); M. ATIYAH, *Accidents, compensation and the law*, Londra, 1975; Heldrich, *compensating non-economic losses in the affluent society*, in *Am. J. comp. law*, 18, 1970; R. DORFMAN, *The Economics of Product Liability: A Reaction to McKean?*, 38 University of Chicago Law Review.



giurisprudenziale in parola, cioè, la funzione esclusivamente riparatrice della responsabilità civile³⁷ nel sistema italiano non solo si porrebbe quale ostacolo all'applicazione diretta di tale istituto, ma impedirebbe anche il riconoscimento di sentenze straniere che ne facessero applicazione. Tale funzione è stata infatti ritenuta regola di ordine pubblico e come tale assolutamente inderogabile. Si tratta di una posizione di totale chiusura e dettata da una rigida interpretazione della nozione di ordine pubblico, la quale è da ritenersi tuttavia superata, dal noto e recente pronunciamento delle SS.UU. n. 16601/17³⁸, in cui la S.C., rivedendo il proprio precedente orientamento, ha affermato la riconoscibilità delle sentenze straniere applicative dei *punitive damages* ed ha implicitamente escluso che sussistano ostacoli derivanti da norme imperative che impediscano, anche in prospettiva de *iure condendo*, il loro recepimento nell'ordinamento interno. La sentenza in questione in realtà ha sancito la compatibilità³⁹ con l'ordine pubblico nazionale dell'istituto dei *punitive damages*, dando il via libera al riconoscimento delle sentenze straniere contenenti una condanna applicativa di tale istituto. Si tratta di un *revirement* giurisprudenziale di notevole rilievo, che implica un giudizio sulla natura e le funzioni della responsabilità civile nel nostro ordinamento totalmente diverso rispetto a quello che era stato espresso in passato, ad esempio con la sentenza n. 1183/2007. La premessa del ragionamento che ha portato la SS.UU. a riconoscere la compatibilità dei *punitive damages* col nostro ordinamento consiste infatti nella presa d'atto della natura polifunzionale del risarcimento del danno, alla quale non possono e non debbono ritenersi

³⁷ Cass. SS.UU., n. 1350/15; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609 con nota di G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*. La diffidenza nei confronti dei danni punitivi va ricercata in quel lungo processo evolutivo che ha portato a separare nettamente la responsabilità civile da quella penale. Quel principio di netta divaricazione tra le due sfere ha portato le Corti a guardare con circospezione quelle figure di danno che travalicano la tipica funzione della responsabilità e che assumono connotati propriamente sanzionatori, considerati tipici dell'area del penalmente rilevante; Cass. civ., 19 gennaio 2007 n. 1183, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, 9, 1890 e in *Foro it.*, 2007, I, p. 1460, con nota di G. PONZANELLI, *danni punitivi: no grazie*; C. Cost. n. 372/1994 in <http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0372s-94.html>; C. Cost. n. 184/1986, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0184s-86.html>. Al riguardo, si fanno rilevare le diverse sfumature degli orientamenti della S.C. rispetto a quelli del Giudice delle leggi: Mentre la prima, infatti, ha sempre risolutamente affermato la natura monofunzionale della responsabilità civile, il secondo, pur riconoscendo in quella riparatoria la principale delle funzioni della responsabilità civile, ha ammesso che in determinati casi, soprattutto in riferimento al risarcimento dei danni non patrimoniali da reato, essa possa svolgere finalità sanzionatoria e deterrente. In particolare in C. Cost. n. 184/1986 si legge che “è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato, ma fra l'altro, anche ed almeno in parte a prevenire e sanzionare l'illecito”; tuttavia nella successiva pronuncia n. 372/1994, per prima richiamata, si legge che sussiste “un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite. A questo limite soggiace anche la tutela risarcitoria del diritto alla salute, con la peculiarità che essa deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento essendo la diminuzione o la privazione di valori della persona inerenti al bene protetto”.

³⁸ La sentenza è stata autorevolmente commentata da numerosi Autori. Per un illuminante approfondimento si vedano i contributi di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 435; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 437.

³⁹ Si veda, in chiave ricostruttiva, M. SCHIRIPPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in *Questa Rivista*, Marzo 2017.



estranee anche una finalità punitiva e sanzionatoria, secondo una prospettiva che ribalta del tutto il precedente orientamento. Fino al pronunciamento in questione, infatti, la posizione della S.C. sul tema aveva avuto come fondamento l'espressa affermazione della natura esclusivamente compensativa del risarcimento del danno, secondo una norma di ordine pubblico che non ammetteva l'attribuzione allo stesso di finalità diverse come quella sanzionatoria. Il mutamento di indirizzo attuato dalla Cassazione non ha fatto altro che segnare il recepimento delle istanze della dottrina maggioritaria⁴⁰, da tempo critica verso la ricostruzione operata dagli ermellini riguardo al tema delle funzioni della responsabilità civile e del risarcimento del danno: come le stesse SS.UU. hanno riconosciuto in un passaggio della sentenza in parola, qualche autore era arrivato ad individuare addirittura ben 10 diverse funzioni⁴¹ riconducibili alla responsabilità civile nel nostro ordinamento, il che era da ritenersi in stridente contrasto con la concezione monofunzionale sostenuta in precedenza dal Giudice di legittimità. La nuova posizione adottata dalla S.C., si segnala inoltre per l'essere argomentata in termini non esclusivamente teorici o astratti, ma al contrario per l'aver il proprio punto di partenza nell'esame della funzione concretamente svolta da una serie di istituti presenti nel nostro ordinamento, i quali esulano da uno schema della responsabilità civile esclusivamente ripristinatorio. Tra questi istituti anche quello della clausola penale, la cui funzione sanzionatoria era stata negata in precedenza e che invece risulta rivalutata anche sotto tale profilo.

La portata della sentenza in questione, a parere di chi scrive, va comunque al di là della pur importante affermazione della riconoscibilità delle sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*, in quanto segna l'apertura della possibilità di ragionare sull'introduzione nel nostro ordinamento di un rimedio ultra-compensativo generale quali i *punitive damages*. Sicuramente allo stato attuale, l'ostacolo principale all'eventuale recepimento nel nostro ordinamento dell'istituto dei danni punitivi è rappresentato dalle norme di cui agli art. 1223 c.c. e 2043 c.c.⁴², nonché dall'art. 23 Cost.⁴³ Bisogna cioè ritenere irrealistico, se non impos-

⁴⁰ Cfr. G. ALPA (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, p. 159 ss.; M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. 197 ss.; D. BARBIERATO (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Napoli, 2012; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, p. 643; A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. Dir. Civ.* 1979, p. 319 ss.; P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino 2006; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, p. 243; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003 p.172.

⁴¹ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006.

⁴² Secondo Cass. Civ., n.15814/08 la norma di cui all'art. 1223 c.c. impone di ritenere che sussiste il diritto al risarcimento del danno unicamente nelle ipotesi di pregiudizio effettivo ed accertato in conseguenza della lesione di un diritto soggettivo, anche nei casi di danno in *re ipsa* in cui permane l'onere di provare l'esistenza del danno attenendo la presunzione meramente all'*an debeat*, vale a dire la potenzialità lesiva del fatto. È da escludersi invece, sempre secondo il medesimo pronunciamento della S.C., la riferibilità del risarcimento a finalità punitive del danneggiante.

⁴³ In effetti manca nel nostro ordinamento una norma che consenta l'applicazione in via generale di rimedi quali i danni punitivi, sebbene siano previste singole fattispecie (vedi *supra*), che fungono da eccezione alla regola, che ne riproducano la *ratio*. Cfr. G. PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *Juscivile*, 2018, I, per il quale "in assenza di una intermediazione legislativa, il giudice è vincolato al principio di integrale riparazione del danno", poiché "solo il legislatore può modificare l'integrale riparazione, sia riducendo il risarcimento integrale (per la presenza di precisi e solari interessi pubblici come è accaduto nel settore della circolazione auto e in parte in quello della responsabilità medica) sia introducendo, invece, una maggiorazione del livello di risarcimento (come è accaduto nella legislazione ricordata dalle Sezioni Unite)".



sibile, l'introduzione per via meramente giurisprudenziale di tale istituto nel nostro sistema, in quanto appare indispensabile intervenire preventivamente sulle predette norme e sul regime generale della responsabilità civile. Proprio in siffatta ottica, l'esistenza, già sottolineata dalla SS.UU, di tale ostacolo normativo all'operatività nel nostro sistema dei criteri propri dell'istituto dei *punitive damages* ai fini della liquidazione del danno, è stata recentissimamente ribadita sempre dalla S.C.,⁴⁴ la quale ne ha escluso l'applicabilità alla materia dei danni da circolazione stradale per carenza di una tipizzazione legislativa di settore o di carattere generale. Il prudente approccio della giurisprudenza di legittimità circa la strada da percorrere ai fini dell'istituzionalizzazione nel nostro ordinamento della figura dei danni punitivi, sembra comunque riflettere la preoccupazione che un accoglimento incondizionato di tale istituto nel nostro ordinamento possa creare gravi squilibri nella tutela in concreto garantita ai singoli, nonché seri danni per il settore delle imprese.

Tuttavia sembrerebbe opportuno a chi scrive che in futuro si giungesse a prevedere almeno in determinati casi la possibilità di disporre condanne ai danni punitivi anche nel nostro ordinamento, anche solo per ragioni di effettività della tutela giurisdizionale oltre che di giustizia sostanziale. Sembra condivisibile infatti il ragionamento svolto dalle SS.UU. circa l'inquadramento dell'istituto dei *punitive damages* nell'ambito della tematica dell'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto non sempre la riparazione del danno provato riesce ad avere l'effetto di ripristinare in toto lo *status quo ante*, anche considerando che le conseguenze dell'illecito non si esauriscono sul solo piano individuale, ma hanno sempre un impatto a livello sociale ed interpersonale quale fattore di perturbamento della civile e pacifica convivenza tra i consociati, nonché della fiducia nei rapporti intersoggettivi. Sotto tale profilo la previsione dell'istituto dei *punitive damages* potrebbe offrire un contributo importante all'elisione delle conseguenze dell'illecito globalmente considerate, sia nelle sue componenti di carattere individuale che in quelle di natura intersoggettiva e sociale. Esaminato da questo punto di vista, dunque, l'istituto dei *punitive damages*, non rappresenta tanto un strumento di ingiusto arricchimento del danneggiato in conseguenza di un illecito, quanto piuttosto un mezzo di attuazione di una finalità di giustizia sostanziale. Infatti, non ogni atto antigiuridico è suscettibile di determinare in concreto un danno nel senso tradizionale del termine, con la conseguenza che nella prassi rimangono prive di tutela tutte quelle situazioni nelle quali alla violazione di un diritto non consegue un pregiudizio in senso canonico, almeno dal punto di vista patrimoniale⁴⁵. A tale evidente problema non sembra poter sopperire nemmeno il principio di *common law* del *duty of care*, il quale vincolando l'onere solo nei confronti di taluni soggetti, ha sostanzialmente l'effetto di spostare l'attenzione del sistema dal danneggiato al danneggiante, ma non offre una soluzione real-

⁴⁴ Cass. civ., Sez. III, 28/02/2019, n. 5829 in cui si legge: "che, 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)".

⁴⁵ M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. 198.



mente applicabile in via generale, contrariamente ai *punitive damages*⁴⁶. Il tema in questione si lega tra l'altro a quello della configurabilità di un illecito senza danno, che, sebbene fosse implicitamente ammessa dalla teoria tradizionale⁴⁷, viene oggi per lo più negata da parte della dottrina, la quale, individuando nella lesione di una situazione giuridica rilevante un elemento costitutivo dell'illecito, giunge ad identificare il danno con tale lesione e ad escludere la sussistenza dell'illecito in assenza della stessa⁴⁸. Alle considerazioni che precedono però bisogna aggiungere che l'istituto in esame potrebbe senz'altro risultare di notevole utilità nei casi in cui il danno e la sua entità non fossero agevolmente dimostrabili, pur essendo accertato il compimento di un atto lesivo da parte del convenuto: ebbene, non vi è chi non veda come l'istituto dei *punitive damages*, avendo riguardo alla condotta posta in essere ed al suo disvalore piuttosto che al danno effettivamente patito e accertato, possa sopperire, in tali casi, all'inidoneità dei tradizionali rimedi a garantire una tutela giudiziale adeguata al soggetto danneggiato. Tale inadeguatezza trova modo di palesarsi nella prassi soprattutto nei casi tradizionalmente problematici ai fini della prova del danno, vale a dire quelli riguardanti essenzialmente il danno non patrimoniale e, specialmente, il danno morale ed il danno esistenziale; tuttavia il discorso va indubbiamente esteso, come già rilevato in dottrina⁴⁹, a tutte quelle ipotesi di illecito, nelle quali il soggetto danneggiante consegue un profitto ben maggiore del danno arrecato. Pertanto, sembrerebbe opportuno, a chi scrive, proseguendo nel percorso avviato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, adottare una nuova prospettiva riguardo ai concetti di danno e di responsabilità civile, in grado di garantire una tutela a più ampio spettro rispetto ai ristretti confini del danno accertabile ex art. 2043 ss., soprattutto tenendo conto del fatto che, come osservato, ogni condotta antigiuridica comporta sempre qualche conseguenza lesiva, almeno al livello sociale e della fiducia nelle relazioni intersoggettive.

Il tutto ovviamente, per dirlo con la migliore dottrina⁵⁰, non senza passare per il formante legislativo.

⁴⁶ V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, in AA.VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, 2008, p. 347.

⁴⁷ A. DE CUPIS, *Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1947, p. 475; P. TRIMARCHI, voce *Illecito* (diritto privato), in *Enciclopedia del diritto*, XX, 1970, p. 94. La ricostruzione dell'illecito civile come condotta contraria ad un obbligo di legge trovava fondamento soprattutto sotto la vigenza del codice civile del 1865. Nel panorama straniero, invece una impostazione simile la si ritrova nell'art. 823 del BGB che recita “*chi deliberatamente o per negligenza lede ingiustamente la vita, il corpo, la salute, la proprietà o un ulteriore simile diritto di altri, è tenuto verso questi al risarcimento del danno che ne deriva*”.

⁴⁸ G. ALPA (a cura di), *op. cit.*, p.119. Più in generale sul concetto di ingiustizia riferita al danno cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità e danno*, Torino, 2010; F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XV, Roma, 1989, pp. 1-34. In merito, A. JANNARELLI, *Il danno ingiusto*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1998, p. 1014 osserva che “la principale novità contenuta nella disciplina codicistica in materia di responsabilità consiste nella netta e indubbia distinzione tra l'illecito civile e la responsabilità aquiliana. Il primo, infatti, si lega alla trasgressione di precisi divieti relativi a determinate condotte cui corrisponde la previsione e comminazione di puntuali ed adeguate sanzioni. La seconda, invece, si esaurisce nell'imputazione ad un soggetto dell'obbligo di risarcire il danno recato ad altri”.

⁴⁹ M.G. BARATELLA, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁰ G. PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione...*, *op. cit.*, in *Juscivile*, 2018, 1, p. 46 per il quale: “la decisione del 5 luglio 2017 pare quindi equilibrata: si conferma la polifunzionalità delle regole di responsabilità civile, condividendo un lungo percorso dottrinale che era iniziato con le opere pionieristiche di Pietro Trimarchi e di Stefano Rodotà all'inizio degli anni sessanta e proseguito poi con l'influsso di opere anche non italiane, di ta-



glio prevalentemente giuseconomico, divenute poi patrimonio di tutta la letteratura. Le Sezioni Unite sono molto consapevoli che il risarcimento, essendo un trasferimento di ricchezza e anche un costo sociale, quando si allontana dal modulo riparatorio, aggiungendo un'ultima somma a titolo di sanzione, richiede necessariamente l'intervento legislativo che solo può stabilire, con il dovuto equilibrio e una migliore persuasività, se sia o meno opportuna la concessione di un risarcimento ulteriore rispetto a quello riparatorio e, nel caso di una risposta positiva al quesito, l'esatta determinazione di questa punizione monetaria⁷⁷.