

## Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi

di Roberto Simone

Oscillante tra le due polarità di compensazione e deterrenza la parabola della responsabilità civile ha finito per privilegiare in ossequio ad una visione solidaristica/riparatoria il primo aspetto. Il recente intervento delle Sezioni unite sul tema della delibazione delle sentenze straniere recanti condanna per punitive *damages* ha invece riscoperto la polifunzionalità della responsabilità civile, finendo per dischiudere nuovi orizzonti anche a livello municipale. Lo scenario promette ulteriori sviluppi, ma si tratta di un tema da maneggiare con cura per evitare di cadere negli eccessi da *overdeterrence*.

### 1. Le molte anime della responsabilità civile

Uno sguardo veloce alla letteratura in materia di responsabilità civile permetterebbe ad un osservatore esterno di notare come dal punto di vista funzionale l'istituto nel corso degli anni sia stato sovraccaricato di compiti anche in chiave di ingegneria sociale, qualificato come "diritto della società mista"<sup>1</sup> e divenuto "strumento per la legittimazione giuridica di interessi nuovi"<sup>2</sup>, salvo poi scoprire che la sua capacità è stata sovrastimata, o meglio, gli si è chiesto di fare troppo<sup>3</sup>. Ad ogni modo si registra una convergenza nella individuazione

di due polarità di carattere funzionale: *compensation* e *deterrence*<sup>4</sup>.

Se pacificamente alla responsabilità civile si chiede di riparare un danno, ossia di porre rimedio all'alterazione di un bene, nondimeno in questo perimetro ristretto si rischia di rimanere all'interno di una giustizia puramente correttiva in grado di dar luogo soltanto ad uno spostamento di ricchezza dalla sfera del danneggiante a quella del danneggiato, ammesso che così si riesca sempre a renderlo indifferente tra subire il danno o prendere il risarcimento<sup>5</sup>.

In un contesto di crescita delle occasioni di danno e per la tendenza degli individui a rispondere agli incentivi<sup>6</sup>, anche se, come ha chiarito l'economia com-

1. G. Calabresi, *The law of a mixed society*, 56 *Texas Law Review*, (1978), p. 519, per il quale la responsabilità civile è chiamata a svolgere un compito centrale in un sistema sociale poco incline a prostrarsi tanto alle esigenze di uno Stato panregolatore, quanto a quelle del libero mercato. Per una ricognizione comparata delle diverse stagioni del *tort* e sulle funzioni svolte dalla responsabilità civile sono sempre valide le considerazioni di G. Ponzanelli, *La responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 9 ss.

2. S. Rodotà, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, (ora) in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 340.

3. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, p. 295, il quale osservava «vi sono più cose nel cielo dei conflitti sociali, di quante possa comprendere la filosofia aquiliana».

4. G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile - Analisi economico-giuridica* (ristampa), Giuffrè, Milano, 2015; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato Sacco, Uteth*, Torino, 1998, pp. 19 ss.; G. Ponzanelli, *La responsabilità civile*, cit., pp. 25 ss.

5. Cfr. Cass. 13 giugno 2014, n. 13537, in *Foro it.*, 2014, p. 2470.

6. Nella prefazione all'opera di G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., S. Rodotà osservava «La riduzione di un problema di tale portata nei soli termini del diritto degli infortuni non rappresenta la resa alla logica di un sistema che tende a fare del calcolo economico il criterio di valutazione di ogni interesse? O non è piuttosto vero il contrario, e cioè che il franco riconoscimento della pressione economica come l'arma più idonea ad indurre soprattutto le imprese a comportamenti più rispettosi dell'interesse generale»,

portamentale, l'azione umana non sempre sia ispirata dalla razionalità economica<sup>7</sup>, ma richieda talvolta una spinta gentile<sup>8</sup>, la deterrenza tende a creare i presupposti per una riduzione dei costi degli incidenti mediante l'approntamento di un sistema di regole (in un ambiente connotato dall'apporto creativo del giudice) o l'interpretazione del sistema positivo (in un ordinamento di diritto scritto) in grado di segnalare ai potenziali danneggianti la necessità di agire in prevenzione, quando non si ritenga di poter lasciare il danno lì dove cade<sup>9</sup>.

Sta di fatto che tutta la storia recente della responsabilità civile può essere letta come un processo di affrancamento della materia dalla dipendenza dalla responsabilità penale e, in una visione solidaristica/riparatoria, di allargamento delle posizioni soggettive meritevoli di tutela, fino alla svaporazione del requisito del *contra ius* contenuto nell'art. 2043 cc<sup>10</sup>, che ha messo totalmente in ombra a livello operativa la funzione di deterrenza erroneamente scambiata per sanzionatoria e per questo ghehizzata nel limbo della riserva di legge. Una ricognizione sul campo permette di affermare in prima battuta come l'analisi funzionale nelle aule giudiziarie normalmente si sia fermata al dato del risarcimento del danno visto esclusivamente nella sua dimensione compensativa. Persino Cass. 1361/2014<sup>11</sup>, nel tentativo di ribaltare la chiusura rispetto al problema del risarcimento del danno da perdita della vita, pur configurandolo come eccezione alla regola secondo cui «il danno deve essere vissuto», non si è discostata dal *mainstream* della dimensione esclusivamente compensativa della responsabilità civile condizionato dal limite strutturale dell'istituto (danno=perdita)<sup>12</sup>.

Quanto basta per dire che la polifunzionalità della responsabilità civile è un tema di discussione in grado

di appassionare l'accademia, ma con un impatto scarso se non nullo sul formante della giurisprudenza, ad eccezione di quanto da tempo avviene nel campo della lesione dell'integrità morale dell'individuo, al punto che non metterebbe neppure conto occuparsene se non al solo fine di rimarcare l'imprevedibilità di soluzioni di stampo soggettivo tali da imprimere una curvatura diversa da quella compensativa.

## 2. Il ruolo legislativo della Corte e l'approdo alla polifunzionalità

La sconcertante conclusione appena indicata, tuttavia, è contraddetta da quelle (rare) occasioni in cui alle nostre latitudini è stata avanzata la richiesta di delibazione di una sentenza straniera recante condanna per *punitive damages*<sup>13</sup>. In tali circostanze portando all'estremo la visione solidaristica/riparativa, che pure ha avuto il merito di modernizzare la responsabilità civile, è stata affermata in modo perentorio l'irrelevanza della condotta del danneggiante, poiché dar seguito ad un risarcimento (*damage*)<sup>14</sup> del tutto svincolato dal pregiudizio subito dalla vittima avrebbe portato al riconoscimento ad un rimedio sanzionatorio in contrasto con l'ordine pubblico interno.

Anche le Sezioni unite, nel ribadire di recente il novantennale orientamento contrario alla risarcibilità del danno da perdita della vita<sup>15</sup>, hanno preso le mosse proprio dalla visione «moderna» della responsabilità civile di impronta oggettiva innervata da una curvatura pienamente compensativa in attuazione del principio di solidarietà verso i pregiudizi delle vittime di atti illeciti con la conseguente «obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza». Scelta di campo netta ed in linea con un orientamento con-

lungi dal rappresentare una cinica resa alla logica del mercato, può essere considerato come la realistica accettazione del mezzo di lotta meglio utilizzabile in un sistema capitalista?». Per un ricorso al sistema degli incentivi in materia di obbligazioni pecuniarie, v. Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2876.

7. A. Arcuri e R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, voce dell'*Encicl. dir.*, aggiornamento-VI, Milano, 2002, p. 7.

8. R. H. Thaler - C. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, (trad. it.), Feltrinelli, Milano, 2009.

9. F.D. Busnelli, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 42, l'A. fa notare che *deterrence* nordamericana e deterrenza nostrana hanno in comune la valorizzazione della funzione di prevenzione nella responsabilità civile e mirano a ridimensionare l'invadenza degenerativa di una funzione indiscriminatamente compensativa.

10. Così icasticamente affermato da R. Pardolesi a commento di Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487.

11. Cfr. Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, p. 719.

12. Cfr. Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, I, p. 3297.

13. Oltre la già citata Cass. 1183/2007, v. Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Foro it.*, 2012, I, p. 1449.

14. Cfr. C. Granelli, *In tema di danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2014, p. 1760, a proposito dell'uso improprio dell'espressione «danni punitivi» in pro della nozione di «prestazioni sanzionatorie».

15. Cfr. Cass. 22 luglio 2015, n. 15530, in *Foro it.*, 2015, I, p. 2682.

solidato, ma non per questo più condivisibile dal punto vista teorico, poiché la progressiva oggettivizzazione della responsabilità civile sostenuta nella evocata prospettiva dell'analisi economica del diritto è pienamente coerente con il fine della deterrenza. L'imputazione di un costo, qual è un danno recato a terzi, sulla base dell'esistenza del solo nesso di causalità lancia un chiaro segnale al potenziale danneggiante ad operare con la debita cautela al fine di prevenire situazioni di rischio. Con maggiore efficacia si è detto: «la questione dell'aspetto sanzionatorio della r.c. non ha oggi nulla a che fare con un recupero di teorie moralistiche della colpa, ma s'ispira alla ricerca dell'efficienza nella prevenzione degli incidenti»<sup>16</sup>.

Senonché, a distanza di un anno dalla pronuncia sul danno tanatologico le stesse Sezioni unite<sup>17</sup>, chiamate a pronunciarsi nuovamente sulla questione della delibazione di una sentenza straniera (asseritamente) recante condanna per *punitive damages*, hanno compiuto una svolta epocale, poiché non solo si è statuito che «non può ritenersi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, dovendosi comunque verificare, ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera che statuisca in tal senso, che essa sia stata resa nell'ordinamento d'origine su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi», ma la premessa all'affermazione di tale principio di diritto è che «la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria»<sup>18</sup>.

L'enunciazione del principio di diritto reso ai sensi dell'art. 363, comma 3, cpc<sup>19</sup>, nonostante l'innammissibilità dello specifico motivo di ricorso sul presupposto della presenza di una questione di particolare importanza, costituisce una pietra miliare in un dichiarato dialogo con la dottrina (si legge al § 5 dell'elaborato della sentenza «le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema»)<sup>20</sup>, posto che il richiamo alla funzione sanzionatoria della responsabilità civile si leggeva, ma solo in *obiter*, già in Cass., Sez. un., 9100/2015<sup>21</sup>.

Ora al di là dei diversi linguaggi del massimo consenso della Corte assunti in un torno di tempo di tempo così ristretto, due dei quali resi nello stesso anno, non si può sostenere che ormai la questione della polifunzionalità della responsabilità civile possa ritenersi definitivamente compiuta nel senso che anche a livello municipale nel formante giurisprudenziale si possa declinare *de plano* la responsabilità civile secondo una curvatura deterrente/sanzionatoria<sup>22</sup>, poiché per fondare queste diverse traiettorie si assume come imprescindibile in base all'art. 23 Cost., anche per ragioni di prevedibilità, l'esistenza di una copertura normativa<sup>23</sup>. Osserva, infatti, la Corte «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

16. P. G. Monateri, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* (nota a Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, Soc. Axo sport c. Nosa inc.), in *Foro it.*, 2017, I, p. 2658.

17. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2613, con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, P.G. Monateri; E. D'Alessandro, R. Simone.

18. All'indomani della sentenza si è aperta la contesa sulla portata della pronuncia, se limitata al solo profilo del diritto internazionale privato o se estensibile anche al campo civilistico interno.

19. Sul tema si rinvia a P. Ciccolo, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 cpc*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 483; M. Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 cpc.*, in *id.*, 2013, p. 32.

20. A. Gambaro, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, II, p. 1406, l'A. sottolinea come «la nostra Corte di cassazione considera se stessa come organo di produzione di principi di diritto e non solo come giudice di ultima istanza di casi controversi...ammettere che la Corte di cassazione sia dotata di poteri di nomofilachia sganciati dalla soluzione di casi effettivamente controversi equivale a rendere invisibile il confine tra nomofilachia e legislazione». Ciò spinge l'A. ad affermare come «la nostra Corte di legittimità sia sempre meno preoccupata di svelare il proprio ruolo legislativo».

21. Sentenza 6 maggio 2015, n. 9100, in *Foro it.*, 2015, I, p. 272.

22. P.G. Monateri, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, II, p. 1410, secondo l'A. la sentenza permette di ritenere definitivamente superata l'equiparazione del dolo alla colpa. Sempre sulla possibilità di considerare diversamente il danno prodotto con colpa e quello recato con dolo v. P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1976.

23. F. Bricola, *Le pene private e il penalista*, in *Le pene private* a cura di Busnelli e Scafì, Milano, 1985, p. 51, all'A. si può far risalire l'origine del richiamo dell'art. 23 Cost.

agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario»<sup>24</sup>.

Nel subordinare alla riserva di legge la possibilità di accordare un risarcimento con connotazione deterrente/sanzionatoria la Corte ha pensato alle possibili ricadute a livello interno<sup>25</sup>, così da evitare facili fughe in avanti, scongiurare figure extra sistema e soggettive accentuazioni in grado di assecondare pretese frivole ed al limite del disappunto. Senonché, la preoccupazione di creare un argine di contenimento rispetto ai possibili risarcimenti punitivi, questi sì con chiara funzione sanzionatoria perché del tutto svincolati dal pregiudizio della vittima, rischia di provocare i suoi effetti a valle nel campo dei danni non compensativi, ossia quelli non patrimoniali, già ampiamente presidiati dal principio di tipicità, compromettendo la essenziale funzione di deterrenza insita nel sistema.

### 3. Perdita di beni infungibili e deterrenza

Funzione deterrente e funzione sanzionatoria non sono sinonimi ed eventuali risarcimenti punitivi non corrispondono all'intero sistema dei danni non compensativi. In altri termini, gli eventuali risarcimenti punitivi sono solo una parte dell'universo non compensativo e non è punto scontato che quanto valga per gli uni si estenda automaticamente al secondo.

Infatti, quando si parla di deterrenza si allude al complesso di effetti generati sul piano della prevenzione del rischio<sup>26</sup>, mentre il carattere sanzionatorio prende direttamente in esame la condotta del danneggiante e, partendo dalla gravità di quest'ultima o dalla rilevanza dell'elemento psichico (segnatamente del dolo), finisce per aggiudicare un risarcimento del tutto svincolato dalle perdite (patrimoniali e non) della vittima. Si può dire che l'uno (il profilo deterrente) guarda alla condotta del danneggiante in un'ottica

*ex ante* lanciando un segnale perché agisca per la prevenzione del danno, l'altro (il profilo sanzionatorio) la guarda in una prospettiva *ex post*.

Paradossalmente, l'enfasi sulla riserva di legge nel campo dei danni non compensativi rischia di introdurre un regime di tipicità al cubo ancor più restrittivo, riportando il danno non patrimoniale all'interno di un art. 2059 cc nella lettura antecedente al 2003. Più in chiaro, il risarcimento del danno non patrimoniale è già assoggettato ad un principio di tipicità della fattispecie costitutiva: il fatto di reato; ogni altra ipotesi normativa che lo contempra (in questo caso il limite previsto dalle Sezioni unite sarebbe integrato); la lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti. In quest'ultimo caso, però, il danno non patrimoniale è risarcibile se la lesione è grave ed il danno è serio, ma a seguire l'insegnamento di Cass. 16601/2017, se non si stacca il profilo di deterrenza da quello sanzionatorio, il risarcimento del danno non compensativo potrebbe essere subordinato in ogni caso ad una espressa previsione di legge se ritenuta non sufficiente la copertura offerta dal dettato costituzionale. Ciò pare francamente troppo.

L'attenzione alla sola dimensione solidaristica/riparatoria della responsabilità civile ha finito per accreditare la tesi secondo cui il danno sia sempre uguale sotto ogni cielo e che di questo si possa parlare solo al cospetto di una perdita traducibile in una comprovabile alterazione di poste contabili del patrimonio della vittima misurabili "con il trabucco e la squadra". Abituati a ragionare secondo la logica bipolare patrimoniale/non patrimoniale, si tende ad impiegare la stessa metrica, senza considerare che di funzione compensativa ha senso parlare rispetto ai beni fungibili, perché trovano nel mercato un perfetto surrogato. C'è sempre la possibilità di rimettere il creditore nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se l'evento non si fosse verificato.

Rispetto ai beni infungibili, per i quali non esiste un mercato e non vi sono surrogati, viceversa, non

24. Per M. Grondona, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, I, p. 1395, si tratta di una inversione del rapporto tra legislazione ed esperienza giuridica, intendendo il dialogo tra giurisprudenza e dottrina.

25. A. Di Majo, *Risarcimento anche con funzione punitiva - principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1787, l'A., critico rispetto al modello dell'art. 23 Cost. propone un ancoraggio normativo tutto interno alla materia: il carattere soggettivo della condotta (dolo o colpa); il grado di "rilevanza" o di "ingiustizia" del danno. P.G. Monateri, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2648, rinviene negli artt. 2056 e 1226 cc l'ancoraggio normativo interno ai poteri generali attribuiti al giudice *ex art.* 115 cpc.

26. P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 3 ss., secondo l'A. la prevenzione generale si esplica in due modi: «vietando certi atti dannosi», sotto minaccia di condanna a ristorare i pregiudizi conseguenti, ovvero, «quanto ad attività che in base ad un giudizio tipico si possono considerare socialmente utili e perciò lecite, ma che implicano qualche rischio di danni a terzi, ponendo il danno, mediante la responsabilità civile, a carico di chi esercita l'attività, in modo da determinare un incentivo a dimensionare l'attività». Le due funzioni, compensativa e deterrente, convivono; nessuna delle due è sufficiente a spiegare il meccanismo della responsabilità. Infatti, la reintegrazione del patrimonio del danneggiato «tende ad eliminare il danno per quest'ultimo, ma non lo elimina per la società, poiché si limita a spostarne l'incidenza da chi lo ha subito immediatamente a chi è obbligato a risarcirlo».

è possibile rendere indifferente la vittima rispetto alla lesione del suo bene<sup>27</sup>, ma possono valere solo la funzione di deterrenza e, a determinate condizioni, quella sanzionatoria della responsabilità civile, che può contare ai fini del computo, tra gli altri, sull'apporto del metodo del rischio equivalente basato sulla disponibilità a pagare o a ricevere<sup>28</sup>. Mediante la minaccia del risarcimento del danno non patrimoniale e, quindi, anche mediante l'apparente "arricchimento" degli eredi della vittima (nel caso di morte), si crea un sistema di incentivi volto a prevenire gli incidenti.

È stato osservato, pur contestando la categoria del danno-evento, che «non tutti i danni-evento [...] possono essere considerati autenticamente punitivi. Essendo dispensati dalla prova, potranno al massimo essere considerati non riparatori. Permane, insomma, una precisa differenza tra danno punitivo e danno non riparatorio. Un danno che sia legato *sic et simpliciter* alla lesione dell'interesse ritenuto meritevole di tutele, non per questo può essere considerato punitivo»<sup>29</sup>. In questi casi, si può, e si deve parlare, di risarcimento perché non si dà un prezzo ad un bene, il cui pagamento darebbe l'immagine di un mercato dove si scambia denaro contro la sofferenza, ma si fissa un costo in grado di generare un effetto preventivo sui potenziali danneggianti (sarà un sistema di filtraggio di fumi e polveri, ma anche un incremento del premio assicurativo fino all'espulsione dal mercato assicurativo) con un miglioramento generale del sistema di protezione<sup>30</sup>.

#### 4. C'è un futuro per i risarcimenti punitivi?

La riscoperta della funzione deterrente/sanzionatoria della responsabilità civile ad opera delle Sezioni unite, tuttavia, si inserisce in un contesto nel quale già da tempo si riteneva che l'art. 2059 cc fosse espressivo di una funzione sanzionatoria/punitiva del "risarcimento del danno"<sup>31</sup>, se non «quanto di più vicino ad un rimedio sanzionatorio generale offra l'ordinamento»<sup>32</sup>. Ancora, e più in generale, l'apertura alla dimensione punitiva del risarcimento sarebbe perseguibile una volta riscoperta la *ratio* di sanzione afflittiva sottostante all'art. 2059 cc<sup>33</sup>, salvo precisare che la possibilità di accordare risarcimenti di natura punitiva sconta il limite della riserva di legge, poiché «è al legislatore, e non al giudice, che compete il potere di prevedere l'innesto di questa funzione sanzionatoria e la giustificazione di una limitata sfera di risarcibilità di danni aventi un connotato *lato sensu* punitivo»<sup>34</sup>.

La prospettiva sanzionatoria, tuttavia, da tempo ha trovato terreno fertile nel settore della lesione dei diritti della personalità e, segnatamente, del danno da *mass media*, dove la giurisprudenza guarda alla posizione del danneggiante, prendendo in considerazione la gravità del fatto, l'estensione della diffamazione (numero delle copie stampate o dei contatti sulla base dei dati audipress<sup>35</sup>), la capacità patrimoniale della società editrice e l'utile ritratto dal danneggiante<sup>36</sup>. Lo

27. C. Scognamiglio, *Le Sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio* (nota a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601), in *Resp. civ.*, 2017, p. 1190.

28. R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole*, II applicazioni, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 192 ss); I. Musu, *Analisi economica della responsabilità civile e valore del danno da morte* (Nota a Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, Massaro c. UnipolSai assicuraz.), in *Foro it.*, 2015, I, p. 3513.

29. G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 330.

30. G. Calabresi, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *Le pene private*, cit., p. 415.

31. G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Danno morale*, voce del Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1989, 83, secondo l'A., proprio perché «non trova criteri obiettivi di valutazione economica, discende l'insuscettibilità di un suo risarcimento in senso tecnico», si tratta di un rimedio di natura sanzionatoria con i tratti tipici della pena privata. In contrapposizione a tale visione, ed ugualmente risalente, è la tesi che annette al ristoro del danno non patrimoniale una funzione consolatoria/satisfattiva, poiché mediante l'erogazione di una somma di denaro si consente alla vittima di ricreare le condizioni sostitutive per quelle perdute. Secondo M. Franzoni, *La liquidazione del danno alla persona*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da Galgano*, Padova, 1990, p. 280, si tratta di un rimedio con funzione punitiva/consolatoria.

32. L. Nivarra, *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), approfondimento del 31 gennaio 2017.

33. F.D. Busnelli, *Tanto tuonò, che ... non piove - Le sezioni unite sigillano il «sistema»* (Nota a Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, Massaro c. UnipolSai assicuraz.), in *Corriere giur.*, 2015, p. 1206.

34. F.D. Busnelli, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., pp. 59 ss.

35. V. Trib. Venezia 13 gennaio 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 2131; 31 gennaio 2005, in *Danno e resp.*, 2006, p. 89.

36. L'art. 4 della legge 20 novembre 2006, n. 281 (conversione del dl 259/2006 «Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche») in caso di pubblicazione di intercettazioni abusive prevede che all'autore della pubblicazione, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, può essere chiesta una somma di denaro pari a cinquanta centesimi per ogni copia

stesso legislatore nazionale nella materia della proprietà intellettuale con l'art. 125 dl. 30/2005 (codice della proprietà industriale ed intellettuale) e con l'art. 158 l. 633/1941<sup>37</sup>, sulla spinta di quello eurounitario, ha aperto il sistema rimediale alla retroversione degli utili quale metrica in grado di offrire una sponda deterrente/sanzionatoria, quando la misura della disarticolazione del patrimonio del danneggiato è estremamente difficile da provare o, finanche, impossibile perché un danno da compensare non c'è, ma non vi è motivo per lasciare il danno lì dove cade<sup>38</sup>. Ancora il previgente art. 18, comma 6, l. 349/86 in materia di risarcimento del danno ambientale prevedeva che «Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali»<sup>39</sup>.

A parte lo scarno testo dell'art. 709 *ter* cpc che contempla una scala progressiva di sanzioni, compreso il risarcimento del danno apertamente punitivo, nelle ipotesi di violazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei minori e di condotte pregiudizievoli, un esempio più recente di rimedio sanzionatorio è dato dall'art. 8, comma 4, l. 24/2017 in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie.

La norma, al fine di assicurare l'effettività del tentativo di conciliazione nell'ambito del procedimento *ex art. 696 bis* cpc prevede la condanna della parte che non vi abbia partecipato al pagamento delle spese di lite e di CtU nonché di una pena pecuniaria in favore di quella comparsa alla conciliazione<sup>40</sup>. Sempre nel campo dei rimedi punitivi in grado di temperare il ricorso alla via giudiziaria si può inserire a pieno titolo l'art. 96, comma 3, cpc, la cui natura sanzionatoria ha passato anche il vaglio del giudice delle leggi<sup>41</sup>.

All'infuori dello stretto perimetro delle ipotesi tipizzate ci si è interrogati sulla possibilità di aprire a risarcimenti ultracompensativi in presenza di microviolazioni. Partendo dalla constatazione della bassa probabilità che i soggetti danneggiati da condotte maliziose della controparte decidano di attivare il rimedio risarcitorio, a meno di non volersi cimentare con le azioni risarcitorie collettive *ex art. 140 bis* cod. consumo<sup>42</sup>, si è sostenuta in nome della solidarietà sociale *ex art. 2* Cost. la praticabilità di un risarcimento ultracompensativo dei danni patrimoniali da microviolazioni nel campo contrattuale, salvo negarla in caso di danno non patrimoniale<sup>43</sup>, ad eccezione per le fattispecie penalmente rilevanti, sulla base del limite della riserva di legge *ex art. 25* Cost.

La vocazione dell'azione collettiva risarcitoria a svolgere un'efficacia deterrente verso condotte imprenditoriali non commendevoli era stata segnalata

---

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.

37. P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, Cacucci, Bari, 2012, p. 129 ss.

38. Risale a R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 144, l'intuizione di «imporre la restituzione dei profitti ottenuti mediante fatto ingiusto indipendentemente dall'impoverimento arrecato ed indipendentemente dallo stato soggettivo in cui l'autore del fatto si trovasse al momento del fatto»

39. Cfr. Cass. 9 aprile 1992, n. 4362, *Foro it.*, Rep., 1992, voce *Danni civili*, n. 48 aveva riconosciuto come non fosse applicabile la metrica compensativa del danno patrimoniale; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *id.*, 1988, I, 694, che in tempi non sospetti ha affermato che la responsabilità civile si presta «non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma anche a prevenire ed a sanzionare l'illecito. Il tipo di responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori».

40. V. Giugliano, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di A.D. De Santis, Roma tre press, 2017, <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/sanitaria/index>; I. Pagni, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis cpc*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli - M. Hazan - D. Zorzit, Milano, 2017, p. 464.

41. Cfr. Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2639.

42. Sul tema, v. A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva - Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli, 2013; C. Consolo - B. Zuffi, *L'azione di classe - ex art. 140 bis codice del consumo*, Cedam, Padova, 2012.

43. M. Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92, il quale però sostiene, anche sulla scorta della legislazione adottata da parte di dieci Stati formanti gli Usa, che lo stesso principio solidaristico consiglia di riversare una parte del risarcimento ultracompensativo a beneficio della collettività così da soddisfare esigenze di giustizia distributiva. Per C. Scognamiglio, *Quale futuro per i danni punitivi? (Aspettando la decisione delle Sezioni unite)*, approfondimento del 7 marzo 2017, la solidarietà costituzionale non appare adeguata per fondare il ricorso all'ultracompenso, posto che la stessa è servita proprio per l'operazione inversa, ossia per escludere il risarcimento di danni non patrimoniali inidonei a superare la soglia della gravità (della lesione) e della serietà (del danno), dovendo piuttosto puntare sul principio di effettività della tutela.

già da tempo<sup>44</sup> e così pure come in questo tipo di azioni potesse affacciarsi il riconoscimento di un danno punitivo rapportabile al profitto illecito<sup>45</sup>, ma all'insegna delle indicazioni di segno contrapposto, il legislatore eurounitario non ha mancato di esprimere la propria avversione rispetto al tema dei danni punitivi nel settore del *private enforcement* delle regole anti-trust<sup>46</sup>.

Nel solco della discontinuità, l'ampiezza del principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite e l'insieme dei limiti indicati per il riconoscimento delle sentenze straniere, ma con il pensiero rivolto anche alle ricadute interne, potrebbero dischiudere un nuovo orizzonte risarcitorio, pur potendosi dubitare a proposito della possibilità di un trapianto dell'istituto di stampo americano, sì da affiancare sempre e comunque al cospetto di una condotta dolosa/o grandemente colposa una posta di danno ulteriore rispetto a quelle ordinariamente riconosciute nelle nostre aule di giustizia.

C'è chi teme quale possibile effetto collaterale della dimostrata apertura verso i *punitive damages* una nuova "guerra dei mondi" in uno scenario ormai avverso alla globalizzazione perché spinto da pulsioni protezionistiche<sup>47</sup>. Si tratta di un quadro a tinte fosche, rispetto al quale, in ogni caso, il richiamato presidio della riserva di legge, anche sul versante interno, costituisce un argine alla innata tendenza degli operatori a sommare i sempre più disparati segmenti risarcitori, piuttosto che razionalizzare all'interno di un contenitore unitario le possibili voci più omogenee, così da replicare l'esperienza del danno biologico, che ha finito per riassorbire il danno alla capacità lavorativa generica, il danno alla vita di relazione ed il danno estetico. Nella stessa traiettoria di contrapposizione tra le due sponde atlantiche, ma nella diversa

prospettiva della regolamentazione dell'impresa, è stata espressa una netta contrarietà a qualsiasi ipotesi di importazione del modello dei danni punitivi quale singolo mattone di un più complesso edificio<sup>48</sup>.

Ma la concreta verifica in ordine alla possibilità di declinare un risarcimento punitivo in una dimensione municipale passa per il superamento dell'equivalenza tra dolo e colpa. In altri termini, la riscoperta della funzione (anche) sanzionatoria della responsabilità civile consentirebbe al sistema di recuperare l'adeguatezza della risposta risarcitoria, permettendo all'art. 2059 cc di ritrovare la sua funzione di reazione rispetto a condotte gravemente lesive dell'ordine giuridico. «Trattare in maniera (e misura) identica — cioè, con la medesima obbligazione pecuniaria proporzionata alla sola alterazione peggiorativa oggettivamente dimostrata — fatti illeciti dotati di una carica diversissima di offensività conduce fuori dal sistema costituzionale: è la dimostrazione plastica che il potere è esercitato irrazionalmente non soltanto quando sono imposte sanzioni esagerate, ma anche nel caso in cui si rinunci del tutto ad assegnare evidenza giuridica — per il tramite di qualsivoglia sanzione — alla concreta distanza delle offese dal limite del giuridicamente tollerabile»<sup>49</sup>. Ancora, con la franca apertura verso la dimensione sanzionatoria, una volta rinvenuto l'ancoraggio normativo costituzionale o codicistico, «[...] non potrà più valutarsi allo stesso modo il danno recato con mera colpa lieve (ad es. distrazione nella prescrizione medica non specialistica) e quello recato continuativamente con dolo e pluralità di episodi (ad es. campagna di stampa denigratoria o c.d. "sciacallaggio giornalistico"), militando in questa direzione ragioni di effettività della tutela oltre che di proporzionalità»<sup>50</sup>.

44. N. Della Bianca, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 284.

45. G. Villa, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 6 ss.

46. D.Leg. 19 gennaio 2017, n. 3 («Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea»). Sul tema v. R. Pardolesi, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in *Il private enforcement nella disciplina della concorrenza. D.leg. 3/17* a cura di B. Sassani, Pisa, 2017.

47. C. Consolo, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*, in *Corriere giur.*, 2017, p.1055, il quale ipotizza che l'apertura verso le sentenze Usa comminanti danni punitivi potrebbe segnare l'introduzione surrettizia di nuovi dazi, mentre il legislatore eurounitario appare avverso ai risarcimenti punitivi.

48. V. Zeno Zencovich, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a punitive damages*, in *www.judicium.it*.

49. F. Quarta, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. Civ.*, 2016, p. 1159.

50. P.G. Monateri, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, II, p. 1410, anche in *Danno e resp.*, 2017, p. 438. Sull'argomento, v. G.M.D. Arnone, N. Calcagno, P.G. Monateri, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, in *Trattato diretto da Monateri*, vol. II, Torino, 2014, pp. 57 ss.

Senonché, si è già detto a proposito della tendenza consolidata nelle nostre corti a guardare in chiave sanzionatoria la gravità della condotta e l'estensione della lesione nel caso di danni da *mass media* al fine di parametrare sul caso concreto la liquidazione del danno morale. Da questo punto di vista l'equivalenza tra dolo e colpa potrebbe ritenersi già superata, quantomeno nella misura in cui la diffamazione in senso civilistico è un illecito ormai prevalentemente se non doloso quantomeno gravemente colposo.

Per converso, un risvolto applicativo affatto nuovo ed in grado di dischiudere un significativo sviluppo futuro per risarcimenti punitivi è quello connesso alla possibilità di giungere alla liquidazione mediante il ricorso ad un moltiplicatore applicato al danno base in casi di oggettiva rilevante gravità per la condotta e per le conseguenze prodotte, ma che scontano da un lato la limitatezza dei consueti parametri tabellari nel caso della perdita di un congiunto, dall'altro la netta chiusura rispetto al danno tanatologico<sup>51</sup>. In termini più chiari, il sistema tabellare reifica in valori pecuniari convenzionali l'equità nella stima di un danno immateriale sulla base di un *range* che di per sé dovrebbe servire a tenere conto del caso concreto. Il superamento del dato tabellare mediante l'impiego di un moltiplicatore segnerebbe il superamento del limite del danno effettivo e finirebbe per dar vita ad un risarcimento di tipo punitivo, ben diverso da quello di stampo americano, ma che costituisce un espediente per pervenire ad una liquidazione proporzionata alla gravità della lesione.

Sta di fatto che la tendenza a far leva sull'utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione

al caso concreto era già stata aspramente censurata da chi aveva osservato che i precetti normativi e poteri giudiziali di valutazione equitativa sono senza dubbio fondamentali per la determinazione del risarcimento del danno, ma non per andare oltre il risarcimento<sup>52</sup>. Ecco il punto! La sponda offerta dalle Sezioni unite rischia di prestare il fianco per operazioni di incremento delle liquidazioni che, sotto le mentite spoglie di un novello danno punitivo, servirebbero solo a celare i limiti del sistema tabellare nella versione paranormativa milanese secondo i *dicta* della Cassazione<sup>53</sup>. Tanto vale chiamare le cose con il loro nome e, sulla scia della ritrovata funzione deterrente della responsabilità civile, cercare per i danni non compensativi meccanismi di liquidazione alternativi rispetto al modello tabellare in grado di fornire un indice, che, per quanto approssimativo (quale meccanismo di liquidazione non lo è), sia in grado di segnalare un incentivo adeguato a prevenire il danno e, perché no, stabilire la giusta proporzione tra la lesione ed il danno. Potrebbe essere, ancora una volta il profitto ricavato dall'agente o il costo della precauzione mancata a fronte di comprovate probabilità di evitare il danno<sup>54</sup>. In situazioni di impraticabilità di calcolo del danno secondo la dimensione compensativa, e al contempo prevenendo gli incentivi perversi legati all'incertezza e ai tempi delle liti secondo gli abituali criteri della responsabilità civile, tali indici si candidano a divenire la soluzione minima accordabile, al fine di non lasciare svanire ogni residuo margine di deterrenza e, soprattutto, evitare di abbandonare il danno lì dove cade.

51. V. Trib. Torino 3 giugno 2015, in *Danno e resp.*, 2015, p. 723. Vicenda avente ad oggetto il crollo del controsoffitto in una scuola che aveva comportato la morte di uno studente in occasione della quale, sia per il carattere gravemente colposo delle omissioni dei controlli, sia per l'intensità e l'entità delle conseguenze patite, si è fatto ricorso ad un moltiplicatore dei valori tabellari comunemente applicati.

52. F.D. Busnelli, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., p. 52.

53. V. da ultime Cass. 21 novembre 2017, n. 27562; (ord.) 14 novembre 2017, n. 26805, in *Foro it., le banche dati*, archivio Cassazione civile.

54. Cfr. R. Cooter, A. Porat, *Disgorgement Damages for Accidents*, (2014) disponibile su [ssrn.com](http://ssrn.com).